

**LIBRO HOMENAJE A LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL**



**Anuario
Argentino de
Derecho
Internacional**

NÚMERO EXTRAORDINARIO

1996

CÓRDOBA – REPÚBLICA ARGENTINA

*Queda hecho el depósito
que marca la ley.*

CONSEJO DIRECTIVO DE LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL

PRESIDENTE	<i>Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani</i>
VICEPRESIDENTE	<i>Dra. Susana Elsa Torres</i>
SECRETARIA	<i>Dra. Graciela R. Salas</i>
PROSECRETARIO	<i>Dr. Jorge Stähli</i>
TESORERO	<i>Dr. Jorge A. Giner</i>
PROTESORERA	<i>Dra. Luciana Díaz de García</i>
CONSEJEROS TITULARES	<i>Dr. Calixto Armas Barea</i> <i>Dr. Roberto Bartolomeo Carlomagno</i> <i>Dra. Delia Beatriz Carubini</i> <i>Dr. Enrique Ferrer Vieyra</i> <i>Dr. Luis. I. Savid-Bas</i> <i>Dr. Alberto Sêve De Gastón</i> <i>Dr. Gualberto Lucas Sosa</i>
CONSEJEROS SUPLENTES	<i>Dr. Arturo S. Pagliari</i> <i>Dra. Graciela Chalita</i> <i>Dr. Ernesto J. Rey Caro</i>
COMISIÓN REVISORA DE CUENTAS	<i>Dra. Ofelia Stahringer de Caramuti</i> <i>Dr. Carlos Guastavino</i> <i>Dra. María Blanca Noodt Taquela</i>

DIRECTORES DE SECCIÓN

DERECHO
INTERNACIONAL PÚBLICO

Dra. Marta Tejerizo

DERECHO DE
LA INTEGRACIÓN

Dra. Stella Maris Biocca

DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

Dra. Amalia Uriondo de Martinoli

DERECHO ESPACIAL

Dr. Manuel Augusto Ferrer (h)

RELACIONES
INTERNACIONALES

Dra. Iris Mabel Laredo

DOCUMENTACIÓN,
METODOLOGÍA Y
ENSEÑANZA DEL
DERECHO INTERNACIONAL

Dr. Jorge Paladino

ÍNDICE

CARTA A MANERA DE PRÓLOGO. <i>Prof. Dr. Luis Ignacio Savid-Bas</i>	9
Beneficios y prospectiva del humanismo en las Naciones Unidas. <i>Aldo Armando Cocca</i>	13
La costumbre ante la Corte Internacional de Justicia. <i>Hugo Llanos Mansilla</i>	33
Primacía y efectividad en el Derecho Interno de la Convención de Montego Bay de 1982 sobre Derecho del Mar. <i>Alberto Eduardo Monsanto</i>	55
La protección internacional del medio ambiente. Realidades y perspectivas. <i>Ernesto J. Rey Caro</i>	89
Los sujetos internacionales en la evolución del Derecho Internacional. <i>Luis Ignacio Savid-Bas</i>	105
Horizontes del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo. <i>Miguel Ángel Ciuro Caldani</i>	135
La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores aprobada en México el 18 de marzo de 1994. Un nuevo paso en la codificación del Derecho Internacional Privado Interamericano de la Minoridad. <i>Eduardo Tellechea Bergman</i>	155
Solución de controversias. <i>Amalia Uriondo de Martinoli</i>	183
Las relaciones internacionales: globalización política y económica. Relaciones del MERCOSUR con NAFTA y Unión Europea. <i>Dra. Stella Maris Biocca</i>	197

El MERCOSUR en el tablero internacional <i>Jacques Ginesta</i>	207
La política exterior de Brasil en dos tiempos. <i>Mónica Hirst</i>	237
Las relaciones comerciales de Asia-Pacífico con América Latina. Posibilidades de vinculación intraindustrial. <i>Carlos J. Moneta</i>	259
Derecho Industrial y Marcario en el MERCOSUR. <i>Dra. Rosa María Arévalo de Ruiz Díaz</i>	287
Algunos problemas jurídicos que planteó la adopción del "Protocolo Interpretativo del Artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980". Sus soluciones de acuerdo al Derecho Internacional. Nuestra opinión. <i>Dr. Beltrán Garré Copello</i>	299
La dimensión política del proceso de integración económica con especial referencia al MERCOSUR. <i>Iris Mabel Laredo</i>	315

CARTA A MANERA DE PRÓLOGO

Córdoba, diciembre de 1993.

Apreciados colegas y amigos:

Cuando al regresar del XII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, celebrado en la ciudad de Salta el pasado mes de noviembre, comencé a pasar en limpio notas de las diversas sesiones de trabajo del Congreso, de las reuniones del Consejo Directivo y de las de carácter informal que se llevaron a cabo en esos días de intenso trabajo intelectual, de tareas de organización y ejecución — las menos, pues la mayoría de ellas fueron eficientemente realizadas por el Prof. Dr. Gustavo Barbarán y su diligente equipo— y de estrechar vínculos afectivos y de amistad encontré dos tareas cuyo cumplimiento satisfaría exigencias trascendentes: por una parte rendir homenaje a la Asociación con motivo de su recientemente cumplido vigésimo quinto aniversario y, además, invitar a todos los colegas de América Latina a crear una entidad regional que nos permitiese proseguir juntos el camino del estudio y difusión de los principios y reglas que forman el Derecho Internacional y de sus objetivos de paz, solidaridad y bienestar de todos los Pueblos y de todos los hombres.

La presente reflexión tiene por fin prologar los estudios que dan satisfacción a la primera de las tareas encomendadas: homenajear a la Asociación Argentina de Derecho Internacional, esto es, rendirle a quienes participaron en su creación, en su consolidación y en su permanencia desde el cargo y la función que los miembros de la institución les encomendaron.

Considero, y estimo interpretar el sentir de los integrantes de la Asociación, que no se daría cumplimiento a la encomienda si aquí no estuviesen los nombres de los inspiradores de nuestra Asociación, los Profesores Dres. Enrique Ferrer Vieyra y Juan Carlos Puig. Si no se recordara aquella Comisión encargada de la organización del Primer Seminario de Profesores e Investigadores de Derecho Internacional que formaron los Profesores Dres. Calixto Armas Barea, José Bianco, Lilia Claret de Voogd, Raúl L. Cardón, Edit Acosta de Martín, Nelly Eve Chiesa, Salvador L. Dallanegra, Juan A. Figuerola, Iris Mabel Laredo, Artemio L. Melo, Roberto Puig, Carlos E. Pérez Llana, Alberto Seve de Gastón, Eduardo Sutter, Leonor Taillades de Yulita, Nidia Terré de Aviñon y Raúl Tisschler; de quienes tuvieron la responsabilidad de conducirla en los períodos transcurridos, los Presidentes Dres. Juan Carlos Puig, Calixto Armas Barea, Ernesto Rey Caro, Horacio Daniel Piombo y Aldo Armando Cocca; de quienes han integrado sus Consejos Directivos, Comisiones Revisoras de Cuentas y del Anuario y de los que participaron de las tres Reuniones Fundacionales, los Seminarios de Profesores de Rosario y Córdoba de 1968 y 1969 y del Ier Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Mendoza, 1971), cuya cita implicaría una extensa enumeración, pero que son principales y directos destinatarios del Homenaje.

La Asociación está imbuida de un espíritu, posee una identidad y un carácter que son consecuencia de la impronta que le dieron sus inspiradores y fundadores. Lo relevante de la Asociación, que es lo mismo decir de quienes la forman, es el intransigente apego a una conducta ética que otorgó y mantuvo como principio jerárquico inviolable, la índole científica de la entidad y el que se desarrollara como una reunión permanente de amigos vinculados por una idéntica vocación, sin más interés que sumar esfuerzos para lograr los objetivos que le fijaron al fundarla: la cooperación para el perfeccionamiento y actualización de los estudios de Derecho Internacional, su desarrollo y difusión y la contribución a la formación de una conciencia colectiva que procure la solución de los problemas internacionales a través del Derecho y la Justicia.

Los años pasados, los avatares de una vida intensa, los cambios internos y externos no han sido sino acicates para fortalecer los principios fun-

dacionales, y aun en las más difíciles circunstancias, la Asociación y sus reuniones, recepiendo la compleja vitalidad de su entorno, constituyeron un ámbito de reflexión, estudio e intercambios acordes a la necesaria tranquilidad que para ello ser requiere.

El Homenaje a rendir a la Asociación Argentina de Derecho Internacional es un homenaje a todos los hombres de buena voluntad que han puesto su capacidad y esfuerzo para trabajar de consuno al servicio de un ideal compartido.

Corresponde avocarse a la tarea para cumplir con la obligación asumida.

Córdoba, abril 8 de 1996.

La demora en la publicación hace posible que efectúe algunas consideraciones sobre las colaboraciones recibidas.

A pesar de la general coincidencia acerca del sentido del homenaje, no todos están presentes con sus aportes, quienes lo hacen representan a todos. Aquí, pese a tratarse de una entidad nacional, se incluyen trabajos de muchos integrantes de la Asociación de países hermanos; Brasil, Chile, Uruguay, Paraguay están hoy como lo estuvieron al constituirse la Asociación y ello es así porque debe serlo, porque América Latina es una y lo será también en el campo de los estudios internacionales cuando la segunda tarea, que citáramos al iniciar estas líneas, se consolide y desarrolle como lo será, con la certeza de un axioma, pues los problemas de América Latina, su lucha y su futuro constituyen una preocupación común.

Los trabajos que integran este Homenaje analizan cuestiones jurídicas generales, instituciones particulares del Derecho Internacional Público y Privado, los problemas e implicancias de los procesos de Integración regional y subregionales, las relaciones internacionales —de nuestro país, de la subregión, de América Latina— y la inserción nacional en un Mundo en transformación. La calidad de los aportes es reflejo de la capacidad y conocimiento de sus autores y constituyen, todos ellos, importantes contribuciones al estudio del Derecho Internacional y de las Relaciones Internacionales.

Sirva, en definitiva, esta publicación de sincero homenaje a quienes fundaron la Asociación Argentina de Derecho Internacional y a quienes la integran; sea también estímulo para proseguir en la senda señalada y como expresión de un ferviente anhelo de cumplimiento de los propósitos permanentes que justificaron su creación.

*Prof. Dr. Luis Ignacio Savid-Bas
Presidente 1991/1995*

BENEFICIOS Y PROSPECTIVA DEL HUMANISMO EN LAS NACIONES UNIDAS

ALDO ARMANDO COCCA *

Filósofos, juristas, pensadores, poetas en todos los tiempos y de todas las civilizaciones consideraron como valores superiores del hombre la verdad, la moral, el amor, la felicidad, la solidaridad, la tolerancia, la justicia, la libertad, la convivencia. Estos valores permanecieron inalterables como propios de la condición humana a través de las edades del hombre. El Derecho Romano logró reunir preceptos morales en textos jurídicos y por más de dos milenios los observó Occidente.

Con el Descubrimiento de América se accede a un concepto global del hombre; a este concepto correspondió un derecho que se manifestó sobre la base incommovible de la condición humana, traducidas en los derechos del hombre, de los pueblos, de las naciones y de la humanidad. De este modo transcurrieron más de cuatrocientos años hasta que, en la segunda mitad del siglo pasado se advirtió un crecimiento inusitado de la legislación con nuevas expresiones, dentro del Derecho Público, y una proliferación de códigos que le quitaba al individuo el misterio de muchas cosas, puesto

* Profesor Titular Permanente, Profesor Titular Consulto, Profesor Emérito, Profesor Honoris Causa, Doctor Honoris Causa, Director del Instituto Internacional de Derecho del Espacio, París y de la Academia Internacional de Astronáutica, París. Premio de la Federación Internacional de Astronáutica y del Instituto Internacional de Derecho del Espacio (Atenas, 1965). Premio Hemisferio Occidental en Derecho del Espacio y de las Telecomunicaciones (Washington, 1987), Premio Consagración en Ciencias Sociales de la Academia Internacional de Astronáutica (París, 1994), Presidente Honorario de la Asociación Interamericana de Profesores de Derecho (Washington), Ex-Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

que regulaban aspectos morales, y de este modo, perdían la fuerza espiritual de su misterio.

Al comienzo del presente siglo, algunos juristas indagaron sobre las razones por las cuales se iba desdibujando el valor de la condición humana. Giorgio Giorgi se da a la tarea de escribir una monumental obra sobre las personas que permanentemente y con diversas justificaciones creaban la ley y que no llamamos personas jurídicas, porque la única persona jurídica es el hombre individual o en comunidad como pueblo o en un sentido ecuménico, como humanidad. Es así como Giorgi concluye su monumental obra sobre la persona jurídica con esta reflexión: "¡Pobre hombre! Pensar que el jurisconsulto romano hizo de ti un César; hoy, los abogados modernos pretenden reducirte a la nada". El pensamiento de Giorgi resultó un vaticinio: se asistió a la Primera Guerra Mundial, que causó hasta ese momento, el mayor número de víctimas inocentes. Como consecuencia de las razones y de los supuestos motivos de la Primera, se desencadenaron movimientos autoritarios que carecían de antecedentes y cuyos protagonistas no resultaron los ideólogos, sino los simples ejecutores de ideas interpretadas conforme a sus intereses y que iban mucho más allá de los teóricos en quienes decían inspirarse. Esto ocurrió desde 1917 con la revolución bolchevique y concluyó a fines de la Segunda Guerra Mundial que superó el número de muertes, de sufrimientos y de horrores, multiplicando como ninguna otra la proporción de víctimas inocentes.

Antes del término de la Segunda Guerra Mundial, entre los meses de agosto y octubre de 1944, se reunieron en Dumbarton Oaks, Washington, los representantes de China, los Estados Unidos de América, Francia, el Reino Unido y la Unión Soviética. Al año siguiente se convocó a la Conferencia de San Francisco, que después de ilustrativos debates logró la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 por representantes de cincuenta Estados. Hoy los miembros de las Naciones Unidas alcanzan los ciento ochenta y cinco.

La Carta de las Naciones Unidas no pudo aplicarse en su integridad y con todas sus consecuencias porque desde su establecimiento como organización internacional el mundo comenzó a asistir a lo que denominó la Guerra Fría, una guerra de características singulares, que introdujo el equi-

librio del terror, debido a las posiciones de las dos potencias con mayores recursos militares y de exterminio. La revolución bolchevique sobrevivió a la Segunda Guerra Mundial y su política, que también superaba a la de los teóricos que la inspiraron, negó los derechos del hombre en vastas regiones del mundo, dado que a partir de 1945 comenzó a expandirse en Europa, en Asia, en África y alcanzó también a un país de América.

La Carta de las Naciones Unidas es un documento extraordinario para el Derecho Internacional. En la primera línea del Preámbulo, reconoce como sujetos de Derecho de Gentes, a los **pueblos** de las Naciones Unidas. Son los pueblos quienes, conforme lo determina la Carta, resuelven y deciden **aunar nuestros esfuerzos para realizar estos designios**. Son los pueblos quienes deciden "preservar a las **generaciones** del flagelo de la guerra que por dos veces durante nuestra vida han infligido a la **humanidad** sufrimientos indecibles." En esta sola frase la Carta consagra tres nuevos sujetos del Derecho de Gentes: los pueblos, las generaciones y la humanidad. El segundo párrafo del Preámbulo reafirma "la fe de los pueblos en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas". Con ello rescata la condición humana sustituida en constituciones, estatutos y cartas que la precedieron por las expresiones Altas Partes Contratantes, Potencias, Estados. La Carta de San Francisco concluye con el empeño de reemplazar a los auténticos sujetos del Derecho de Gentes con creaciones artificiosas que daban su lugar a sujetos ficticios.

Los mismos pueblos que elaboraron la Carta están resueltos a "practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos". Se trata de dos conceptos nuevos en documentos del Derecho de Gentes con la jerarquía de tratados superiores: la tolerancia que tiene, además de su rico contenido jurídico, un soporte ético formidable. La palabra vecino y más aun buen vecino, es la confianza depositada en el hombre común de garantizar la paz y la convivencia internacionales. La Carta condena el empleo de las fuerzas armadas, a no ser que sea en el servicio del interés común —de este modo vuelve los ojos a la Escuela de Salamanca del siglo XVI— y propugna asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de méto-

dos, que este propósito sea realidad. Esta parte del Preámbulo se cierra previendo un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos, disposición inexistente con anterioridad a 1945 y reconocimiento de que el progreso económico y social es la mejor garantía de paz.

En síntesis, la Carta de las Naciones Unidas, el más importante tratado internacional en vigor, presenta innovaciones que no han sido generalmente valoradas ni suficientemente consideradas. La Carta incorpora sujetos protagónicos del Derecho de Gentes, que no limita al ciudadano, sino propios de la persona humana para quien reconoce derechos fundamentales. La Carta enfatiza sobre la dignidad y valor de la persona humana y reafirma el carácter de sujeto del Derecho de Gentes del individuo. Además de establecer igual derecho entre hombres y mujeres, naciones pequeñas y grandes, la Carta restaura el principio de justicia, incorporando el principio de tolerancia y de buen vecino. Rechaza todo concepto de violencia. A pesar de esta notable innovación, se pudo advertir en más de cuarenta años de existencia de la ONU, la pretensión e intolerancia de algunos miembros de las Naciones Unidas de sacralizar al Estado y universalizarlo bajo un dogma y una ideología que no fue consultada a los pueblos.

Su labor en el campo de los derechos humanos y de la asistencia humanitaria es extraordinaria y se concreta en documentos e instrumentos internacionales que son aplicados por muchos países independientemente de que hayan sido o no ratificados, por el alto valor moral que encierran, comenzando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, siguiendo con los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo del Pacto último, aprobado por unanimidad por la Asamblea General en 1966; estos instrumentos, junto con la Declaración y un segundo Protocolo Facultativo aprobado en 1989, constituyen lo que se conoce por la "Carta Internacional de Derechos Humanos".

De este modo las Naciones Unidas considera al hombre como sujeto activo del Derecho Internacional y también lo beneficia como sujeto pasivo, en el sentido de que lo protege mediante un gran número de instrumentos internacionales que constituyen un código internacional de derecho hu-

manitario. Es decir, ha llevado hasta un grado no conocido anteriormente, la tutela de la persona humana a través de toda su vida.

La tutela adquiere en la Carta de las Naciones Unidas una nueva dimensión. Comprende a los pueblos, a diversos pueblos, que ubica en tres grupos, conforme a la clasificación de sus territorios: los sometidos a mandato, los segregados de naciones antes enemigas, y los que voluntariamente pongan bajo el régimen fiduciario los Estados responsables de su administración. De este modo se modifica y amplía el funcionamiento del régimen de mandato que correspondió a la Sociedad de Naciones. La Conferencia de San Francisco estableció algo diferente y mejor organizado.

Tres capítulos dedica la Carta a estos pueblos: el XI, Declaración Relativa a Territorios No Autónomos; el XII, Régimen Internacional de Administración Fiduciaria y el XIII, Consejo de Administración Fiduciaria. El tema comprende del artículo 73 al 91, cuya lectura denota la buena inspiración, procedimiento y poderes apropiados a la finalidad que se persigue.

La Carta de la Organización de Estados Americanos, de 1948, se ubica en la misma línea de pensamiento jurídico e institucional. Comienza su Preámbulo: "En nombre de sus pueblos..." para reafirmar sin demora "los derechos esenciales del hombre" y ratifica a la humanidad como sujeto: "perseverar en la noble empresa que la humanidad ha confiado a las Naciones Unidas".

Nadie ignora la participación efectiva y beneficiosa de las organizaciones académicas y de bien común en la Conferencia de San Francisco. Estas organizaciones no gubernamentales han venido desarrollando desde la segunda década del siglo presente una importante actividad en el orden internacional, en diversos campos. En la actualidad el número de organizaciones no gubernamentales es considerablemente mayor que el de las llamadas organizaciones intergubernamentales. Por otra parte, el número de participantes en las asambleas de tales organizaciones no gubernamentales con ocasión de las grandes conferencias internacionales que organiza las Naciones Unidas o sus organismos especializados, es igualmente notoriamente superior al de delegados y observadores de las naciones. Las deliberaciones de aquellas suelen anticiparse a las oficiales con el fin de crear un clima afín a sus conclusiones de las primeras.

Si consideramos la labor de estas organizaciones académicas y de bien común advertimos que sus tareas encajan en el concepto que distinguió a los promotores del Renacimiento: alta calificación en la investigación científica, análisis del Derecho a la luz de los grandes principios de la cultura clásica hasta nuestros días. Una permanente inquietud por el enriquecimiento espiritual del hombre que los lleva a estudiar sus problemas de todos los tiempos y los de la naturaleza. La indagación de los orígenes de la libertad del hombre, de la elección de la libertad, de la libertad en la antigüedad y en nuestros días, del pleito entre la sociología y la historia, de la grandeza de los pueblos, de su permanente lucha por el derecho, la historia de la evolución de las ideas, los términos de sujeción al Estado y de la opresión fiscalista, la crítica de los procedimientos internacionales y la necesidad de una educación permanente en todos los niveles, del estudio en perspectiva de las ciencias y el requerimiento de la unidad del género humano por el derecho, la integración y la solidaridad.

La Carta de las Naciones Unidas, que ya ha sido objeto de diversas reformas, no deberá alterarse en su esencia, pues difícilmente podría alcanzarse un grado de humanismo como el que inspiró a sus redactores. En más de una oportunidad, se ha hablado de ajustes en su estructura y procedimientos, pero siempre con miras a cumplir con su misión fundamental de servir a la humanidad sin fronteras y buscar la excelencia de la capacidad humana.

En orden al esperado perfeccionamiento de la Carta; o mejor dicho, a superar algunos pasajes que han sido objeto de severas críticas y dotarla de mejor contenido jurídico, corresponde la supresión del párrafo 3 del artículo 27 al requerir el voto afirmativo de todos los miembros permanentes del Consejo de Seguridad para las decisiones que no sean de procedimiento.

El Consejo de Seguridad ha sido creado con el propósito fundamental y la responsabilidad primordial e indelegable de mantener la paz y la seguridad internacionales. Fue organizado de modo de que funcione en forma permanente. Sus funciones pueden sintetizarse del siguiente modo: resolver conflictos entre Miembros de la Organización; elaborar planes de regulación de armamentos; intervenir en los casos de amenaza, quebrantamien-

to de la paz y en los actos de agresión; y ordenar, si de da el caso, la ejecución forzosa de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia.

A diferencia del Pacto de la Sociedad de Naciones, que disponía que el Consejo debía decidir todas las cuestiones por unanimidad, la Carta de las Naciones Unidas las limita a la mayoría. Pero lo que más se ha criticado es la disposición que determina que las decisiones relativas a todas las cuestiones que no sean de procedimiento, necesitan que en la mayoría prevista han de estar comprendidos necesariamente los votos de todos los miembros permanentes (China, Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña, Rusia). Se da la posibilidad de que el voto negativo de uno solo de estos Miembros Permanentes, impide tenerla por aprobada, aunque todos los restantes miembros del Consejo estén en favor de esa cuestión. Es lo que se llama "veto", cuyo origen se halla en la Conferencia Yalta, a solicitud de los Estados Unidos de América, respondiendo a intereses propios: la posible resistencia del Senado a ratificar la Carta, propuesta secundada entusiastamente por la URSS.

En la Conferencia de San Francisco hubo una negativa muy generalizada a considerar la mera hipótesis que uno solo de los Miembros Permanentes usara su derecho a veto para paralizar el funcionamiento del Consejo de Seguridad. La aplicación del Artículo 27, párrafo 3, dio base a la URSS para abusar, sistemáticamente, de ese poder, en todos los casos en que sus intereses directos lo aconsejaban. Se registró que entre el 1º de enero de 1946 y el 1º de septiembre de 1965 se utilizó el veto 116 veces, correspondiendo 108 a la URSS, 4 a Francia, 3 a Gran Bretaña y 1 a China. El ejercicio abusivo de este poder excepcional del Miembro Permanente, ha desvirtuado el sentido del procedimiento y comprometido irremediablemente el funcionamiento del Consejo. La propuesta argentina de 1948 de suprimir el veto mediante una enmienda a la Carta, llevó a un círculo vicioso, ya que la entrada en vigor de las enmiendas se halla subordinada, de conformidad con el artículo 108 de la Carta, a la ratificación de todos los Miembros Permanentes del Consejo de Seguridad.

El procedimiento de votación del Consejo de Seguridad no se compecede con el resto de las disposiciones de la Carta, donde campean los deseos e ideales de los pueblos que dan vida a las Naciones Unidas. La rigidez

de la disposición criticada a través de los cincuenta años de existencia de la ONU podrá sustituirse por el nuevo método que ha adoptado las Naciones Unidas para las cuestiones de mayor importancia que le ha tocado resolver en los últimos treinta años. Es el método que con todo éxito ha inaugurado la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos (COPUOS) para la solución de las graves cuestiones políticas, jurídicas, económicas, sociales y de otra índole que implican la exploración, utilización y explotación del espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes. Los principios nuevos, a pesar de modificar conceptos y principios considerados intangibles, como el de soberanía, nacionalidad de cosas, limitación del monto resarcitorio por daños, el nuevo principio económico de validez universal de patrimonio común de la humanidad, no sólo han substituido aquellos de contenido preponderantemente político, sino que han merecido la más completa adhesión de todos los sistemas jurídicos y la aceptación con la alegría propia de los grandes acontecimientos para celebrar y memorar. La razón de este cambio profundo en la política internacional se debió, en gran parte a la adopción de un nuevo método, el del consenso, de contenido más completo que el de la votación y de mayor valor jurídico que la unanimidad. Tales principios contaron con la más formal y comprometida aceptación en los órganos de elaboración de tales principios, las subcomisiones y la Comisión Plenaria. A consideración de la Asamblea General los tratados y declaraciones, el consenso de las dos primeras etapas se tradujo en votación por unanimidad y aclamación.

La unanimidad requerida por la Sociedad de Naciones para el antecesor del Consejo tiene su expresión en nuestros días en el consenso, que es empleado, precisamente, para las grandes decisiones de los otros órganos de las Naciones Unidas. El Consejo de Seguridad no podrá apartarse de esta tendencia, que responde a las expectativas no cumplidas en estos primeros cincuenta años y corresponde al desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

El tema del veto en las Naciones Unidas, merece un análisis más profundizado. También conviene recordar que la Argentina, a través de su Representante Plenipotenciario ante las Naciones Unidas, Comisión del Es-

pacio Ultraterrestre, logró la anulación del veto en los tratados espaciales luego de diez años de esfuerzo científico.

Resumimos a continuación esta labor:

Otra forma de veto

La Resolución 1962 (XVIII) de la Asamblea General, del 13 de diciembre de 1963, Declaración de los Principios Jurídicos que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, por haber sido aprobada por unanimidad y aclamación, alentó a los Miembros de las Naciones Unidas a elaborar un Tratado con la base de estos principios. El proyecto de tratado, determina en su artículo XIV, 2.: "Los instrumentos de ratificación y los instrumentos de adhesión se depositarán en los archivos de los Gobiernos del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de los Estados Unidos de América y de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, a los que por el presente se designan como Gobiernos depositarios". El párrafo 3 del mismo artículo determina "Este Tratado entrará en vigor cuando hayan depositado los instrumentos de ratificación cinco Gobiernos, *incluidos los designados como Gobiernos depositarios* en virtud del presente Tratado". Es decir, se instauraba un nuevo privilegio: el derecho a veto de cualquiera de los tres Gobiernos depositarios, lo que indica que en el supuesto caso de que la totalidad de los Miembros de las Naciones Unidas hubieran ratificado el Tratado, la voluntad de uno de esos tres Depositarios de no ratificarlo, impediría su entrada en vigor. Esto es singularmente grave, en vista de la emergente y abundante legislación sobre el espacio ultraterrestre, las comunicaciones espaciales y los cuerpos celestes, es decir, para la ampliación cósmica del derecho de los pueblos de las Naciones Unidas. Significaba impedir la concreción de la mayor aspiración jurídica del hombre: extender su derecho al cosmos.

Participación de la Argentina

En 1965 se creó la Delegación Permanente de la Argentina ante la Comisión del Espacio Ultraterrestre de las Naciones Unidas. Por Decreto N° 1.227, del 17 de febrero de 1965, se me confió esa misión. Fui acreditado

como Delegado Plenipotenciario ante el Secretario General U Thant con Carta Credencial del 8 de agosto de 1965. Tan pronto asumí mis funciones, realicé una encuesta con las demás delegaciones acreditadas ante las Naciones Unidas. Pregunté qué entendían por soberanía y si aceptaban la posibilidad de acordar una nueva forma de veto en favor de tres Gobiernos. Las respuestas al primer tema, además de diversas y contradictorias, no aportaban contenido jurídico; y con respecto a la segunda, pocos advirtieron ese riesgo, pero se manifestaron desalentados de plantearlo, dado que quienes intentaron hacerlo con relación al veto en el Consejo de Seguridad, no tuvieron Éxito. El resultado de esa encuesta fue que podía abolirse en los nuevos dominios del espacio y de los cuerpos celestes el concepto de soberanía y que sería estéril un esfuerzo para evitar se concretara esa nueva forma de veto.

En lugar de abogar por la supresión del parágrafo 3 mencionado, preferí presentar una propuesta diferente: Designar depositario de todos los instrumentos internacionales elaborados en las Naciones Unidas al Secretario General de la Organización, con lo que se obtenía el mismo resultado. Mis esfuerzos durante los años 1965 y 1966, hasta la conclusión del texto definitivo del Tratado, aprobado por la Resolución de la Asamblea General el 19 de diciembre de 1966, resultaron infructuosos. Al mismo tiempo que formulaba estas propuestas, hacía lo propio con el proyecto de Acuerdo sobre Salvamento y Devolución de Astronautas y Restitución de Objetos Espaciales Lanzados al Espacio Ultraterrestre, así como sobre los borradores del Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales.

El veto para las actividades espaciales había hallado otra formulación en el artículo 13 del proyecto de Acuerdo de Salvamento de Astronautas de la URSS, que determinaba que para su entrada en vigor, se requería el depósito del 15º instrumento de ratificación o de adhesión **incluidos los instrumentos de ratificación o de adhesión de los Estados que hayan lanzado objetos al espacio ultraterrestre.**

Un proyecto de acuerdo presentado por los Estados Unidos el 5 de octubre de 1964, determinaba en su artículo 8: "Los instrumentos de ratificación y de adhesión deberán ser entregados para su custodia a los Gobiernos

de la URSS y de los Estados Unidos de América, los cuales, de conformidad con el presente Acuerdo, quedan designados como Gobiernos Depositarios". Simplemente, reducía a dos el número de depositarios, en concordancia con el precedente proyecto de la URSS, pues eran dos en ese momento las naciones que habían lanzado objetos al espacio ultraterrestre.

En el Acuerdo de Salvamento de Astronautas, aprobado el 19 de diciembre de 1967, se mantiene la fórmula del Tratado, es decir, el veto de los Gobiernos Depositarios. A pesar de ello, las razones dadas por la Argentina para evitar esa situación fructificaron en los proyectos presentados ese año por las delegaciones de los Estados Unidos, Hungría y Bélgica sobre Responsabilidad por Daños Causados por Objetos Espaciales. Estos proyectos previeron la eliminación de la fórmula de veto. Es por ello que cinco meses antes, el 27 de junio de 1967, frente a los tres únicos proyectos sobre el próximo convenio a elaborarse, el de Responsabilidad —incluida la propuesta del Depositario con privilegio de veto, Estados Unidos de América— que acogieron la reforma introducida por el Representante de la Argentina, pude expresar: "Con relación a las cláusulas finales, es motivo de satisfacción comprobar que en las tres propuestas presentadas en la Sub Comisión, se designa al Secretario General de las Naciones Unidas como depositario de los instrumentos de ratificación y de adhesión".

Resulta difícil comprender que las delegaciones autoras de los proyectos de convenio sobre responsabilidad no observaran el mismo criterio ni la misma conducta con relación al Acuerdo sobre astronautas, que no había alcanzado aún su texto final. No intentaron, ni siquiera en una declaración o intervención en las prolongadas sesiones de los grupos de trabajo, mencionar la posibilidad de revisión de la cuestión en el proyecto de dicho acuerdo.

Mayor asombro reinaba en la Comisión del Espacio por el hecho de que la Delegación de Hungría, del bloque soviético, aceptara la propuesta argentina, contrariando públicamente la posición de su grupo.

Entre 1968 y 1972, nada pudo desalentar a la diplomacia argentina para alcanzar el propósito de evitar la reiteración del abuso de derecho y quebrantamiento de la norma jurídica que implica la existencia de toda forma

de veto que, aunque inserto en la Carta de las Naciones Unidas para el Consejo de Seguridad, resultaba manifiestamente ilegal.

Se había advertido, por otra parte, que algunas delegaciones, al presentar sus propuestas o proyectos, omitieron la referencia a las cláusulas finales, en particular la mención a depositarios y entrada en vigor de los instrumentos a elaborar.

En momento alguno declinó el fervor de la Delegación Argentina por su propuesta. Muy por el contrario, igual firme posición se observó ante la presentación de los primeros proyectos de Convenio sobre Registro de Objetos lanzados al Espacio Ultraterrestre y de Acuerdo relativo a la Luna.

En el mismo sentido, al redactarse las instrucciones para la Delegación Argentina, el Comité de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Comisión Nacional de Investigaciones Espaciales, acordó: "Apoyar toda proposición que encomiende funciones a las Naciones Unidas y a su Secretario General, quien —deberá insistirse— habrá de desempeñarse como depositario de todos los instrumentos internacionales que resulten"¹.

El Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales, fue aprobado el 29 de noviembre de 1971. El artículo XXIV, parágrafo 2. mantiene como Gobiernos Depositarios a los de Estados Unidos, Reino Unido y URSS. Pero, elimina el veto. El parágrafo 3. determina: "El presente Convenio entrará en vigor cuando se deposite el quinto instrumento de ratificación". Se suprime de su texto el requisito de la ratificación por los tres gobiernos depositarios.

Se trataba de un triunfo a medias, al menos para el Plenipotenciario argentino. Para muchos, significaba un éxito muy importante, no sólo porque se concluía con una práctica antijurídica, sino que se abría el camino para intentar igual modificación de la Carta, derogando, mediante reforma por el procedimiento previsto, el veto en el Consejo de Seguridad.

En alguna forma, pareció, al menos para algunos allegados a la URSS, un premio a la constancia de la posición argentina y a sus razonamientos jurídicos y científicos. Habrá de recordarse que, cuando el Representante argentino auscultó, en 1965, la opinión de los Estados Unidos, Gran Bretaña

1. Acta de la sesión N° 40, del 28 de agosto de 1972.

y la Unión Soviética, los tres dieron prácticamente los mismos argumentos para desalentar el intento de suprimir el privilegio: Se trataba de la Fórmula de Moscú, que costó mucho aceptar. Reclamó largas negociaciones, y finalmente resultó un compromiso de honor para los tres depositarios. Por mi parte, yo llamaba a este acuerdo "la fórmula troika", y no valoraba los intereses que pudieron estar en juego para aceptarla de parte de los Estados Unidos y Gran Bretaña, porque, evidentemente, no respondía a razones jurídicas. Por ello, un acuerdo tal, resultaba contrario a los principios y objetivos de la Carta y no era aceptable.

A partir de 1973, el bloque que respondía a la URSS pareció conformar la idea de que lo alcanzado en el Convenio sobre Responsabilidad era sólo un premio al esfuerzo y a los razonamientos argentinos. Un premio circunstancial, porque lo que interesaba a ese bloque era una cuestión de poder político. Esto se evidenció en el proyecto de Tratado Relativo a la Luna presentado por Bulgaria². El art. XVIII, 2., decía: "Los instrumentos de ratificación se depositarán en los archivos de los Gobiernos de..., a los que por el presente se designan Gobiernos Depositarios. 3..." "...entrará en vigor cuando hayan depositado los instrumentos de ratificación cinco gobiernos, **incluidos los designados Gobiernos depositarios en virtud del presente Tratado**".

La reacción argentina no se hizo esperar: Al comenzar, pocos días después el período ordinario de sesiones, se registró, la siguiente intervención: "La Delegación de la Argentina insiste en que es partidaria de que se designe al Secretario General de las Naciones Unidas como depositario del tratado previsto". Recordó que esta solución fue considerada, en 1971, como la más apropiada. Sin embargo, al aprobarse el Convenio sobre Responsabilidad, se suprimió la condición para la entrada en vigor de los tratados de la ratificación por los Gobiernos Depositarios, habiéndose omitido el reconocimiento del Secretario General de las Naciones Unidas como Depositario. Por tales razones, la Argentina "no podrá suscribir el texto que se propone". En esta oportunidad empleé por primera vez la frase: "eliminar toda posibilidad de veto de parte de un Gobierno Depositario". Por ocho años había evitado usar esa terminología. Tenía que demostrar a los pue-

2. Asamblea General, PUOS/C. 2/XII/W.G.I, 27 de marzo de 1973.

blos de las Naciones Unidas, que compartían los puntos de vista de la Argentina, que no estábamos dispuestos a aceptar victorias por concesión de potencias políticas. La misma firme posición fue expuesta con relación al Convenio sobre Registro de Objetos Espaciales: "La Delegación de la Argentina estima que el Secretario General de las Naciones Unidas debe ser el Depositario del Convenio"³.

En la sesión del 19 de abril de 1973, se registra lo siguiente: "La Argentina pudo informar a la reunión que su propuesta de designar al Secretario General de las Naciones Unidas depositario del Convenio sobre Registro había alcanzado apoyo general"⁴.

El 24 de abril de 1973 tuvo lugar otra firme intervención de la Argentina: "El Representante de la Argentina piensa en particular en la cláusula de revisión de todo tratado, y en el principio de igualdad de los Estados con relación a las consecuencias del depósito de los instrumentos de ratificación. La Delegación de la Argentina lamenta también que las disposiciones adoptadas en Ginebra en 1972 no tengan contenido más imperativo; la Argentina ha demostrado siempre flexibilidad y espíritu de avenencia hasta donde fuere posible, pero no podrá transigir en cuestiones que afectan derechos fundamentales de las naciones"⁵.

La reacción de la Unión Soviética fue instantánea. Dijo su Representante: "Las tratativas y los esfuerzos realizados ofrecen un balance negativo. Cada Delegación tiene su parte de responsabilidad en este fracaso, en particular las que se han contentado con recordar su posición inmutable sobre esta o aquella cuestión"⁶.

Las intervenciones orales de la Delegación de la Argentina fue complementada con el documento de trabajo presentado el 2 de abril de 1973⁷.

En el XII Período de Sesiones de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos el debate fue muy prolongado y arduo. Lo mismo ocurrió en los Grupos

3. Asamblea General, A/AC.105/C.2/SR.197, p. 2 y 3.

4. Asamblea General, A/AC.105/C.2/SR. 205, p. 9-10.

5. Asamblea General, A/AC.105/C.2/SR.206, p. 7.

6. Asamblea General, misma cita, p. 9.

7. PUOS/C.2/XII/WG II, 2 de abril de 1973.

de Trabajo I (Acuerdo relativo a la Luna), y II (Convenio sobre Registro de Objetos Espaciales). El Grupo de Trabajo que entendió en la concreción del Tratado Lunar fue creado inmediatamente después que la Argentina presentó, a través de la doctrina que había logrado consenso académico internacional de su Representante Plenipotenciario, el primer proyecto conocido en el particular. Como homenaje a una iniciativa tan avanzada, se entendió urgente comenzar las deliberaciones sobre la factibilidad de un instrumento internacional estatutario sobre la materia, que debía incluir también a los cuerpos celestes en general, y que significaba el comienzo del Derecho de los Cuerpos Celestes. Por otra parte, la mayoría de los delegados entendió que era impropio que cuando la Argentina es objeto de especial consideración por las otras naciones, por el hecho de ser autora de un proyecto completo de tratado internacional multilateral, lo que por primera vez ocurría ante las Naciones Unidas, aceptara que principios jurídicos que había defendido siempre con firmeza no fueran incorporados al proyecto propio.

El 18 de abril de 1973, en las reuniones del Grupo de Trabajo II (Convenio sobre Registro) las delegaciones de los Estados Unidos y de Gran Bretaña habían acordado evitar que los gobiernos depositarios puedan seguir con un privilegio tan amplio frente a los demás depositarios o Estados Partes. Pero al día siguiente, 18 de abril, en el Grupo de Trabajo I (Acuerdo relativo a la Luna) apoyó sin concesiones la cláusula de los mismos tres depositarios y con el privilegio de poder impedir la entrada en vigor de los tratados espaciales, específicamente al inaugurar el Derecho de los Cuerpos Celestes. Es decir, se retrocedía sobre lo alcanzado dos años antes. Esta posición resultaba particularmente penosa para la Argentina, porque se insertaba en el Acuerdo que había proyectado de un modo diferente, y que fue ampliamente ponderado por su carácter innovativo, con la creación de nuevos principios, como el de patrimonio común de la humanidad y la necesidad de imaginar nuevos derechos reales para el suelo y subsuelo de los cuerpos celestes.

En el Informe Final del Grupo de Trabajo sobre Registro se consignó: "Recibió apoyo substancial una propuesta en el sentido de que se hiciera depositario del Convenio al Secretario General de las Naciones Unidas. Sin

embargo, varias delegaciones, que estaban de acuerdo con la propuesta, opinaron que se debe retener en el Convenio, al menos por el momento, el sistema utilizado anteriormente en los demás instrumentos internacionales concertados bajo los auspicios de las Naciones Unidas.”⁸

Más era evidente que los representantes de la “diplomacia tibia” no podían comprometerse en un retroceso, que la opinión general condenaría. De este modo, el texto del Convenio sobre Registro aprobado por el Grupo de Trabajo⁹, retiene los tres depositarios de los tratados anteriores, pero en el parágrafo 3. de su artículo VII, determina: “El presente Convenio entrará en vigor cuando se deposite el quinto instrumento de ratificación”. Es decir, nada se avanzaba sobre el texto del Convenio sobre Responsabilidad por Daños, que también evitaba el veto.

La solución alcanzada complacía a la diplomacia tibia y fue aceptada por el bloque soviético. No contó con la aprobación de la Delegación de la Argentina, la que no se sumó al consenso casi unánime. Y de este modo, siendo el único Miembro de las Naciones Unidas que se oponía a ese consenso, en los hechos, vetó el texto del Grupo de Trabajo, dando extensas fundamentaciones científicas, jurídicas y éticas en apoyo de su oposición.

Es conveniente aclarar que, ante el privilegio del veto, los juristas más avisados del valor del derecho ante la política internacional, acordaron, en la primera sesión de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos del Espacio el método del consenso, que es el más estricto, para la adopción de cualquier principio o norma del Derecho del Espacio. Este método fue uno de los instrumentos más valiosos de que dispuso ese grupo de expertos frente al pretendido avasallamiento de las potencias espaciales. Su mayor artífice fue el Profesor Manfred Lachs, presidente de la Subcomisión de Asuntos Jurídicos, considerado el más brillante de los iusinternacionalistas del presente siglo, a cuya memoria quienes fuimos sus colaboradores le hemos dedicado el libro *Perspectives on International Law*.

Al año siguiente, el 12 de noviembre de 1974, la Asamblea General votó el Convenio sobre el Registro de Objetos Lanzados al Espacio Ultrate-

8. Informe cit., párrafo 24.

9. PUOS/C.2/ (XII)WG 2, 19 de abril de 1993.

rrestre. El artículo VIII, la manzana de la discordia, quedó definitivamente consagrado de conformidad con la posición adoptada por la Delegación Permanente de la Argentina:

“1. El presente Convenio estará abierto a la firma de todos los Estados en la Sede de las Naciones Unidas, en Nueva York. Todo Estado que no firmare este Convenio antes de su entrada en vigor de conformidad con el párrafo 3 de este artículo podrá adherirse a él en cualquier momento.

2. El presente Convenio estará sujeto a ratificación por los Estados signatarios. Los instrumentos de ratificación y los instrumentos de adhesión serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Convenio entrará en vigor entre los Estados que hayan depositado instrumentos de ratificación cuando se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el quinto instrumento de ratificación.”

El Acuerdo que debe Regir las Actividades de los Estados en la Luna y otros Cuerpos Celestes, fue aprobado el 5 de diciembre de 1979. Su artículo 19 reproduce la fórmula argentina respecto del depositario y de la entrada en vigor de este instrumento internacional.

Los cinco tratados espaciales se hallan en vigor y constituyen el *corpus iuris spatialis*, una formulación científica de avanzada del Derecho del Espacio y de los Cuerpos Celestes, en permanente evolución. Se estima que la eliminación del veto, que imperó en los dos primeros, será definitiva.

El 12 de noviembre de 1974 fue un día de gloria para la diplomacia argentina. Todas las delegaciones que estaban en conocimiento del esfuerzo de diez años para el triunfo de un principio jurídico frente a una postura política sin otra justificación que el abuso del derecho fundado en el poder y no en la moral ni en la lógica, hicieron llegar sus enhorabuenas y plácemes a la delegación argentina.

En general, los diplomáticos no informan sobre los procedimientos que llevan al éxito en emprendimientos difíciles. En mi caso, y como ya otros autores lo han difundido, no tengo inconveniente en revelar cómo se transformó por completo la posición soviética y su antiguo disenso con la opinión

y las consecuencias de la actitud argentina. El modo en que ocurrió demuestra que un diplomático lo es en toda circunstancia y a toda hora. Al comienzo de un fin de semana largo de tres feriados, encontré al Embajador Piradov, jefe de la delegación soviética e hijo político del jefe de la diplomacia soviética, el Canciller Gromyko. El encuentro fue totalmente informal. Me iba a esquiar y nos encontramos a la puerta de la Residence Mont Blanc, donde nos hospedábamos. Le dije:

—¿Por qué no aprovecha este largo descanso para convencer a su papá político de las ventajas para el progreso del Derecho del Espacio de apoyar la propuesta argentina y cuánto se lo agradecerán los pueblos de las Naciones Unidas?

El Embajador Piradov sonrió.

El martes a primera hora, golpeó a la puerta de mi departamento. Me dijo, en francés y muy cortésmente:

—*Excelencia: el gobierno del Kremlin le hará esta mañana un importante regalo... Excelencia...* Y se retiró.

Al abrirse la sesión, fue el primer orador. Manifestó que el gobierno del Kremlin hacía suyo el texto propuesto por la Delegación Argentina en lo concerniente a depositario y entrada en vigor de los tratados del espacio.

El futuro de las Naciones Unidas

Como bien se ha dicho, el derecho internacional enfrenta inmensos desafíos en el futuro. La demarcación no es ya clara entre jurisdicción doméstica e internacional ni entre derecho internacional público y derecho internacional privado. Los sólidos avances en ciencia y tecnología, la actual revolución en la información y las comunicaciones tienen grandes consecuencias según cómo el derecho internacional enfoque los desafíos en múltiples áreas¹⁰.

También se ha dicho: a través de la historia de la guerra fría de las Naciones Unidas, el centro de gravedad del sistema de la ONU fue ubicado en

10. Ved NANDA, "International Law in the Twenty-first Century", en *Perspectives of International Law*, A publication on the Occasion of the Fiftieth Anniversary of the United Nations and A Contribution to the Decade of International Law, Kluwer Law International, Londres, La Haya, Boston, 1995, p. 114-15.

la Asamblea General y no en el Consejo de Seguridad. Este último deberá moverse de una paz basada en la seguridad hacia un esfuerzo para establecer una paz estructural. El papel de las Naciones Unidas en el presente y en el futuro será enfrentar dos movimientos contradictorios del mundo de hoy: uno se manifiesta en términos de globalización y otro de fragmentación. El camino será difícil para conducir estas fuerzas contradictorias que enfrentarán las Naciones Unidas en el siglo XXI¹¹.

Estoy en la línea de pensamiento del Profesor Dupuy. Dijimos en 1994 y lo recogió el Anuario Hispano Luso Americano de Derecho Internacional: Asistimos a una confrontación entre dos conceptos, que conforman dos posiciones antagónicas: Globalización o planetización, que representa el polo positivo, y fragmentación, el negativo, que pretende provocar cada día más fractura del Derecho Internacional. La mejor luz que se proyecta sobre el Derecho Internacional es la de la globalización, que deriva de la concepción de un derecho planetario a través del Derecho del Espacio. Las naciones, a lo largo de toda la guerra fría, no demostraron valorar el contenido de la interdependencia. No estuvieron dispuestas a ejercer los derechos y las obligaciones que este concepto implicaba. Ante la pasividad, se vieron desbordadas por un nuevo concepto, que irrumpió sin antesalas, negociaciones ni convenios internacionales: solidaridad. Solidaridad es la expresión de un deber social universal reclamado por los pueblos y también una necesidad derivada del hecho de la eliminación de fronteras por la tecnología de la comunicación y de la realidad virtual. No existen al presente hechos de consecuencias sólo locales, ni aislados. Los lazos solidarios de los pueblos son la mayor garantía de su igual dignidad. La humanidad ha dejado de ser objeto de derecho, para asumir el papel decisivo de sujeto de derecho, el sujeto biológico-social del género humano. La mayor luz para orientar el Derecho Internacional, presente y futuro, está dada por el principio humanidad sujeto jurídico. La mayor sombra por los países fragmentaristas¹².

11. Dupuy, René-Jean, "United Nations Facing to the Crisis of the Nation-State", en *Perspectives of International Law*, cit., p. 212-213.

12. CoCCA, Aldo Armando, "Las Luces y las Sombras del Derecho Internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, volumen XI, Madrid, 1994, p. 214.

Los juristas que hemos trabajado en el seno de las Naciones Unidas y de sus organismos especializados pudimos transformar los apetitos de dominio y los planes estratégicos en actividades útiles a la sociedad humana. Tal vez nada fue concebido con mayor dosis de dominio y de secreto militar que la exploración del espacio y los cuerpos celestes, con miras a su conquista y utilización con fines bélicos. Sin embargo, en pocas reuniones, pudimos modificar esos designios en actividades civiles y para beneficio común de toda la humanidad¹³.

El interés demostrado en todas las actividades relativas al derecho y la paz por mantener y mejorar la existencia de la ONU y de los organismos internacionales de su sistema, con el auxilio de las organizaciones internacionales no gubernamentales, es la mayor prueba de su utilidad. Las reflexiones de distinguidos pensadores y juristas a través del mundo son el mejor seguro de su futuro desarrollo con perfeccionamiento. Se necesitará de la imaginación creativa de esos pensadores y juristas y de la voluntad sincera de los pueblos de las naciones de valorarlos en su contenido humano antes que en posibles beneficios inmediatos, parciales o de sector.

13. Cocca, Aldo Armando, "The Legal Aspects Relating to the Civilian Applications of Space Technology", en *Perspectives of International Law*, cit., p. 411 y ss.

LA COSTUMBRE ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

HUGO LLANOS MANSILLA*

Peláez Marón y Rodríguez Carrión¹, al examinar las transformaciones sufridas por la costumbre en sus elementos constitutivos, observan que la exigencia de la generalidad ya no requiere la voluntad de todos y cada uno de los Estados, que la uniformidad ha sido suavizada, que la duración se ha relajado y que ha sido la reafirmación de la necesidad de convicción jurídica como elemento autónomo de la costumbre lo que ha permitido la remodelación de los otros elementos de la costumbre internacional.

En los primeros años de existencia, tanto de la Corte Permanente de Justicia Internacional como de la Corte Internacional de Justicia, no son muchos los casos referidos a la costumbre internacional: predominan los casos relativos a la aplicación de tratados internacionales.

En el primer asunto, el caso **Wimbledon**, en 1923, la Corte alude, sin mencionarlos expresamente, a los dos elementos de la costumbre —la práctica de los Estados y la *opinio iuris*—, y concluye que no existe costumbre internacional². Se refiere a "la opinión general", que sería en este caso el elemento subjetivo, pero no profundiza en la necesidad de éste.

* Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

1. PELÁEZ MARÓN, J. M. "La crisis del derecho internacional del desarrollo". Servicio de Publicaciones, Universidad de Córdoba, 1987, pp. 51-59, RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. "El Derecho Internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua-Estados Unidos", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1987, p. 42. Citados por MILLÁN, Lucía: *La opinio Juris en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid 1990, pág. 24.

2. CPJI, Serie A, núm. 1, p. 28.

En 1927, en el caso *Lotus*, la Corte se refiere a la necesidad de que la convicción jurídica acompañe a la práctica de los Estados. Habla aquí de la conciencia de un deber jurídico:

"Incluso aunque la escasez de las decisiones judiciales que se puedan encontrar en los repertorios jurídicos fuera una prueba suficiente del hecho alegado por el representante del Gobierno francés, resultaría simplemente que los Estados se han abstenido con frecuencia de hecho de ejercer competencias en lo penal, y no que se reconozcan obligados a hacerlo; ahora bien, únicamente se puede hablar de costumbre internacional si la abstención ha sido motivada por la conciencia de un deber de hacerlo."³

Si bien aquí la Corte no menciona el elemento subjetivo como tal, hay una referencia a él del juez disidente Nyholm, que habla "de un acuerdo general de la opinión de los países de civilización europea" y de la "manifestación de la conciencia jurídica internacional que se opera mediante hechos repetidos continuamente con la conciencia de su necesidad."⁴

Tanto en el asunto del Canal de Corfú —1949—, como en el dictamen sobre las Reservas al Convenio del Genocidio —1951—, la Corte prescindió de la *opinio iuris*. Lo mismo sucede en el asunto de la *Interhandel*, 1959.

En el caso del Asilo —1950—, en el que Colombia alegaba una costumbre regional, parece desprenderse que el hecho de la escasa ratificación del Convenio de Montevideo de 1933 sobre Asilo Político, demuestra una falta de *opinio iuris* por parte de los Estados.

Pero en la CIJ, ya en 1960, en el caso del derecho de paso en territorio indio, se mencionan expresamente los dos elementos de la costumbre internacional, y se refiere a la "opinio iuris sive necessitatis", sin que se elabore más sobre éste:

"y en la medida que esta práctica se basaba, por parte de todos los afectados, en la convicción que se trataba de una obligación jurídica (*opinio iuris sive necessitatis*)."⁵

3. CPJI, Serie A., núm. 10, p. 28.

4. *Ibidem*, p. 60. Citado por MILLÁN, Lucía, en obra citada, p. 40.

5. ICJ, Reports, 1960, p. 11.

Pero será en 1969, en la citada sentencia del **caso de la plataforma continental del Mar del Norte**, cuando la Corte afirma la necesidad del elemento subjetivo, de la convicción de actuar respondiendo a una convicción jurídica:

"El punto esencial de esta conexión —y parece necesario acentuarlo— es que incluso si esas actuaciones de los Estados que no son partes en la Convención fueran mucho más numerosas de lo que son, no serían suficientes en sí mismas para constituir la 'opinio iuris'; ya que para conseguir este resultado son necesarias dos condiciones. Los actos considerados no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben atestiguar, por su naturaleza o la manera como se realizan, la convicción de que esta práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de Derecho. La necesidad de semejante convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la 'opinio iuris sive necessitatis'. Los Estados interesados deben, pues tener el sentimiento de que se conforman a lo que equivale a una obligación jurídica. Ni la frecuencia, ni incluso el carácter habitual de los actos bastan. Existen numerosos actos internacionales en el campo del protocolo, por ejemplo, que se realizan casi invariablemente, pero que están motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidad, de tradición, y no por el sentimiento de una obligación jurídica."⁶

Esta jurisprudencia será completada posteriormente, en 1984, con la sentencia del **caso del Golfo del Maine**, cuando la Corte dé una primera indicación del método a seguir para determinar la existencia y el contenido de la *opinio iuris*, es decir, uno de los problemas más difíciles en relación con la costumbre internacional: el problema de la prueba o evidencia del elemento espiritual:

"Este derecho comprende en realidad un conjunto restringido de normas para asegurar la coexistencia y la cooperación vital de los miembros de la comunidad internacional, conjunto al cual se añaden una serie de normas consuetudinarias cuya presencia en la 'opinio iuris' de los Estados se prueba mediante la inducción, partiendo del análisis de una práctica suficiente-

6. ICJ, Reports 1969, par. 77, p. 44.

mente consolidada y convincente, y no por deducción partiendo de ideas preconcebidas, *a priori*.”⁷

En 1985, la Corte vuelve a reiterar su ya clásica doctrina de la necesidad de los dos elementos, espiritual y material, en la sentencia del **caso de la plataforma continental Libia-Malta**:

“Es desde luego axiomático que el contenido del Derecho internacional consuetudinario hay que buscarlo fundamentalmente en la práctica actual y la ‘*opinio iuris*’ de los Estados.”⁸

Pero, en 1986, en el **caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**, la Corte hará las precisiones más importantes sobre cómo determinar la existencia y contenido de la “*opinio iuris*”:

“La Corte tiene que convencerse de que existe en el derecho internacional consuetudinario una ‘*opinio iuris*’ en cuanto al carácter vinculante de dicha abstención. Esta ‘*opinio iuris*’ puede, con la debida precaución, deducirse ‘*inter alia*’ de la actitud de las Partes y la actitud de los Estados hacia ciertas resoluciones de la Asamblea General y particularmente la Resolución 2.625 (XXV) denominada ‘Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas’. El efecto del consentimiento al texto de estas resoluciones no puede ser entendido como una mera ‘reiteración o aclaración’ de la obligación convencional asumida con la Carta. Por el contrario, puede ser entendido como una aceptación de la validez de la norma o conjunto de normas declaradas por la resolución, por sí mismas. El principio de prohibición del uso de la fuerza, por ejemplo, puede ser así contemplado como un principio de Derecho internacional consuetudinario, y así, no condicionado por las disposiciones relativas a la seguridad colectiva, o a las facilidades o contingentes armados que se deben suministrar en virtud del art. 43 de la Carta. Parece por consiguiente que la actitud mencionada expresa una ‘*opinio iuris*’ respecto a esa norma o conjunto de normas, y hay que considerar con inde-

7. ICJ, Recueil 1984, par. 111, p. 299.

8. ICJ, Reports, 1985, par. 27, p. 29.

pendencia de las disposiciones, especialmente de las institucionales, a las que está sometido en el plano convencional de la Carta."⁹

Es necesario hacer una precisión: la Corte se refiere, al hablar de los elementos de la costumbre internacional, a *la costumbre ya elaborada*. Según que la costumbre exista o no, ella podrá aplicarla o no al caso ante ella planteado. La Corte, pues, suele necesitar previamente determinar la existencia de la norma consuetudinaria alegada. Aplica así el derecho consuetudinario vigente. A la hora de solucionar el caso ante ella planteado comprueba la existencia de la norma consuetudinaria generalmente alegada por una de las partes, y en caso de existir esa u otra norma consuetudinaria, la aplica¹⁰.

Al hacer un examen de los principales fallos de la CIJ, observamos que tratan con mayor extensión y profundidad el tema de los elementos constitutivos de la costumbre internacional, la sentencia de 1969 del **caso de la plataforma continental del Mar del Norte**¹¹ y la sentencia de 1986 en el **caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**¹²; pero también la sentencia de 1927 en el **caso Lotus**, la sentencia de 1960, en el **caso del derecho de paso en territorio indio**¹³, la sentencia de 1984 en el **caso del Golfo de Maine**¹⁴ y la sentencia de 1985 en el **caso de la plataforma continental entre Libia y Malta**¹⁵.

En cuanto a la naturaleza de la costumbre y a sus elementos constitutivos, notamos dos períodos marcadamente diferentes en la jurisprudencia del alto Tribunal de La Haya.

En efecto, superando la concepción voluntarista manifestada por Corte Permanente de Justicia Internacional, en el **caso Lotus**¹⁶, la Corte Interna-

9. ICJ, Reports 1986, par. 188, pp. 99-100.

10. MILLÁN, Lucía, obra citada, pág. 42.

11. ICJ, Reports 1969, par. 77, p. 44.

12. ICJ, Reports 1986, par. 184, pp. 97-98.

13. ICJ, Reports 1960, p. 11.

14. CIJ, Recueil 1984, par. 111, p. 299.

15. ICJ, Reports 1985, par. 27, p. 29.

16. CPJI., Serie A, núm. 10.

cional de Justicia —en adelante la CIJ—, en el caso de la **plataforma continental del Mar del Norte**¹⁷, en su sentencia de 1969, afirma que:

“las reglas y obligaciones de Derecho general o consuetudinario, que por su naturaleza deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional, no pueden quedar subordinadas a la voluntad de uno de los miembros de la comunidad internacional”.

Y en esta misma sentencia, la Corte refleja un cambio respecto al elemento material referido a la duración requerida para la elaboración de una costumbre internacional, que anteriormente se exigía de larga duración:

“Aunque el transcurso de un corto espacio de tiempo no es necesariamente, por sí mismo, un impedimento para la formación de una nueva norma jurídica consuetudinaria.”¹⁸

La confirmación de este cambio en los elementos constitutivos de la costumbre, se encuentra en la sentencia de la Corte en el **caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**, en relación a la generalidad y uniformidad de la práctica de los Estados¹⁹:

“No es de esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya sido perfecta, en el sentido de que los Estados se hayan abstenido completamente del uso de la fuerza o de la intervención en los respectivos asuntos internos. La Corte no considera que, para que una norma se establezca como consuetudinaria, la práctica correspondiente deba estar en conformidad absoluta y rigurosa con la norma”²⁰.

En cuanto a la opinión juris, también se nota la influencia del cambio. La sentencia de 1969, en el **caso de la plataforma continental del Mar del Norte** afirmaba claramente la necesidad del elemento espiritual para la existencia de una norma consuetudinaria²¹:

“Los actos considerados no sólo deben representar una práctica constante, sino que además deben atestiguar, por su naturaleza o la manera co-

17. ICJ. Reports, 1969, par. 63, pp. 38-39.

18. *Ibid.* par. 73 y 74, pp. 42-43.

19. MILLÁN Lucía, obra citada, pág. 32.

20. ICJ, Reports 1986, par. 186, p. 98.

21. *Ibidem.* pág. 33.

mo se realizan, la convicción de que esta práctica se ha convertido en obligatoria por la existencia de una regla de derecho. La necesidad de semejante convicción, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de la "opinio juris sive necessitatis". Los Estados interesados deben, pues, tener el sentimiento de que se conforman a lo que equivale a una convicción jurídica. Ni la frecuencia ni incluso el carácter habitual de los actos bastan. Existen numerosos actos en el campo del protocolo, por ejemplo, que se realizan casi invariablemente, pero que están motivados por simples consideraciones de cortesía, de oportunidades o de tradición, y no por el sentimiento de una obligación jurídica."²²

En la sentencia de 1986, en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, la CIJ precisaba uno de los problemas más interesantes en relación con el elemento espiritual, la prueba o evidencia del mismo, y tenía muy en cuenta los actos de las distintas organizaciones internacionales²³.

"La Corte tiene que convencerse de que existe en el derecho internacional consuetudinario una *opinio juris* en cuanto al carácter vinculante de dicha abstención. Esta *opinio juris* puede, con la debida precaución, deducirse, *inter alia* de la actitud de las Partes y la actitud de los Estados hacia ciertas resoluciones de la Asamblea General".

Como lo señala Pastor Ridruejo²⁴, esta concepción de la *opinio juris* facilita un ritmo acelerado en la formación de la costumbre y tiene en cuenta la universalización y democratización de la sociedad internacional.

Esta sentencia, como lo afirman Dupuy y Verhoeven²⁵, acentúa la importancia del elemento espiritual de la costumbre internacional frente a la postura tradicional de la Corte de examinar primero exhaustivamente la práctica y sólo después comprobar la existencia o no de la *opinio juris*.

22. ICJ, Reports 1969, par. 77, p. 44.

23. *Ibidem*.

24. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid 1987, Tecnos p. 90.

25. Dupuy, P. M. "Le juge et la règle générale", 93 *Revue Générale de Droit International Public*, 1989, pp. 573, 575 y 587; VERHOEVEN, J. "Le droit, le juge et la violence (les arrêts Nicaragua c. Estados Unidos)": 91 *Revue Générale de Droit International Public*, 1987, pp. 1204 y 1208 en MILLÁN, Lucía, obra citada, pág. 33.

Más que hacer primar el elemento espiritual frente al elemento material, la Corte les da a los dos elementos la misma relevancia, lo que supone un cambio, ya que en 1969 sostuvo la no existencia de la norma consuetudinaria alegada, en tanto en 1986 concluye que sí existe y procede a aplicarla en el caso alegado.

La incidencia de la jurisprudencia internacional de la CIJ en la costumbre internacional, se puede contemplar desde dos puntos de vista diferentes: desde el punto de vista del contenido material de la misma en cada momento concreto que la Corte debe decidir y definir al aplicarla al caso planteado ante ella; y desde el de la teoría de las fuentes del Derecho: qué concepto tiene la Corte de la costumbre, cómo se elabora, cuando considera norma vigente una norma consuetudinaria, y que criterios para decidir todo esto utiliza la Corte en general para cualquier norma consuetudinaria.

Como lo señala la doctrina²⁶, si bien la CPJI y la misma CIJ, en la década de los cincuenta y los primeros años de la de los sesenta, se ocuparon fundamentalmente de casos relativos a la interpretación y aplicación de tratados, la CIJ en las dos últimas décadas se ha tenido que enfrentar en la mayoría de los casos con el Derecho internacional consuetudinario.

Esta nueva tendencia se origina en 1969 con el **caso de la plataforma continental del Mar del Norte**, en la que la Corte no sólo se limitó a aplicar normas del Derecho internacional consuetudinario, sino que además tuvo que pronunciarse sobre diferentes cuestiones relativas a la naturaleza del Derecho internacional consuetudinario, a su proceso de formación y a sus relaciones con las disposiciones convencionales²⁷.

Esta sentencia, sin precedentes en la jurisprudencia internacional, va a tener continuación con otra sentencia igualmente importante en materia del desarrollo de las fuentes del Derecho: el ya citado **asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**. La doctrina reconocerá su importancia²⁸, su principal interés radica en su doctrina so-

26. PASTOR RIDBUEJO, obra citada, pág. 89.

27. MILLAN, Lucía, obra citada, pág. 43.

28. MORRISON, F. L. "Legal issues in the Nicaragua Opinions", 81 *The American Journal of International Law*, 1987-1, pp. 160-166; VERHOEVE, obra citada, pág. 1237.

bre las fuentes del nuevo derecho internacional y su interpretación de los límites de la legítima defensa y la agresión. Frank, T.M.²⁹, considera esta sentencia la más importante de las decisiones de la Corte sobre las fuentes del Derecho. Czaplinsky W.³⁰, ha expresado sus reservas en que respecta a la aplicación por parte de la CIJ de normas consuetudinarias para resolver un litigio planteado ante ella, con un contenido muy parecido a las obligaciones que derivan de la Carta de las Naciones Unidas, de la que los dos integrantes eran partes y cuya validez no se discutía, aunque no se podía aplicar al caso concreto por la reserva Vandenberg³¹. A juicio de este autor polaco, contraria por cierto a la reiterada jurisprudencia de la CIJ³², no pueden coexistir normas convencionales y consuetudinarias con el mismo contenido, y mientras estén en vigor las convencionales, las consuetudinarias terminan o quedan suspendidas. No aclara sí, qué normas se aplican para regular las relaciones en una materia objeto de una convención, de codificación por ejemplo, entre los Estados partes en una convención y los Estados no partes de la misma.

Rodríguez Carrión A.³³ ha señalado la enorme importancia de esta sentencia para la teoría de las fuentes en el Derecho internacional en que la Corte ha hecho afirmaciones que apuntan a una nueva concepción del Derecho internacional público.

D'Amato A.³⁴, si bien reconoce la importancia de la sentencia para las fuentes del Derecho, y en especial para la costumbre internacional, afirma

29. Ver: "Some observations on the ICJ's Procedural and Substantive Innovations", 81 *The American Journal of International Law*, 1987-1, pág. 118.

30. "Sources of International Law in the Nicaragua Case", 38 *International and Comparative Law Quarterly*, 1989, pp. 164-166.

31. Ver MILLAN, Lucía, obra citada, pág. 44.

32. ICJ, *Reports* 1980, par. 62, pp. 30-31, y par. 90, pp. 41-42; ICJ, *Reports* 1984, par. 73, p. 424; ICJ, *Reports* 1986, par. 172 a 179, pp. 92-96.

33. "El Derecho Internacional en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto Nicaragua-Estados Unidos", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, 1987, pp. 17-63.

34. "Trashing Customary Law", 81 *The American Journal of International Law*, 1987-1, pp. 102-105.

que la sentencia revela que los jueces tenían poca idea de lo que estaban haciendo.

Para Jiménez de Aréchaga, E.³⁵, es difícil negar el interés que tiene la jurisprudencia de la Corte para el estudio de la costumbre como fuente del Derecho internacional. La Corte, dice, ha adoptado en las dos últimas décadas un enfoque que puede ser considerado innovador y fecundo. La Corte, abandonando su posición voluntarista³⁶.

Weil, P.³⁷ y Schachter, O.³⁸, estiman que la expresión "norma de derecho internacional general" se utiliza hoy en día cada vez más como sinónimo de norma consuetudinaria. A ello contribuye, en su opinión, la jurisprudencia de la CIJ que, por ejemplo, en el caso de la **plataforma continental del Mar del Norte**, habla indistintamente de "Derecho internacional consuetudinario", "Derecho internacional general" y "Derecho internacional general o consuetudinario". La idea para Weil es clara: se trata de contraponer a la norma convencional que vincula únicamente a los Estados partes en el tratado, la norma consuetudinaria que se impone de manera más general a un número de Estados delimitado de manera menos estricta, no susceptible de derogaciones individuales: de simplemente general tiende a ser concebida como universal.

Esta última consideración de Weil no encuentra sin embargo apoyo en la jurisprudencia de la CIJ, que en el caso de las **pesquerías de 1951**, sentaba una doctrina que no hay razón para pensar que no mantenga hoy día: "De cualquier forma, la regla de las diez millas no se puede oponer a No-

35. "La costumbre como fuente del Derecho Internacional", Homenaje Miaja, vol. I, Madrid 1979, Tecnos, pp. 376.

36. Recordemos la sentencia de la CPJI, en 1927, del Caso Lotus: "El derecho internacional regula las relaciones entre Estados independientes. Las normas jurídicas que vinculan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad manifestada en las convenciones o en los usos generalmente aceptados como pacto tácito de los Estados, por lo que es muy difícil conseguir así la universalidad de las normas jurídicas consuetudinarias...".

37. "Vers une normativité relative en Droit International?", 86 *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, pp. 38-39.

38. "Entangled Treaty and Custom", *International Law at a time of Perplexity. Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Nijhoff 1989, Dordrecht-Boston Londres, pp. 722-723.

ruega, ya que ésta siempre se ha opuesto a toda tentativa de aplicar esa norma a la costa noruega."³⁹

En realidad la doctrina⁴⁰, reconoce que si bien existe una presunción de universalidad para las normas consuetudinarias, en términos de Dupuy es sería el caso de la "coutume sage", en la práctica hoy es cada vez mas difícil conseguir la unanimidad de los Estados para una costumbre determinada.

La conclusión sería a la vista de la jurisprudencia y de la mayoría de la doctrina, que las normas jurídicas internacionales consuetudinarias son de alcance general y presumiblemente universal (en el bien entendido que no se está hablando de las costumbres regionales y locales), pero esto no impide que un Estado que se ha opuesto a la norma jurídica consuetudinaria desde el nacimiento de ésta, quede obligado por ella. A un Estado no se le puede obligar contra su voluntad, salvo el caso de una norma de *ius cogens*, pero un solo Estado no puede impedir la formación de una norma consuetudinaria de alcance general. Así se evita el temor de Weil de que no son posible derogaciones a la norma consuetudinaria de alcance general, pero es posible, al mismo tiempo la creación de una nueva norma consuetudinaria, aún con la oposición de algún Estado, siempre que no se trate de un Estado "clave" para la formación de la norma concreta de que se trate.

Los elementos constitutivos de la costumbre en la jurisprudencia internacional. La jurisprudencia tanto de la CPJI como de la CIJ exige los dos elementos que constituyen la costumbre: el elemento material y el elemento espiritual (aunque en éste, no queda claro si el artículo 38 del Estatuto adopta una posición voluntarista u objetivista).

La Corte establece claramente la exigencia de los dos elementos: así se hacen las primeras sentencias, como por ejemplo la de la CPJI, en 1923,

39. CIJ *Recueil* 1951, p. 131.

40. Como CONDORELLI, L. "Consuetudine Internazionale", *Digesto* IV edizione, Turin 1988, p. 41; DUPUY, R. J. "Le juge et la règle générale", 93 *Revue Générale de Droit International Public*, 1989, pp. 569-598 y FERRARI Bravo, L. "Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats", 192 *RCADI* 1985-III, pp. 233-330.

en el caso **Wimbledon**⁴¹ y en 1927, en el caso **Lotus**⁴² y en 1986, en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua⁴³. La jurisprudencia de la Corte los exige no sólo para las costumbres generales, sino también para las costumbres regionales y locales.

En el mismo año de la sentencia del caso **Lotus**, la CPJI en su dictamen sobre la competencia de la Comisión Europea del Danubio, observaba:

“Estas condiciones no están en opinión del Comité, determinadas por la disposición del Tratado de Londres de 1883, ya que esta disposición no formaba parte de las que estaban en vigor antes de 1914, sino por los usos, que tienen valor jurídico por el sólo hecho de que se han podido establecer y mantener de forma continuada por el consentimiento unánime de todos los Estados interesados”

En este dictamen, con un lenguaje muy parecido al del caso **Lotus**, la CPJI le reconoce valor jurídico al elemento material por la voluntad unánime de los Estados interesados, es decir, por el elemento espiritual.

La Corte exigirá los dos elementos, espiritual y material, para reconocer la existencia de costumbres regionales y locales. Si bien en el caso del derecho de asilo, Colombia no consigue demostrar la existencia de una costumbre regional, la opinión de la Corte es clara: exige además del elemento material, la *opinio iuris* —aunque no la denomina así—, “y que ese uso traduzca un derecho para el Estado que concede el asilo y un deber para el Estado territorial”; y dice más adelante: “y se observa tal falta de continuidad en la rápida sucesión de convenios sobre el asilo ratificados por varios Estados y rechazados por otros... que no es posible discernir en todos ellos un uso uniforme y constante aceptado como derecho...”⁴⁴. Alude así la Corte al elemento espiritual que no analizará porque Colombia no puede probar siquiera la existencia del elemento material.

41. CPJI, serie A, núm. 1, 28.

42. CPJI, serie A, núm. 10, p. 28.

43. ICJ, *Reports* 1986, par. 77, p. 44.

44. ICJ, *Reports* 1950, pp. 276-277.

La CIJ repetirá esta argumentación dos años después, en el **caso de los derechos de los nacionales de Estados Unidos en Marruecos**⁴⁵, y reiterará la exigencia de los dos elementos en su sentencia de 1960, en el **caso sobre derecho de paso por territorio indio**⁴⁶.

Esta línea jurisprudencial es más clara en la década de los sesenta: así, en el **caso de la plataforma continental del Mar del Norte** recogen también la doble exigencia los jueces disidentes, Koretsky y Lachs⁴⁷. Lo mismo en la década de los ochenta, en los **casos del Golfo de Maine**⁴⁸ y en el de la **plataforma continental Libia-Malta**⁴⁹, y en la sentencia de 1986, en el **caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**⁵⁰.

Es sí en relación a las costumbres generales donde se pueden encontrar las mayores divergencias en el concepto que adopta la Corte, en relación al elemento espiritual.

La jurisprudencia internacional experimenta una evolución: pasa de una concepción voluntarista en 1927, en el **caso Lotus**, a una más objetiva basada en una visión comunitaria del Derecho internacional consuetudinario, en el **caso de la plataforma continental del Mar del Norte**, lo que se confirma, en 1986, en el **caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**:

"No hay que esperar que la práctica de los Estados en la aplicación de las normas en cuestión haya sido perfecta, en el sentido de que los Estados se hayan abstenido de manera consistente, de usar la fuerza o de intervenir en los asuntos internos de otros Estados. La Corte no considera que para que establezca una norma como consuetudinaria, la práctica correspondiente deba estar en absoluta conformidad con la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte considera suficiente que la con-

45. ICJ, *Reports* 1952, p. 100.

46. ICJ, *Reports* 1960, p. 11.

47. ICJ, *Reports* 1969, pp. 158 y 225.

48. CIJ, *Recueil* 1984, par. 111, p. 299.

49. ICJ, *Reports* 1985, par. 27, p. 29.

50. ICJ, *Reports* 1989, par. 188, pp. 99-100.

ducta de los Estados sea consistente en general con la norma y que los supuestos en que los Estados se comportan en contradicción con la norma de que se trate sean considerados como violaciones de la norma y no como indicios de reconocimiento de una nueva norma."⁵¹

La jurisprudencia internacional aplica el derecho vigente y no el que está en formación, es decir, las normas consuetudinarias ya elaboradas y no las que se encuentran en proceso de formación.

Así, la Corte lo ha precisado en 1974, en el caso de las pesquerías:

"El hecho mismo de haber convocado la Tercera Conferencia sobre el Derecho del Mar evidencia un deseo manifiesto por parte de todos los Estados de proceder a la codificación de ese Derecho con una base universal, incluyendo la cuestión de las pesquerías y de la conservación de los recursos vivos del mar. Ese deseo general es comprensible ya que las normas del Derecho internacional marítimo han sido el producto de ajustes recíprocos, de actitudes razonables y de espíritu de cooperación. Así fue en el pasado y así continúa siéndolo necesariamente en la actualidad. En esas circunstancias, la Corte, en cuanto órgano judicial, no puede decidir "sub specie legis ferendae" ni enunciar el derecho antes de que el legislador lo haya establecido."⁵²

En 1982, en el caso de la plataforma continental Túnez-Libia, ha reafirmado esta doctrina:

"La Corte está autorizada por el compromiso a tener en cuenta las nuevas 'tendencias' aceptadas que pueden ser consideradas, como sugiere el término 'tendencias', como habiendo alcanzado una etapa avanzada en el proceso de elaboración. La Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no ha terminado todavía... De cualquier manera, sin embargo, cualquier consideración y conclusión de la Corte en relación con la aplicación de las 'tendencias' se refieren exclusivamente a las relaciones jurídicas de las Partes en el presente caso. Además, la Corte hubiera, de 'motu proprio', tenido en cuenta los progresos realizados por la Conferencia incluso aunque las Partes no los hubieran aludido en su compromi-

51. ICJ, *Reports* 1986, par. 186, p. 98.

52. ICJ, *Reports* 1974, pp. 23-24 y par. 45, p. 192.

so; ya que no puede ignorar ninguna disposición del proyecto de Convención si llega a la conclusión de que el contenido de dicha disposición es obligatorio para todos los miembros de la comunidad internacional porque consagra o cristalice una norma de Derecho internacional consuetudinario preexistente o en formación.”⁵³

La Corte entonces ha aplicado únicamente el Derecho aplicable, costumbres o tratados, en vigor, al caso concreto ante ella planteado. No aplica una costumbre “in fieri”, salvo que las Partes se manifiesten obligadas por ella o la reconozcan en vigor para ellas. Pero sólo lo sería para el litigio concreto planteado ante la Corte y no como norma general de conducta⁵⁴. La costumbre en formación solo sería oponible a los Estados que hubieran consentido a su formación, pero no a los Estados que hubieran manifestado su oposición, al menos hasta que hubiera cristalizado como costumbre general⁵⁵.

Una costumbre internacional no se elabora de una vez, sino que el proceso de elaboración se desarrolla en el tiempo y comporta diferentes etapas. Como lo señala el juez Tanaka en su opinión disidente en el **caso de la plataforma continental del Mar del Norte**: “el factor tiempo, es decir, la duración de la costumbre es relativo; lo mismo ocurre con el factor número, es decir la práctica de los Estados.”⁵⁶

El elemento tiempo es relevante en la medida en que la práctica de los Estados necesita tiempo para desarrollarse.

El tiempo requerido para la creación de una nueva norma consuetudinaria es solo el necesario para que puedan producirse las primeras actuaciones y reacciones de los sujetos del Derecho internacional y cristalizar luego una “opinio iuris”. El elemento tiempo es simplemente instrumental en la creación de una norma consuetudinaria. La aceleración del ritmo de la vida internacional tiene su reflejo en el elemento tem-

53. ICJ, *Reports* 1982, par. 24, p. 38.

54. MILLÁN, Lucía, obra citada, pág. 73.

55. CARRILLO SALCEDO, J. A. *Soberanía del estado y Derecho Internacional*, Madrid, 1976, 2ª ed. Tecnos, pp. 135-136; RODRÍGUEZ CARRIÓN, A. *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid 1987, Tecnos, p. 181.

56. ICJ, *Reports* 1969, p. 178.

poral de la costumbre y, en consecuencia, también se ha acelerado su proceso de elaboración.

Los requisitos que debe reunir la práctica de los Estados para que cristalice una costumbre son, en la sistematización clásica del juez De Castro, en su opinión individual en el caso de las pesquerías, en 1974⁵⁷ los siguientes:

- a) Una aceptación general o universal;
- b) Una práctica uniforme;
- c) Una duración considerable.

La práctica incluye no sólo las actuaciones de los Estados que toman la iniciativa, sino también las reacciones de los Estados interesados, como lo señaló la CIJ, en el caso de la plataforma continental del Mar del Norte, en 1969⁵⁸.

La práctica, por otra parte, no tiene por qué consistir en actuaciones positivas de los Estados, sino ser también omisiones y abstenciones, siempre que vayan acompañadas de "opinio iuris", como lo indicó la CPJI en el caso Lotus, en 1927:

"Incluso si la escasez de decisiones judiciales que se han podido encontrar... fuera una prueba suficiente del hecho invocado... resultaría simplemente que los Estados se han abstenido, de hecho, de ejercer competencias en materia de jurisdicción penal, y no que se hayan reconocido obligados a hacerlo, ya que únicamente si la abstención estuviera motivada por la conciencia de un deber de abstenerse se podría hablar de costumbre internacional."⁵⁹

Respecto al requisito de la uniformidad de la práctica, la CIJ no es excesivamente rigurosa: para ella algunos incumplimientos o inconsistencias en la práctica no afectan a la norma consuetudinaria en vigor, ni impiden el nacimiento de una nueva norma.

Así lo señaló en su **sentencia de las pesquerías**, en 1951:

"No se debe conceder mucha importancia a algunas inconsistencias y contradicciones. Estas pueden ser fácilmente entendidas a la luz de

57. ICJ, *Reports* 1974, pp. 89-90.

58. ICJ, *Reports* 1969, par. 73, p. 43.

59. CPJI, Serie A núm. 10, p. 28.

las variedad de hechos y condiciones importantes en el largo período transcurrido desde 1812.”⁶⁰

Y luego, en el caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua afirma:

“No hay que esperar que en la práctica de los Estados la aplicación de las normas en cuestión haya sido perfecta, en el sentido de que los Estados se hayan abstenido, con completa consistencia, de utilizar la fuerza o de intervenir en los asuntos internos de otros Estados.”⁶¹

O sea, para la Corte sólo la práctica contraria a la norma acompañada de “*opinio iuris*” puede dar lugar al nacimiento de una nueva norma consuetudinaria en oposición a la anterior. Las inconsistencias en la práctica de los Estados son simples violaciones de la norma vigente.

En cuanto al tercer requisito, la duración considerable, los cambios sobrevinidos en la sociedad internacional, han llevado a una aceleración en la formación de las normas jurídicas consuetudinarias.

Una vez que la nueva norma consuetudinaria entre en vigor, obliga a la generalidad de los Estados, con la excepción de los que se hubieran opuesto a ella desde el principio.

Como lo señaló la CIJ en el caso de la plataforma continental del Mar del Norte:

“Las reglas y obligaciones de Derecho internacional general o consuetudinario, que por su naturaleza deben aplicarse en condiciones iguales a todos los miembros de la comunidad internacional, no pueden quedar subordinadas ...a la voluntad de uno de los miembros de la comunidad internacional.”⁶²

La CIJ se pronuncia respecto al papel que juega la voluntad del Estado que se opone al nacimiento de una nueva norma consuetudinaria .

En el caso de las pesquerías, en 1951, dice la Corte:

60. CIJ, *Reports* 1951, p. 138.

61. ICJ., *Reports* 1988, p. 98.

62. ICJ, *Reports* 1969, pp. 38-39.

"De cualquier forma, la regla de las 10 millas no se puede oponer a Noruega, ya que ésta siempre se ha opuesto a toda tentativa de aplicar esa norma a la costa noruega." ⁶³

Las objeciones deben haberse mantenido desde las primeras etapas de formación de la norma y de manera consistente, sostenida.

Esta tesis, sin embargo, plantea problemas cuando se aplica a los nuevos Estados nacidos del proceso de descolonización. Estos se encuentran frente a un Derecho consuetudinario general elaborado cuando eran colonias y no tenían voluntad para manifestarse.

La mayoría de la doctrina considera que ésta es una situación diferente y que los nuevos Estados pueden oponerse a las normas consuetudinarias vigentes dentro de un plazo razonable de tiempo después de haber accedido a la independencia.

Se señala que es muy improbable que la Corte llegue a imponer a un nuevo Estado una norma del Derecho internacional clásico que éste rechace como contraria a sus intereses.

Indirectamente la CIJ ha reconocido la justicia de algunas de las pretensiones de los nuevos Estados.

Así, la Corte en su dictamen de 1971 sobre Namibia precisó:

"Además, el desarrollo posterior del Derecho internacional respecto a los territorios no autónomos, tal como se contiene en la Carta de las Naciones Unidas, hace el principio de la autodeterminación aplicable a todos ellos. Una etapa importante en este desarrollo fue la **Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales** (Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960), que se refiere a todos los pueblos y territorios "que todavía no hayan alcanzado la independencia." ⁶⁴

La manera más sencilla de manifestarse la voluntad de los Estados son los actos unilaterales que son uno de los modos de formación de la costum-

63. CIJ, *Recueil* 1951, p. 131.

64. ICJ, *Reports* 1971, par. 52, p. 31.

bre internacional. Son vinculantes siempre que el Estado manifieste una específica voluntad de obligarse.

Ello responde a la jurisprudencia de la Corte Permanente, que en el **caso del Estatuto jurídico de Groenlandia Oriental**, en 1933, afirmó:

"La Corte considera indiscutible que una respuesta así, dada por el ministro de Asuntos Exteriores en nombre de su Gobierno a una gestión de un representante diplomático de una Potencia extranjera, en un asunto que es de su competencia, obliga al país de que es ministro."⁶⁵

La CIJ en el **caso de las pruebas nucleares**, en 1974, confirmó esta jurisprudencia:

"Está admitido que declaraciones que revistan la forma de actos unilaterales y que se refieran a situaciones de hecho o de derecho pueden tener por efecto la creación de obligaciones jurídicas. Declaraciones de esta naturaleza pueden tener y a menudo lo tienen, un objeto muy preciso. Cuando el Estado autor de la declaración tiene intención de vincularse de conformidad con sus términos, dicha intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico quedando, por lo tanto, el Estado interesado jurídicamente obligado a seguir una línea de conducta ajustada a su declaración. Un compromiso de esta naturaleza, expresado públicamente y con la intención de obligarse, incluso fuera del marco de negociaciones internacionales, tiene carácter vinculante."⁶⁶

El juez internacional no se limita a la formulación de la norma consuetudinaria y su aplicación al caso concreto. Examina la práctica existente. Si concluye que no la hay, esta afirmación podrá paralizar, si la costumbre no está consolidada pero está en proceso de formación, el desarrollo de la norma consuetudinaria.

Así sucedió en relación a la regla de las diez millas para el cierre de la embocadura de una bahía, a la hora de determinar las líneas de base de la costa, en el **caso de las pesquerías**, de 1951, en el que la Cor-

65. CPJI, Serie A/B núm. 53, p. 71.

66. ICJ, *Reports* 1974, par. 43, p. 267.

te consideró que no se trata de una norma de Derecho internacional general:

"En estas condiciones, la Corte estima necesario observar que si la regla de las diez millas ha sido adoptada por ciertos Estados, tanto en sus leyes nacionales como en tratado y convenciones, y si alguno de los laudos arbitrales la han aplicado entre estos Estados, otros Estados, por el contrario, han adoptado un límite diferente. En consecuencia, la regla de las diez millas no ha adquirido la autoridad de una norma general de Derecho internacional."⁶⁷

En otro caso, el de la **plataforma continental del Mar del Norte**, de 1969, la Corte negará la existencia del principio de equidistancia para la delimitación de la plataforma continental como norma de Derecho internacional general. Dijo la Corte, argumentando la falta de práctica y de "opinio iuris":

"La Corte debe ahora considerar si la práctica de los Estados en el asunto de la plataforma continental ha sido, posteriormente a la Convención de Ginebra, de tal manera que satisfaga dicha condición. Pero incluso si los casos mencionados no constituyen más que una pequeña proporción de los que potencialmente podrían darse en el mundo para esa delimitación, la Corte no cree necesario enumerarlos o evaluarlos separadamente, ya que hay, 'a priori', varias razones que neutralizar su valor como precedente en este caso concreto". El elemento esencial a este respecto, y parece necesario acentuarlo, es que incluso si las actuaciones de los Estados no partes en la Convención hubieran sido mucho más numerosas de lo que en realidad son, no bastarían por sí mismas, ni siquiera consideradas en su totalidad, para constituir la "opinio iuris"⁶⁸.

Pero si la Corte puede paralizar el desarrollo de una norma consuetudinaria en formación, también puede producir el efecto contrario: acelerar su cristalización como costumbre internacional.

67. CIJ, *Recueil* 1951, p. 131.

68. ICJ, *Reports* 1969, par. 75, p. 43 y par 77, p. 44.

Así, en el caso de las pesquerías de 1974, al encontrarse ante normas consuetudinarias en formación, la Corte llama la atención sobre la práctica de los Estados, que luego cristalizaría en la noción de zona económica exclusiva:

"Al mismo tiempo, la Corte debe añadir que obviamente su sentencia no puede impedir que las Partes se beneficien de la evolución ulterior de las normas pertinentes del Derecho internacional."⁶⁹

Las resoluciones de las organizaciones internacionales también inciden en la elaboración de las normas consuetudinarias.

Para el juez Tanaka, en su opinión disidente en la sentencia de 1966 sobre **África del Sudoeste**⁷⁰ una sola resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas no basta. Para que la resolución sirva como evidencia de una norma consuetudinaria y se convierta en obligatoria, son necesarias repeticiones y que sobre una misma materia se adopten reiteradas resoluciones.

Como ejemplo de resolución declarativa de normas consuetudinarias vigentes puede citarse la **Declaración sobre los principios de Derecho internacional referente a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados** de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (Resolución 2625[XXV] de la Asamblea General).

La Corte lo ha reconocido implícitamente en su sentencia de 1986 en el caso de **las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**, cuando al determinar el contenido de los principios de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención, una vez afirmados el carácter consuetudinario de los mismos, recurre a la citada Resolución 2625(XXV)⁷¹.

Una resolución puede ser el punto de partida para la creación de una nueva norma consuetudinaria. Así lo ha reconocido la Corte al referirse a la Resolución 1514(XV) relativa a la Declaración sobre la concesión de la

69. ICJ, *Reports* 1974, par. 77, p. 33 y par. 70, p. 203.

70. ICJ, *Reports* 1966, p. 292.

71. ICJ, *Reports* 1986, par. 191, p. 101 y par. 192, p. 102.

independencia de los países y pueblos coloniales, en su **dictamen de 1974 sobre el Sahara español**:

“La Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General ha sido la base del proceso de descolonización que se ha traducido, desde 1960, en la creación de numerosos Estados, hoy miembros de las Naciones Unidas. Ha sido completada, en ciertos aspectos, por la Resolución 1541(XV) de la Asamblea General, que ha sido invocada en este caso.”⁷²

Pero la Corte no sólo reconoce valor a las resoluciones de la Asamblea General como prueba de la existencia de las normas consuetudinarias. También se las reconoce a las resoluciones de otras organizaciones internacionales, como por ejemplo, las de la Organización de Estados Americanos —OEA—. Así, en la ya mencionada **sentencia de 1986**, afirmará:

“En lo que se refiere a las relaciones interamericanas, conviene señalar... Entre los textos más recientes hay que mencionar las Resoluciones AG/RES. 78 y AG/RES. 128 de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos...”

Diremos finalmente, que tras la sentencia de 1986 en el **caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua**, queda claro que para la Corte, las resoluciones de las Organizaciones internacionales pueden ser un medio de prueba, entre otros, de la existencia de una norma consuetudinaria.

72. CIJ, *Recueil* 1975, par. 57, p. 32.

PRIMACÍA Y EFECTIVIDAD EN EL DERECHO INTERNO DE LA CONVENCIÓN DE MONTEGO BAY DE 1982 SOBRE DERECHO DEL MAR

ALBERTO EDUARDO MONSANTO *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La ley aprobatoria. 3. La ratificación. 4. La declaración o reserva interpretativa. 5. Relación entre las normas nacionales y el derecho convencional. 6. Sinopsis comparativa de la legislación argentina. a) Los espacios marítimos antárticos. b) Ámbito material de la ley 23968. c) Líneas de base. d) Derogación del decreto-ley 17094. e) Líneas de base normales. f) Líneas de base rectas. g) Límites laterales. h) Aguas interiores. i) Mar territorial. j) Zona contigua. k) Zona Económica Exclusiva. l) Plataforma Continental. Antecedentes y cotejo con la regulación convencional. 7. Regulaciones de Montego Bay que resultan modificatorias de la ley argentina. 8. Regulaciones complementarias. 9. El espacio aéreo. 10. Aspectos de legislación aduanera.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el último día del año 1995, la República Argentina es parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (conocida como Convención de Jamaica o Montego Bay) de 1982.

Encomiable, la ratificación, (que tiene como antecedente el proyecto aprobatorio enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo el 1 de setiembre de 1986) hace parte a la República Argentina de lo que con seguridad constituye la obra cumbre de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo.

* Profesor de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario. Sub-Director del C.I.I.R. Centro Interdisciplinario de Integración Regional. Universidad Nacional de Rosario

La "constitución de los mares", como ha sido llamada la Convención de Montego Bay, aún con naturales insuficiencias en la regulación de ciertos aspectos de la utilización de espacios marítimos internacionales como por ejemplo, la relativa a la pesca en alta mar o, más precisamente, a la garantía de conservación de especies transzonales o asociadas en las regiones adyacentes a la Zona Económica Exclusiva, resulta el más alto exponente de la cooperación internacional en materia jurídica. En ella, los países más débiles obtuvieron no sólo el reconocimiento de su condición sino, muy destacablemente, el del correlativo ejercicio de derechos sobre los espacios marítimos adyacentes a su territorio por el que tanto lucharon, en una extensión casi impensable con anterioridad. Todos los miembros de la comunidad internacional vieron en realidad satisfechos en la mayor medida posible sus derechos; se asignó a la Humanidad un patrimonio incalculable, instrumentándose la forma de materializarlo con efectividad (pese a algunas resistencias que aún perduran), y se dio término a la mayoría de las cuestiones pendientes de Derecho del Mar, entre ellas, la anchura del mar territorial y la naturaleza y extensión de los derechos de la comunidad internacional en todos los espacios marítimos.

Considerando estos como una unidad, regida por los principios de uso pacífico, buena fe y prohibición del abuso del derecho, la Convención y sus Anexos regulan, como es sabido y entre otras materias, tanto sobre los espacios marítimos internacionales (alta mar y su espacio aéreo; fondos marinos bajo la alta mar más allá de las extremas jurisdicciones nacionales), como sobre los que caen bajo la soberanía y/o jurisdicción nacional (aguas interiores, mar territorial, zona económica exclusiva, plataforma continental).

La ratificación por la República Argentina de la Convención de Jamaica y sus nueve Anexos, así como su consentimiento para obligarse por el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de dicha Convención incorporado al Anexo de la Resolución 48/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 28 de julio de 1994, tiene obviamente inmediatas implicancias jurídicas y constituye un cambio en la política legislativa seguida históricamente por nuestro país en la materia regulatoria de los espacios marítimos que caen bajo su soberanía y/o jurisdicción.

El objeto del presente comentario está vinculado por tanto a la determinación de ciertos efectos jurídicos que la ratificación de la Conven-

ción por nuestro país acarrea en la legislación interna, la jerarquía que en ella tienen estas normas convencionales y el resultado modificatorio de las regulaciones nacionales.

2. LA LEY APROBATORIA

El Congreso de la Nación sancionó en fecha 13 de setiembre de 1995 la ley que lleva el número 24543, publicada en el Boletín Oficial del día 25 de octubre de 1995, por la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar adoptada por la IIIª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de dicha Convención, incorporado al Anexo de la Resolución 48/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptada el 28 de julio de 1994.

El texto de la ley impone al gobierno argentino la obligación de efectuar al momento del depósito del instrumento de ratificación, declaración expresa sobre diversas cuestiones cuya materia, sintéticamente, refiere:

- a) con relación a las disposiciones de la Convención que tratan del **paso inocente** a través del mar territorial: es intención del gobierno de la República Argentina continuar aplicando el régimen vigente en la actualidad al paso de buques de guerra extranjeros, siendo el mismo totalmente compatible con las disposiciones de la Convención.
- b) en relación con la Parte III de la Convención (*referente a Estrechos utilizados para la navegación internacional, arts. 34 a 45*): por el Tratado de Paz y Amistad celebrado con la República de Chile el 29 de noviembre de 1984, que entró en vigor el 2 de mayo de 1985 y fue registrado en la Secretaría General de las Naciones Unidas de conformidad al artículo 102 de la Carta de la ONU, ambos Estados ratificaron la vigencia del artículo V del Tratado de Límites de 1881 de acuerdo con el cual el **Estrecho de Magallanes** está neutralizado a perpetuidad y asegurada su libre navegación para las banderas de todas las naciones. El Tratado de Paz y Amistad contiene además disposiciones y un Anexo especial sobre navegación que incluye regulaciones para buques de terceras banderas en el Canal Beagle y otros pasos y canales del archipiélago de Tierra del Fuego.

- c) con relación a las disposiciones de la Convención relativas a la **ordenación y conservación de los recursos vivos en alta mar**: la República Argentina acepta las mismas pero considera que son insuficientes, en particular las relativas a las poblaciones de peces transzonales y de especies altamente migratorias, y que es necesaria su complementación mediante un régimen multilateral de cooperación que asegure dicha conservación. Del mismo modo, en relación a los recursos que se encuentran en la Zona Económica exclusiva y en el área de alta mar adyacente a ella, y en especial en materia relativa a las mismas especies o a las asociadas de dichas áreas, la República Argentina, como estado ribereño y los Estados que pesquen esas poblaciones en el área adyacente a su Zona Económica Exclusiva deben acordar medidas de conservación en el alta mar. Sin perjuicio de ello, el gobierno argentino interpreta que para cumplir con la obligación que establece la Convención sobre preservación de los recursos vivos de su Zona Económica Exclusiva y la zona adyacente a ella está facultado para adoptar todas las medidas necesarias, de conformidad al derecho internacional.
- d) la ratificación de la Convención no implica la aceptación del Acta Final de la IIIª Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y a dicho fin, la República Argentina, como lo hiciera en su declaración de fecha 8 de diciembre de 1982, hace **expresa reserva** en el sentido que la Resolución III del Anexo I del Acta Final no afecta en modo alguno la "**cuestión de las Islas Malvinas**" sobre las cuáles, así como sobre las Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes la Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía.
- e) la República Argentina respeta el **derecho de libre navegación** consagrado en la Convención no obstante lo cual considera que debe regularse debidamente el tránsito de buques con cargamentos de sustancias radiactivas de alta actividad. El gobierno argentino considera que las regulaciones sobre prevención de la contaminación marina contenidas en la Parte XII de la Convención deben ser complementadas.
- f) de acuerdo a lo establecido en el art. 287 de la Convención (*relativo a la elección del procedimiento obligatorio conducente a decisiones obli-*

gatorias) el gobierno argentino declara que acepta en orden de prelación preferencial los siguientes métodos de solución de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención): *a*) el Tribunal Internacional de Derecho del Mar; *b*) un Tribunal Arbitral constituido de conformidad con el Anexo VIII para cuestiones relativas a pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación. Asimismo, **no acepta** los procedimientos previstos en la parte XV Sección 2 con respecto a las controversias especificadas en los párrafos 1 a, b y c del artículo 298 (*delimitación de zonas marítimas o relativas a bahías o títulos históricos, actividades militares y controversias respecto de las cuales el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ejerza las funciones que le confiere la Carta*).

El Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención (*regulatorio de la Zona Patrimonio Común de la Humanidad*), adoptado en Nueva York el 28 de julio de 1994, dispone en su artículo 4 que todo instrumento de ratificación o de confirmación formal de la Convención o de adhesión a ella constituirá también consentimiento en obligarse por el Acuerdo y ningún Estado o entidad podrá manifestar su consentimiento en obligarse por el Acuerdo a menos que haya manifestado previa o conjuntamente su consentimiento en obligarse por la Convención.

3. LA RATIFICACIÓN.

La República Argentina efectuó el depósito del instrumento de ratificación en la Secretaría General de las Naciones Unidas el día 1 de diciembre de 1995.

De conformidad a lo estatuido por el artículo 308.2 de la Convención, habiendo ésta entrado en vigor doce meses después de la fecha en que fuera depositado el sexagésimo instrumento de ratificación o adhesión, lo que ocurrió en el mes de noviembre de 1994, lo hizo para nuestro país el trigésimo día siguiente a la fecha del depósito del instrumento de ratificación. Por consiguiente, Argentina es parte de la Convención desde el día 31 de diciembre de 1995.

Argentina no ratificó las Convenciones de Ginebra de 1958. Dictó el 29 de diciembre de 1966 el Decreto-Ley 17094 que seguía los lineamientos de

aquéllas, con variaciones en cuanto a la extensión del mar territorial según el reconocimiento admitido por el derecho internacional vigente (aunque desnaturalizado en su contenido por la disposición del artículo 3º de dicho decreto-ley), y estableciendo soberanía de la Nación Argentina en el lecho y subsuelo de las zonas marítimas adyacentes al territorio hasta una profundidad de 200 metros o mas allá de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permitiese la explotación de los recursos naturales de dichas zonas.

Habiendo tenido participación destacada durante el desarrollo de la IIIª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en la que fue además Miembro del Comité de Redacción, y votado favorablemente el texto de la Convención, la República Argentina fue firmante de la misma pero no del Acta Final de la Conferencia, formulando reserva en dicho momento relativa a esta última. La declaración establecida por la ley aprobatoria mantiene y amplía la efectuada en el acto de la firma.

En orden a su política legislativa en la materia, Argentina dictó a posteriori la ley 23968 publicada en el Boletín oficial del 5 de diciembre de 1991 que derogó de hecho la ley 17094 y sigue también en general los lineamientos de la Convención de Jamaica, con diferencias especialmente notorias en lo relativo a la extensión y naturaleza jurídica de los derechos sobre la plataforma continental. Igualmente, ciertas materias o cuestiones que resultan conexas y/o complementarias de las que centralmente estatuye la ley 23968 sobre líneas de base y espacios marítimos bajo soberanía y/o jurisdicción argentinas y que se corresponden con la anterior regulación quedaron pendientes de adecuación legislativa.

4. LA DECLARACIÓN O RESERVA INTERPRETATIVA

El artículo 309 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar prohíbe la formulación de reservas o excepciones a la misma, salvo las expresamente autorizadas por otros artículos de ella.

El artículo 310 habilita a los Estados a efectuar declaraciones y manifestaciones "cualquiera que sea su enunciado o denominación", a fin de, entre otras cosas, armonizar su derecho interno con las disposiciones de la

Convención, siempre que tales declaraciones o manifestaciones no tengan por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de las disposiciones de la Convención en su aplicación a ese Estado (es decir, no constituyan reservas prohibidas en sentido estricto).

Según el artículo 2 d.) de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados de la que Argentina es parte (aprobada por Ley 19865, ratificada el 5.12.1972), *se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.*

Por consiguiente, las declaraciones y manifestaciones de los Estados al firmar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él que no tengan por objeto la exclusión o modificación de los efectos jurídicos de sus disposiciones no son reservas stricto sensu sino reservas interpretativas, programáticas, declarativas o de derechos.

El texto de la ley 24543 otorga a la efectuada por Argentina en relación a la Convención de Montego Bay de 1982 carácter de "declaración", concordante con el artículo 310 de la Convención. No obstante, el apartado d) de la misma constituye una reserva pura y simple dado que excluye y considera inaplicables en relación al país eventuales efectos jurídicos que pudiera tener no ya la Convención sino la Resolución III del Anexo I del Acta Final de la Conferencia en la que fue aprobada, a la que no se considera integrante del cuerpo normativo de aquélla y sus Anexos según lo expresa su artículo 318.

El contenido de la declaración (paso inocente de buques de guerra extranjeros, régimen de navegación y neutralización del Estrecho de Magallanes, ordenación y conservación de recursos vivos en alta mar, acta final de la IIIª Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, tránsito de buques con cargamentos de sustancias radiactivas, orden de prelación de los métodos de solución de controversias) no afecta el sustrato de la Convención, no destruye ni compromete lo que es su objeto o su razón de ser (según lo expresado por la Corte Internacional de Justicia; Opinión Consultiva sobre reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del

Delito de Genocidio), ni tiene por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de la Convención en su aplicación a la República Argentina.

La declaración es más amplia que la formulada por nuestro país al momento de la firma de la Convención. Teniendo en mira la continuidad en la defensa de nuestro derecho sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y sus áreas marítimas adyacentes, y reiterando similares manifestaciones en lo referente a esta cuestión efectuadas por ejemplo en relación a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Argentina expresó que la firma de la Convención no implica la aceptación del Acta Final de la III^a Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Este Acta, en la Resolución III de su Anexo I relativa a los territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado la plena independencia u otro régimen de autonomía reconocido por las Naciones Unidas, o a los territorios bajo dominación colonial, expresó que las disposiciones concernientes a derechos e intereses con arreglo a la Convención se aplicarán en beneficio del pueblo del territorio con miras a promover su bienestar y desarrollo. Igualmente, que en el caso de una controversia entre Estados relativa a la soberanía sobre un territorio al que sea aplicable la resolución y respecto de la cual las Naciones Unidas hayan recomendado determinados medios de solución, las partes en esa controversia celebrarán consultas acerca del ejercicio de los mencionados derechos. En esas consultas, los intereses del pueblo del territorio de que se trate constituirán una consideración fundamental. Esos derechos se ejercerán teniendo en cuenta las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas y sin perjuicio de la posición de ninguna de las partes en la controversia. Los Estados interesados harán todo lo posible por concertar arreglos provisionales de carácter práctico y no pondrán en peligro ni dificultarán el logro de una solución definitiva de la controversia.

La declaración argentina al firmar la Convención expresó que la resolución comentada no afecta de ninguna manera la "Cuestión de las Islas Malvinas", la cual se rige por las resoluciones específicas de la Asamblea General: 2065 (XX), 3160 (XXVIII), 31/49, 37/9 y 38/12, adoptadas dentro del marco del proceso de descolonización. Por tanto, y teniendo en cuenta

que las Islas Malvinas, Sandwich del Sur y Georgias del Sur forman parte integrante del territorio argentino, el gobierno argentino declara que no reconoce ni reconocerá el título de ningún derecho de jurisdicción marítima que se pretenda proteger por interpretación de la Resolución III que viola los derechos de la Argentina sobre las islas y sus respectivas áreas marítimas, así como toda medida o actividad que se realice o adopte sin su consentimiento respecto de la cuestión.

Igualmente, la República Argentina entiende que donde el Acta Final establece que la Convención "junto con las resoluciones I a IV (forman) un solo conjunto" está simplemente describiendo el procedimiento seguido en la Conferencia y que la propia Convención establece claramente en su artículo 318 que sólo los Anexos forman parte integral de ella, por lo tanto, ningún otro instrumento o documento y ni siquiera uno adoptado por la Conferencia, forman parte integrante de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Las restantes cuestiones incluidas en la declaración argentina refieren a aspectos interpretativos sobre materias reguladas por ésta.

En este sentido, lo relativo al paso inocente de buques de guerra extranjeros por el mar territorial no altera lo estatuido en la Sección 3, Subsección C (artículos 29 a 32) de la Convención.

Lo referente al Estrecho de Magallanes encuentra plena confirmación con el articulado convencional respectivo, (Parte III). Teniendo en cuenta que el régimen jurídico del Estrecho de Magallanes y el paso por el mismo se encuentra regulado por "convenciones internacionales de larga data y aún vigentes que se refieren específicamente a tales estrechos" (Convención, artículo 35, c), en el caso, el Tratado de Límites argentino-chileno de 1881, le son inaplicables las disposiciones de dicha Parte de la Convención relativa a los Estrechos Utilizados para la Navegación Internacional.

Las cuestiones atinentes a la ordenación y conservación de los recursos vivos en alta mar, en el área adyacente a la Zona Económica Exclusiva, en lo referente a las especies transzonales y asociadas, y al derecho de libre navegación y prevención de la contaminación marina, tienen eminente naturaleza declarativa pues hablan de la necesidad de complementar el régimen jurídico convencional de Montego Bay que aparece al res-

pecto como insuficiente. En este aspecto, y como demostración de dicha insuficiencia y de la necesidad de arribar a una regulación convencional complementaria se celebró el Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, el que se encuentra abierto a la firma desde el 4 de diciembre de 1995.

Finalmente, la mención en la declaración argentina al orden de prelación de los métodos de solución de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención adoptados, resulta cumplimiento formal de lo establecido por el artículo 287 de la Convención de Montego Bay que así lo impone.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 23, 2. de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, la reserva que se formule en el momento de la firma de un tratado que haya de ser objeto de ratificación, aceptación o aprobación, habrá de ser confirmada formalmente por el Estado, considerándose que ha sido hecha en la fecha de esta última.

Siendo la comentada una reserva interpretativa que no se encuentra prohibida expresamente por la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, no contraría su esencia, ni resulta incompatible con el objeto y fin del tratado, no exige aceptación de los demás Estados contratantes (artículo 20, 1 Convención de Viena de 1969). Si bien es cierto que la Convención de Montego Bay es constitutiva de una organización internacional (Autoridad Internacional de los Fondos Marinos) y que el aspecto central de su regulación es la de la Zona Patrimonio Común de la Humanidad cuyos recursos serán precisamente explotados y administrados de conformidad a la misma y bajo la dirección, administración y representación de la Autoridad, no resulta legítimo interpretar que el objeto y fin de la Convención es la creación de dicha organización con facultad de aceptación de las reservas por el órgano competente de la misma, tanto más que ninguna de las cláusulas de la declaración afecta el cometido ni la naturaleza de esta última. (artículo 20. 3, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

5. RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS NACIONALES Y EL DERECHO CONVENCIONAL

Desde un plano general, y en lo que hace al aspecto "externo" de la vigencia para nuestro país de la Convención de Montego Bay de 1982, puede señalarse como efecto inmediato que, siendo Parte de la Convención, Argentina lo será de los organismos y entes creados por ésta, en especial de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. (artículo 156 de la Convención). Igualmente, esa pertenencia hace nacer para el país obligaciones tales como la fijación de los límites definitivos de la plataforma continental con asistencia de la Comisión de Límites de la Plataforma Continental creada por el Anexo II de la Convención, lo que constituye a nuestro criterio el aspecto más trascendente de aquélla pues lleva implícita una reforma sustancial de la legislación nacional (artículo 76 de la Convención).

Por ello, desde el ángulo de la vigencia interna de la norma convencional, la cuestión pasa por establecer la operatividad de las normas convencionales que "interesan" al derecho nacional y el pilar en que la misma se asienta.

Al efecto, el análisis del vínculo concreto entre la norma internacional convencional y el derecho interno presenta tres aspectos fundamentales. Por un lado, el relativo al sistema o medio por el cuál el derecho internacional convencional ingresa en el derecho nacional. En segundo término, el atinente a la jerarquía de la norma internacional en el ordenamiento jurídico interno. Por fin, el relativo a la aplicabilidad directa de las normas "nacionalizadas". Naturalmente, hablamos solamente de las normas internacionales de fuente convencional pues las de carácter consuetudinario son parte constitutiva del ordenamiento interno en tanto y en cuanto hayan sido formuladas en costumbres internacionales en cuya concreción haya participado activa o pasivamente el Estado argentino¹.

En este último sentido podría decirse que la participación argentina en la conferencia de codificación del Derecho del Mar, la aprobación del texto y su posterior firma de la Convención dieron como resultado la introducción en el ordenamiento interno de las normas consuetudinarias y por tan-

1. VINUESA, Raúl E., en *Derecho Internacional de Benedetto Conforti*, Buenos Aires, págs. 391-397

to, las disposiciones de la legislación nacional sobre espacios marítimos que resultaran contradictorias de aquéllas estarían afectadas de ilegitimidad². Estas disposiciones de la ley nacional están circunscriptas en el caso de la ley 23968 a la declarada soberanía sobre la plataforma continental y a la extensión máxima de la misma. A su vez, la firma de la Convención implicaba la obligación de abstenerse de actos que frustren su objeto y fin, (artículo 18 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados), el que indudablemente en la Convención de Montego Bay está dado en forma principal por la regulación de la Zona Patrimonio Común de la Humanidad que resulta linderera de la plataforma continental.

Los procedimientos para la introducción del derecho internacional en el ordenamiento jurídico estatal y siguiendo para ello la clasificación brindada por Conforti³, pueden ser ordinarios o especiales. En el primer supuesto, el Estado dicta normas jurídicas por las cuales copia, transcribe o reformula las normas del derecho internacional; esto es, en general, no se distinguen de las normas puras del derecho interno, sino en cuanto al motivo por el cual se dictan (*occasio legis*)⁴.

En el procedimiento especial (o procedimiento de reenvío), la norma internacional convencional no se receipta en norma expresa sino que los órganos competentes del Estado disponen su observancia. Esto ocurre en caso de ratificación o adhesión a los tratados. Este procedimiento, preferible desde el ángulo del derecho internacional, que se realiza de conformidad al ordenamiento constitucional interno, no tiene por efecto en los casos en que éste establece la competencia aprobatoria previa del órgano legislativo como es el de nuestro país, transformar el tratado en ley interna. La ley que aprueba un tratado no es el tratado. La naturaleza del tratado se mantiene incólume, lo que no implica que el mismo no integre el orden jurídico argentino.

Este criterio ha sido reiteradamente sostenido por nuestra Corte Suprema de Justicia. Recordamos al efecto los casos *Cafés La Virginia SA s/ Apela-*

2. CONFORTI, Benedetto, *op. cit.*, pág. 393. Sobre los efectos del proceso de codificación, v. JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, págs. 17-28.

3. CONFORTI, Benedetto, *op. cit.*, pág. 379

4. CONFORTI, Benedetto, *op. cit.*, pág. 381

ción por denegación de petición, y Pedro N. Ferreyra c. Nación Argentina (CSJN, Fallos, 202:353): *si bien los tratados con las naciones extranjeras requieren aprobación legislativa para tener en el país el valor de leyes (art. 67 inc. 19 C.N. anterior a la reforma) y esta aprobación no se puede expresar de otra manera que mediante una ley, no debe confundirse a esta última con el tratado. Este adquiere validez jurídica en virtud de la ley aprobatoria, pero no por ello deja de tener el carácter de un estatuto legal autónomo cuya interpretación depende de su propio texto y naturaleza, con independencia de la ley aprobatoria... Ergo; no puede ser derogado por una ley posterior.*

Pero debe efectuarse además otra distinción. Si bien las normas convencionales una vez introducidas al ordenamiento interno son fuentes de derechos y obligaciones, no todas ellas tienen la misma naturaleza o calidad. Se distingue por ello entre normas *self executing* y *no self executing*. Las primeras son normas jurídicas que una vez introducidas por el procedimiento que corresponda, tienen plena efectividad en dicho ordenamiento. Las segundas, en muchos casos, de codificación en sentido estricto, esto es, declarativas de la costumbre preexistente, no establecen una regulación minuciosa y particular sino que resultan normas generales no directamente aplicables, requiriendo de una actividad complementaria de los órganos legislativos estatales a los que dejan para ello un espacio de libertad⁵.

En lo referente a la jerarquía de las normas de derecho internacional convencional en el orden interno de la República Argentina, no quedan dudas que a partir de la reforma constitucional de 1994, nuestro país ha relegado al pasado la polémica relativa a la introducción, preeminencia y, en su caso, la operatividad de aquéllas, en las condiciones de su vigencia.

El artículo 75 inciso 22 de la Carta Magna asigna al Congreso competencia para *"aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede"*, agregando, *"Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes"*. La reforma mantiene el principio de división de competencias que reconoció la Constitución de 1853, asignando al Presidente la de concluir y firmar tratados. (artículo 99, inciso 11).

5. CONFORTI, Benedetto, *op. cit.*, págs. 382-385.

A partir de la reforma sin embargo, y bajo el principio general de primacía citado, se establece paralelamente una distinción, clasificación y jerarquía entre los diferentes tipos de tratados, según la cuál, se siguen: los tratados de Derechos Humanos enumerados taxativamente en el inciso 22 del artículo 75; los demás tratados y convenciones de Derechos Humanos (inciso 22, última parte); los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales (inciso 24 del artículo 75), asignando a las *normas dictadas en su consecuencia* (debe entenderse las normas dictadas por dichas organizaciones), jerarquía superior a las leyes; y los demás tratados, todo lo cuál tiene como único marco limitativo la supremacía constitucional de los artículos 27 y 31 de la misma⁶.

En síntesis; todos los tratados tienen jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 22 C.N.), y algunos, jerarquía constitucional (los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos expresados taxativamente en la segunda parte de dicho inciso, y los que sobre la misma materia sean aprobados por el Congreso y sigan el procedimiento establecido en la última parte de este inciso). Por consiguiente, la Constitución argentina ha establecido un orden de prelación normativa del siguiente curso: Constitución Nacional; tratados y convenciones internacionales de jerarquía constitucional; tratados internacionales y concordatos; normas derivadas de derecho supraestatal de integración; leyes y normas inferiores.

Asimismo, de conformidad a lo establecido por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados *no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*, y por lo tanto, no pueden ser derogados por una ley interna posterior, doctrina receptada por nuestra Corte Suprema de Justicia por aplicación expresa de dicha norma convencional aún con anterioridad a la propia reforma constitucional⁷.

Integrado al orden jurídico interno por el procedimiento especial, el tratado, produce un doble efecto; por un lado, es fuente de derechos y obligaciones internacionales del Estado; por el otro, sus normas *self executing*

6. v. REY CARO, Ernesto J., SALAS, Graciela, DRNAS DE CLÉMENT, Zlata; Los tratados internacionales y la constitución nacional, Córdoba, pág. 97.

7. Caso Edmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros; julio 1992.

tienen no sólo vigencia y aplicación en el territorio del Estado sino además, efecto derogatorio de la ley interna contraria en cuanto dichas normas operan como derecho especial posterior *ratione materiae*.

En este aspecto, la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar produce en la legislación argentina sobre espacios marítimos efectos de particular significación, reformando disposiciones de la ley 23968 que resultaban consecuencia de una política legislativa nacional seguida históricamente, en especial en lo relativo a la Plataforma Continental, e imponiendo al Estado argentino la necesidad de reformular disposiciones legales complementarias de las materias previstas en aquélla.

6. SINOPSIS COMPARATIVA DE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

a) *Los espacios marítimos antárticos:*

La ley 23968 reguló sobre todos los espacios marítimos bajo soberanía y/o jurisdicción nacional y fijó las líneas de base a partir de las cuáles se miden a excepción de las correspondientes al Sector Antártico Argentino, las que serán objeto de una ley posterior especial.

Argentina, país reclamante de soberanía en el sector comprendido entre los 25° y 74° de longitud Oeste y al Sur de los 60° de latitud Sur, deja con ello clara la preservación de la continuidad de su pretensión, sin perjuicio de algunos aspectos terminológicos objetables en el enunciado legal⁸.

La exclusión de las líneas de base antárticas obedece a las dificultades jurídicas y prácticas que presenta su fijación. La existencia de costas no precisamente delimitadas en virtud de formaciones de hielo permanentes y no permanentes, los hielos flotantes y demás situaciones emergentes de la naturaleza del continente y de las aguas que bañan sus costas constituyen impedimentos físicos para una determinación precisa inmediata.

Mas allá de reclamos superpuestos, la propia naturaleza jurídica de las aguas del mar adyacente al continente antártico es materia de ardua disputa doctrinaria y política pues existen posiciones que intentan la aplicación

8. Así lo hemos señalado en nuestro trabajo *Derecho del Mar: Soberanía y/o Jurisdicción de los Estados en los espacios marítimos adyacentes*, Buenos Aires, 1993, pags. 170-71.

del régimen de alta mar a todas las aguas del mar ubicadas al sur de los 60° de latitud sur en una interpretación extrema de los artículos IV y VI del Tratado Antártico.

El problema relativo a la reclamación de espacios marítimos antárticos que es en suma, el de la interpretación rígida del art. IV del Tratado, trae aparejado el cuestionamiento de las pretensiones relativas a la plataforma continental y a la zona económica exclusiva.

Siendo que los derechos sobre los espacios marinos surgen y se derivan de la soberanía o pertenencia del territorio terrestre, es sumamente importante que la ley argentina haya efectuado esta referencia expresa a la fijación de las líneas de base antárticas, aunque la derive a una ley posterior. Hemos criticado no obstante ciertos aspectos terminológicos.

El art. 234 de la Convención de Montego Bay que la Argentina ratificó estableció reglas relativas a las Zonas Cubiertas de Hielo, acordando a los Estados ribereños el derecho a dictar y hacer cumplir leyes y reglamentos no discriminatorios para prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino causada por buques dentro de la zona económica exclusiva, donde la especial severidad de las condiciones climáticas y la presencia de hielo sobre esas zonas durante la mayor parte del año creen obstrucciones o peligros excepcionales para la navegación, y la contaminación del medio marino pueda causar daños de importancia al equilibrio ecológico o alterarlo en forma irreversible. Esas leyes y reglamentos respetarán debidamente la navegación y la protección y preservación del medio marino sobre la base de los mejores conocimientos científicos disponibles.

b) Ambito material de la ley 23968

Excluidas las líneas de base antárticas, la ley argentina fija aquéllas a partir de las cuáles se medirán los espacios marítimos nacionales (artículo 1°); regula sobre aguas interiores (art. 2°); mar territorial (artículo 3°); zona contigua (artículo 4°); zona económica exclusiva (artículo 5°), y plataforma continental (artículo 6°), el que resulta reformado por la ratificación de la Convención de Jamaica. Contiene además normas generales de aplicación en los diferentes espacios. El artículo 7° refiere a los límites exteriores del mar

territorial, la zona contigua y la zona económica exclusiva, los que quedan definidos por sus distancias desde las líneas de base fijadas en el artículo 1°. Establece la ley la edición y actualización de las cartas marítimas con los límites establecidos como líneas de base, mar territorial, zona contigua y zona económica exclusiva, a cargo del Servicio de Hidrografía Naval, previa aprobación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (artículo 8°).

La ley precisa el derecho exclusivo de la República Argentina de construir, autorizar y reglamentar la construcción, el funcionamiento y la utilización de todo tipo de instalaciones y estructuras, ejerciendo sobre las mismas su jurisdicción exclusiva, incluso en materia de leyes y reglamentos en materia fiscal, aduanera, sanitaria y de inmigración, en los espacios marítimos delimitados (artículo 9°).

Finalmente, el artículo 10°, que fuera reformado por el Decreto 2623/91, modifica regulaciones del Código Aduanero aplicables a la extracción, importación o exportación de mercaderías del mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

c) *Líneas de Base*

El artículo 1° de la ley 23968 fija las líneas de base de la República Argentina a partir de las cuáles se miden sus espacios marítimos. Expresa dicho artículo:

"Fíjense como líneas de base de la República Argentina, a partir de las cuáles se miden sus espacios marítimos, las líneas de base normales y de base rectas definidas en el listado que como Anexo I, forma parte de la presente ley, y cuyo trazado figura en las cartas a que hace referencia el mismo y que se agregan como Anexo II. Quedan incluidas en las líneas de base, las líneas que unen los cabos que forman las bocas de los golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, tal cual lo establece el artículo 1 de la ley 17094 y la línea que marca el límite exterior del Río de la Plata, según los artículos 1 y 70 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, del 19 de noviembre de 1973. Con respecto al Sector Antártico Argentino, sobre el cual la República tiene derechos soberanos, las líneas de base serán establecidas por una ley posterior."

Este artículo, aunque anterior en su sanción a la ratificación de la Convención, constituye por lo dicho un claro ejemplo de recepción y complementación de la norma internacional no self executing (artículos 5 y 7 de la Convención de Montego Bay), estableciendo por primera vez líneas de base rectas en los puntos pertinentes de todo el litoral atlántico argentino, entre ellas las fijadas en su hora por el decreto-ley 17094 para los Golfos San Matías, Nuevo y San Jorge y las de los artículos 1 y 70 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo. Ha omitido no obstante la mención de otra línea de base recta que fuera fijada en el Tratado de Paz y Amistad celebrado por la República Argentina con la República de Chile el 29 de noviembre de 1984 que, además de establecer los límites marítimos laterales entre ambos países trazó en su artículo 10 una línea recta como límite oriental del Estrecho de Magallanes, la que, constituye una línea de base recta a partir de la cual y a su altura, se medirán los espacios marítimos argentinos y que se encuentra aplicada en las cartas adjuntas que conforman el Anexo II de la ley⁹.

d) Derogación de la ley 17094

Pese a la referencia expresa que hace el artículo 1 de la ley 23968 al de igual número del decreto-ley 17094 debe entenderse que este último ha sido derogado.

La antigua norma del decreto-ley 17094 había establecido la "soberanía" de la Nación Argentina en el mar adyacente a su territorio hasta la distancia de 200 millas marinas medidas desde las líneas de base (art. 1) y sobre la plataforma continental, hasta los 200 metros de profundidad de las aguas suprayacentes o hasta el límite de explotabilidad (art. 2), no quedando afectadas (art. 3) las libertades de navegación y aeronavegación sobre sus aguas.

La nueva ley, que sigue los lineamientos de la Convención de Jamaica, tuvo por efecto la derogación de hecho de la antigua norma por aplicación del principio de la ley posterior y *ratione materiae* toda vez que se fijan nue-

9. Lo que destaca REY CABO, Ernesto J., en "La cuestión del Beagle. La solución de un conflicto centenario", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Tomo II, 1984-86, Córdoba, pág. 158.

vos límites y se establece una regulación precisa sobre los espacios marítimos clásicos y sobre los nuevos que reconoce el Derecho Internacional contemporáneo convencional.

Salvo en lo atinente a las líneas de base establecidas en el artículo 1 de la antigua ley para los Golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, que se conforman mediante la unión lineal de los cabos que forman sus bocas (fórmula que reitera y adopta el artículo 1 de la nueva ley y que tiene como antecedentes la ley 9475 y decreto del 26 de diciembre de 1914), nada queda de la 17094 que por tanto, debe considerarse derogada.

e) Líneas de base normales

Las líneas de base son las que la ley denomina "normales", adoptando la terminología de la Convención de Montego Bay de 1982, correspondientes a las de las más bajas mareas, y las líneas de base "rectas" para los casos en que así se determina. La línea de base normal según el artículo 5 de la Convención de Jamaica es la línea de bajamar a lo largo de la costa, tal como aparece marcada mediante el signo apropiado en cartas a gran escala reconocidas oficialmente por el Estado ribereño.

f) Líneas de base rectas

Las líneas de base rectas, cuya aplicación corresponde en los lugares en que la costa tenga profundas aberturas y escotaduras o en las que haya una franja de islas a lo largo de la costa situada en su proximidad inmediata, y que unan los puntos apropiados, son aplicadas por la República Argentina a la luz de las Cartas que conforman el Anexo II y el listado que como Anexo I forma parte de la ley 23968, incluyendo las Islas Malvinas e islas adyacentes, Islas Georgias del Sur y Sandwich del Sur, en un total de 314 oportunidades.

Dentro de las líneas de base que quedan incluidas como líneas de base rectas según el artículo 1 de la ley 23968 se encuentran las reguladas por los artículos 1 y 70 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo. El Artículo 1 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo dispone que el límite exterior del Río de la Plata está dado por la línea recta imaginaria

que une Punta del Este (República Oriental del Uruguay) con Punta Rasa del Cabo San Antonio (República Argentina), de conformidad a lo dispuesto en el Tratado de Límites del Río Uruguay del 7 de abril de 1961 y en la Declaración conjunta sobre el límite exterior del Río de la Plata del 30 de enero de 1961. El artículo 70 del tratado marca el límite lateral marítimo y el de la plataforma continental entre ambos Estados.

La línea de base recta no incluida expresamente en el artículo 1 de la ley 23968 pero sí de hecho se encuentra establecida por el artículo 10 del Tratado de Paz y Amistad entre la República Argentina y la República de Chile, celebrado el 29 de noviembre de 1984. Por el mismo se dispone que en el término oriental del Estrecho de Magallanes, determinado por Punta Dungeness en el norte y Cabo del Espíritu Santo en el sur, el límite entre sus respectivas soberanías será la línea recta que une el "Hito ex Baliza Dungeness" situado en el extremo de dicho accidente geográfico y el "Hito I Cabo del Espíritu Santo" en Tierra del Fuego.

El Tratado, que como lo recuerda la ley 24543, ratifica la vigencia del Tratado de Límites de 1885, fija mediante la línea descripta el límite entre las respectivas soberanías, de forma que la de la República Argentina y la de la República de Chile sobre el mar, suelo y subsuelo se extenderán, respectivamente, al oriente y al occidente de dicho límite, no quedando afectada la neutralización a perpetuidad del Estrecho de Magallanes. A la vez, se trata de una línea de base recta a partir de la cual se miden los espacios marítimos argentinos a la altura del mencionado estrecho.

g) Límites laterales

CON LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY:

La República Argentina y la República Oriental del Uruguay han establecido el límite lateral marítimo y el de la plataforma continental entre ambos Estados en el artículo 70 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo por un "acuerdo de partes", que según el propio texto del artículo, se establece sobre la base del principio de la equidistancia reconocido por la Convención de Ginebra de 1958 y receptado también en la Convención de Jamaica de 1982.

Este límite se fijó mediante una línea determinada por el método de costas adyacentes, que parte del punto medio de la línea de base constituida por la recta imaginaria que une Punta del Este (Uruguay) con Punta Rasa del Cabo San Antonio (Argentina).

CON LA REPÚBLICA DE CHILE

El artículo 7 del Tratado de Paz y Amistad entre la República Argentina y la República de Chile del 29 de noviembre de 1984, complementario del Tratado de Límites de 1881, estableció el límite entre las soberanías sobre el mar, suelo y subsuelo de ambos Estados en el denominado "mar de la Zona Austral", mediante un sistema de coordenadas geográficas.

El espacio marítimo mencionado en dicho artículo y el subsiguiente del Tratado, se delimita a partir del punto fijado por las coordenadas de $55^{\circ} 07' 3$ de latitud Sur y $66^{\circ} 25' 0$ de longitud Oeste (Punto A), mediante una línea loxodrómica hasta un punto situado entre las costas de la Isla Nueva y de la Isla Grande de Tierra del Fuego, cuyas coordenadas son $55^{\circ} 11' 0$ de latitud Sur y $66^{\circ} 04' 7$ de longitud Oeste (Punto B). Desde allí continuará en dirección sudeste en un ángulo de 45 grados medido en dicho punto B y se prolongará hasta el punto cuyas coordenadas son $55^{\circ} 22' 9$ de latitud Sur y $65^{\circ} 43' 6$ de longitud Oeste (Punto C), seguirá directamente hacia el Sur por dicho meridiano hasta el paralelo $56^{\circ} 22' 8$ de latitud Sur (Punto D); desde allí continuará por ese paralelo situado veinticuatro millas marinas al sur del extremo más austral de la Isla Hornos, en las coordenadas $56^{\circ} 22' 8$ de latitud Sur y $67^{\circ} 16' 0$ de longitud Oeste (Punto E); desde allí el límite continuará hacia el sur hasta el punto cuyas coordenadas son $58^{\circ} 21' 1$ de latitud Sur y $67^{\circ} 16' 0$ de longitud Oeste (Punto F).

h) Aguas interiores

El artículo 2 de la ley 23968 dispone: "*Las aguas situadas en el interior de las líneas de base establecidas de conformidad con el art. 1° de la presente ley forman parte de las aguas interiores de la República Argentina.*"

Ello es así en el caso de las aguas que quedan encerradas por las líneas de base que fija la ley estrictamente pero no en lo referente tanto al Trata-

do del Río de la Plata y su Frente Marítimo que incluye el artículo 1 de la ley como el de Paz y Amistad de 1984 que no se encuentra mencionado.

El Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo en su artículo 2° reconoce como espacio fluvial bajo "jurisdicción exclusiva" a cada Estado, una franja adyacente al territorio de una anchura variable entre siete millas marinas entre el límite exterior del río y la línea recta imaginaria que une Colonia (República Oriental del Uruguay) con Punta Lara (República Argentina), y desde dicha línea hasta el paralelo de Punta Gorda, una anchura de dos millas, incluyendo los canales de acceso a los puertos. El resto de las aguas son de "uso común", de modo que no pueden ser consideradas como aguas interiores en sentido estricto y exclusivo de la República Argentina.

De igual modo, las aguas situadas al interior de la línea de base fijada por el artículo 10 del Tratado de Paz y Amistad entre Argentina y Chile según se ha mencionado, no son aguas interiores argentinas dado que la jurisdicción en el Estrecho de Magallanes pertenece íntegramente a la República de Chile.

i) Mar territorial

Siguiendo los lineamientos de la Convención de Jamaica, el artículo 3 de la ley 23968, coincidente con el artículo 3 de aquélla, establece los derechos del Estado argentino y la anchura del mar territorial de la siguiente forma:

"El mar territorial argentino se extiende hasta una distancia de doce (12) millas marinas a partir de las líneas de base que se establecen en el art. 1° de la presente ley. La Nación Argentina posee y ejerce soberanía plena sobre el mar territorial, así como sobre el espacio aéreo y el subsuelo de dicho mar. En el mar territorial se reconoce a los buques de terceros Estados el derecho de paso inocente, siempre que el mismo se practique de conformidad con las normas del derecho internacional y a las leyes y reglamentos que la República Argentina dicte en su condición de Estado ribereño."

Como particularidad debe considerarse que la extensión del mar territorial argentino a 12 millas marinas sufre una importante restricción en la

relación bilateral entre la República Argentina y la República de Chile. El artículo 8 del Tratado de Paz y Amistad de 1984 contiene un acuerdo según el cual, en el espacio comprendido entre el Cabo de Hornos y el punto mas oriental de la Isla de los Estados, los efectos jurídicos del mar territorial quedan limitados en sus relaciones mutuas a una franja de tres millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, no afectando esta restricción los derechos de ambos países en relación a terceros Estados, ante quiénes, cada parte podrá invocar la anchura máxima permitida por el derecho internacional.

j) Zona contigua

El artículo 4 de la ley creó la zona contigua argentina, mas allá del límite exterior del mar territorial y hasta una distancia de veinticuatro millas marinas contadas desde las líneas de base fijadas en el artículo primero. Hasta el dictado de esta ley Argentina carecía de zona contigua jurídicamente delimitada por el derecho interno

k) Zona Económica Exclusiva

El artículo 5º de la ley 23968 creó la Zona Económica Exclusiva argentina, la que se extiende mas allá del límite exterior del mar territorial hasta una distancia de doscientas millas marinas a partir de las líneas de base que se fijan en el artículo 1º de la misma.

Como Zona Económica Exclusiva y para todo su litoral nuestro país no había establecido regulación expresa anterior, salvo lo dispuesto por el artículo 7 del Tratado de Paz y Amistad argentino-chileno de 1984 que introdujo este concepto por primera vez y tiene alcance sólo para la zona denominada "Mar de la Zona Austral". Los acuerdos de pesca celebrados con la ex URSS y la República Popular de Bulgaria en 1986 hacían referencia a la Zona Económica Exclusiva Argentina, sin delimitarla.

Conforme lo dispone el artículo 5º de la ley:

"La zona económica exclusiva argentina se extiende, mas allá del límite exterior del mar territorial, hasta una distancia de doscientas (200) millas marinas a partir de las líneas de base que se establecen en el art.1º

de la presente ley. En la zona económica exclusiva la Nación Argentina ejerce derechos de soberanía para los fines de la exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho del mar, y con respecto a otras actividades, con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y los vientos. Las normas nacionales sobre conservación de los recursos se aplicarán mas allá de las doscientas (200) millas marinas, sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquellas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina."

El extremo norte de nuestra Zona Económica Exclusiva se corresponde con la delimitación lateral establecida por el Tratado del Río de la Plata y su frente marítimo de 1973, donde se produce una superposición parcial con la Zona Común de Pesca creada por dicho tratado. Esta Zona Común de Pesca, establecida por el artículo 73 del Tratado, está formada en la porción excedente de las doce millas marinas de mar territorial por la confluencia de dos arcos de círculo de doscientas millas de radio cuyos centros de trazado están respectivamente ubicados en Punta del Este (Uruguay) y Punta Rasa del Cabo San Antonio (Argentina). En la misma, rige una distribución equitativa de volúmenes de captura no aplicable a mamíferos acuáticos, y normas específicas referentes a la contaminación e investigación marítimas. Constituye por tanto una limitación convencional especial de los derechos de soberanía de la República Argentina en la porción respectiva de su Zona Económica Exclusiva.

En la parte sur de la misma también su derecho encuentra restricciones especiales a partir de la regulación establecida por el artículo 7 del Tratado de 1984. El límite sur de nuestra Zona Económica Exclusiva corre hasta el punto F de la delimitación fijada en dicho artículo, cuyas coordenadas son 58° 21' 1 de latitud Sur y 67° 16' 0 de longitud Oeste, ubicado a 200 millas desde la línea de base al sur de la Isla Grande de Tierra del Fuego. Dada la restricción de la extensión del mar territorial argentino en la relación bilateral (artículo 8 del tratado), el espacio comprendido entre las tres y las doce millas, en la región marítima que va desde el Cabo de Hornos y el punto mas oriental de la Isla de los Estados, presenta una situación particular

puesto que la Zona Económica Exclusiva se mide por definición y como lo dice tanto la norma como la regulación convencional, a partir del borde exterior del mar territorial. En concreto, para la relación Argentina-Chile, en la zona mencionada, la Zona Económica Exclusiva se cuenta a partir de las tres millas medidas desde la línea de base citada. Frente a terceros Estados, nuestro país tiene en la zona un mar territorial de doce millas y su Zona Económica Exclusiva se extiende a partir de ellas y hasta las 200 millas.

Por su parte, existe una diferencia entre lo normado por la ley 23968 y lo dispuesto por el artículo 56 de la Convención de Jamaica relativo a los derechos, jurisdicción y deberes del Estado ribereño en la zona económica exclusiva. Por definición, este espacio marítimo incluye la atribución al Estado ribereño de derechos de soberanía para los fines de exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y **del lecho y el subsuelo del mar**, rigiendo no obstante en lo relativo a este último espacio la regulación establecida en la Parte VI de la Convención relativa a la Plataforma Continental. Lo establecido por el artículo 5° de la ley argentina excluye toda referencia a los recursos del lecho y subsuelo del mar en la porción que se extiende entre las doce y las doscientas millas, la que queda reglada exclusivamente por el artículo 6° de la ley relativo a la plataforma continental.

En lo que hace a la extensión de la aplicabilidad de las normas nacionales sobre conservación de los recursos mas allá de las doscientas millas, sobre las especies de carácter migratorio o sobre aquéllas que intervienen en la cadena trófica de las especies de la zona económica exclusiva argentina, la convención ha previsto su compatibilización con otros Estados que pesquen esas poblaciones en el área adyacente o por conducto de las organizaciones regionales o subregionales apropiadas, habiéndose aprobado con posterioridad el Acuerdo sobre la Aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y de peces altamente migratorios.

Otra cuestión importante para este ámbito como también para el de la plataforma continental es la relativa a la investigación científica, la que será comentada mas adelante.

1) *Plataforma continental*

El artículo 6° de la ley 23968 dispone:

“La plataforma continental sobre la cual ejerce soberanía la Nación Argentina, comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden mas allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de doscientas (200) millas marinas medidas a partir de las líneas de base que se establecen en el art. 1° de la presente ley, en los casos en que el borde exterior no llegue a esa distancia.”

ANTECEDENTES Y COTEJO CON LA REGULACIÓN CONVENCIONAL

Nuestro país ha sido pionero en la defensa de sus derechos sobre las áreas marítimas adyacentes a su territorio y en especial de la plataforma continental.

En materia legislativa, el antecedente más notorio remonta al decreto 1386 del año 1944 (anterior a la Proclama Truman) por el cual se colocaban las zonas de costas oceánicas y el mar epicontinental argentino como reservas minerales bajo control del Estado argentino. En 1946 Argentina dicta el decreto 14708 que puso bajo la soberanía de la Nación el mar epicontinental y el zócalo continental argentino. Esta soberanía, recordamos, estaba limitada a los recursos toda vez que “a los efectos de la libre navegación, el carácter de las aguas situadas en el mar epicontinental argentino”, no quedaba afectado por esta declaración.

El decreto-ley de 1966, número 17094, en su artículo 2°, estableció la soberanía de la Nación Argentina sobre el lecho del mar y el subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio hasta una profundidad de doscientos metros o, mas allá de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales.

La ley 23968 del año 1991 que deroga y reemplaza la 17094, reitera el término soberanía sobre el lecho y subsuelo de las áreas submarinas adyacentes al territorio, mas allá del mar territorial, y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio, hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas medidas a partir de las líneas de base, en los casos en que el borde exterior no llegue a esa distancia. Los límites laterales de nuestra plataforma continental fueron fijados por los citados tratados del Río de la Plata y su Frente Marítimo, y de Paz y Amistad de 1984.

El artículo 70 del Tratado del Río de la Plata definió el límite lateral de la plataforma continental entre Argentina y Uruguay mediante una línea de equidistancia determinada por el método de costas adyacentes que parte del punto medio de la línea recta imaginaria que constituye el límite exterior del río, estableciéndose además un criterio de proporcionalidad en la distribución de los volúmenes del recurso que se extraiga de los yacimientos o depósitos a uno y otro lado del límite establecido.

Por su parte, el artículo 7 del tratado de 1984 fija el límite entre las respectivas soberanías, incluyendo el suelo y el subsuelo.

Si bien es cierto que la soberanía proclamada por Argentina en las sucesivas normativas internas sobre este espacio geográfico y sus recursos no podía impedir el ejercicio por la comunidad internacional de los derechos que en el mismo le reconocen la costumbre y el derecho convencional, (por ejemplo, impidiendo irrazonablemente el ejercicio de terceros Estados de tender cables y tuberías submarinas) no lo es menos que dicha proclama conlleva una primera oposición con estas normas desde el punto de vista conceptual.

La tesis de la soberanía confrontaba con la de jurisdicción y control enunciada originariamente por el Presidente de los EE.UU. Harry Truman. La Conferencia de Ginebra de 1958 y el texto de la Convención sobre Plataforma Continental adoptada en su marco se definió por la fórmula "derechos de soberanía" que resulta, al menos desde un ángulo formal, intermedia de ambas posiciones y en los hechos, más cercana a la jurisdicción y control. Esta fórmula se sigue también en Montego Bay no sólo para la definición de la naturaleza del derecho del Estado sobre la plataforma continental sino también para el nuevo espacio allí regulado conocido como Zona Económica Exclusiva.

La soberanía, referida al poder o capacidad del Estado sobre un espacio territorial, ha sido definida en términos que adoptamos, como el máximo de competencias posibles de ejercer en dicho ámbito geográfico.

La regulación de Ginebra, reiterada en Montego Bay, reconoce al Estado ribereño derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales, minerales y otros recursos no vivos del lecho del mar y su subsuelo, así como de los organismos vivos pertenecientes a especies sedentarias, de carácter exclusivo e independientes de la ocupación real o ficta y de toda declaración expresa. Según lo establecido en la Convención de Jamaica, el lecho y subsuelo del mar adyacente a la costa del Estado, mas allá del mar territorial y hasta las 200 millas medidas desde la línea de base cae también bajo la regulación de la Zona Económica Exclusiva (art. 56). No obstante, los derechos enunciados en este artículo relativos al lecho y subsuelo del mar se ejercerán de conformidad con la Parte VI de la Convención que legisla sobre Plataforma Continental.

Por su parte, el artículo 6° de la ley 23968 presenta, no ya en su texto sino en lo que sería su implementación, otra contradicción con la normativa convencional, relativa esta vez a la extensión de la plataforma y su límite exterior. Nuestra ley establece un límite mínimo de 200 millas medidas desde las líneas de base, aunque el borde exterior de la plataforma no llegue a dicha extensión. Pero como regla general, extiende la soberanía a todo lo largo de la prolongación natural del territorio hasta el propio borde exterior del margen continental.

Como ha sido destacado¹⁰, la plataforma continental argentina excede en amplias franjas de su extensión las 200 millas marinas medidas desde las líneas de base y considerada como límite mínimo o normal por la Convención de Jamaica. Uno de los aspectos que motivó la demora en la ratificación de la Convención por Argentina reside precisamente en esta cuestión del límite exterior de la plataforma continental. La Convención reconoce en realidad a los Estados un máximo de derechos y prevé ciertas

10. DAVEREDE, Alberto Luis, *La plataforma continental*, Buenos Aires, pág. 120-124; REVAGLIATI, Orlando Rubén, *La plataforma continental y su límite exterior*, Buenos Aires, pags. 10-20

excepciones a los límites máximos para los casos en que el borde exterior de la plataforma continental se extiende mas allá de las 200 millas, no debiendo olvidarse que esta región o ámbito es limítrofe de la Zona Patrimonio Común de la Humanidad sobre la cual no puede establecerse reserva alguna. (artículos 136 y 311.6. de la Convención).

La República Argentina pertenece al reducido grupo de países con plataformas continentales donde el borde exterior del margen continental excede en muchos casos el límite mínimo de 200 millas. Según cálculos aproximados el margen continental correspondiente a nuestro país, incluyendo la porción que pertenece a las Islas Malvinas y se extiende al este de ellas, abarca cerca de 1.700.000 kilómetros cuadrados. Aplicando la fórmula establecida por el artículo 6° de la ley 23968, vale decir, tomando en consideración el borde exterior del margen continental o el límite de las 200 millas cuando aquél se encuentra a menor distancia de la costa, y adicionando el área equivalente a las Islas Georgias y Sandwich del Sur que alcanza a 1.200.000 kilómetros cuadrados, se totalizan 3.800.000 kilómetros cuadrados de superficie, es decir, 1.000.000 de kilómetros cuadrados más que todo el territorio terrestre de la República Argentina ¹¹.

7. REGULACIONES DE MONTEGO BAY QUE RESULTAN MODIFICATORIAS DE LA LEY ARGENTINA

En resumen de lo antedicho, queda evidenciada la existencia de dos aspectos antitéticos entre las regulaciones de la ley interna argentina y las de fuente convencional, y la modificación que de las mismas produce esta última.

En primer lugar, la ratificación por Argentina de la Convención implica el abandono de la tesis de soberanía. La Convención reconoce al Estado, en forma exclusiva e independiente de su ocupación real o ficta así como de toda declaración expresa, derechos de soberanía sobre la plataforma continental a los efectos de su exploración y de la explotación de sus recursos naturales. Esta norma, básicamente no autoejecutiva dado que requiere del acto legislativo complementario posterior, adquiere sin embargo y al

11. DAVEREDE-REVAGLIATTI, *op. cit.*

respecto carácter *self executing* pues la ley interna no puede contradecir válidamente la naturaleza jurídica de la institución regulada por la convención a la que adhiere.

En segundo lugar, y más importante, teniendo en cuenta que la plataforma continental es un espacio lindero de la Zona Patrimonio Común de la Humanidad y que uno de los principios importantes del derecho internacional contemporáneo está dado por el establecimiento de límites precisos y definitivos de todos los espacios geográficos, la Convención establece los máximos correspondientes a los derechos del Estado en los casos en que el borde exterior de la plataforma continental se encuentre mas allá de las 200 millas marinas medidas desde la línea de base a partir de la cual se mide la anchura del mar territorial.

Al respecto el artículo 76.4, de la Convención dispone que el Estado ribereño establecerá el borde exterior del margen continental, dondequiera que el margen se extienda mas allá de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, mediante: 1) una línea trazada en relación con los puntos fijos mas alejados en cada uno de los cuales el espesor de las rocas sedimentarias sea por lo menos el 1% de la distancia más corta entre dicho punto y el pie del talud, o 2) por una línea trazada en relación con puntos fijos situados a no más de 60 millas marinas del pie del talud continental, entendido éste, salvo prueba en contrario, como el punto de máximo cambio de gradiente en su base. Este límite externo se trazará mediante líneas rectas cuya longitud no exceda de 60 millas marinas que unan puntos definidos por medio de coordenadas de latitud y longitud, ubicados a una distancia que no exceda de 350 millas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial o de 100 millas marinas contadas desde la isobata de 2500 metros.

Por consiguiente, Argentina, cuya plataforma continental alcanza en ciertos puntos una extensión mayor a las máximas admitidas por el derecho internacional, ve limitada la extensión del borde exterior del margen continental hasta los máximos admitidos y por ende reformada su legislación en virtud de la operatividad de la norma convencional específica de la que deviene su obligación de aplicarlos.

El Anexo II de la Convención estableció la Comisión de Límites de la Plataforma Continental, integrada por 21 expertos nacionales de los Estados Partes, elegidos de manera que aseguren una representación geográfica equitativa, la que recibirá información de los Estados sobre los límites de su plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, y efectuará recomendaciones a éstos sobre cuestiones relacionadas con la determinación de los límites exteriores. Una vez fijados éstos, serán definitivos y obligatorios.

Existen además obligaciones accesorias. Los Estados que exploten recursos no vivos de su plataforma continental mas allá de las 200 millas deberán efectuar pagos y contribuciones anuales en especie después de los primeros cinco años de producción de un sitio minero. Estos pagos y contribuciones se efectivizarán por conducto de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, la que los distribuirá en forma equitativa, teniendo en cuenta los intereses y necesidades de los Estados en desarrollo y especialmente, los menos adelantados y sin litoral (artículo 82).

La República Argentina, como el resto de los Estados en desarrollo, estará exenta de dicha contribución cuando la explotación refiera a un recurso mineral de su plataforma continental del cual sea importador neto (artículo 82.3.).

8. REGULACIONES COMPLEMENTARIAS

La Convención de Montego Bay contiene regulaciones relativas a la investigación científica marina en los espacios bajo soberanía y/o jurisdicción nacional (Parte XIII, Secciones 2 y 3 y Parte XIV, y en especial, artículos 245 a 257, relativos a la investigación científica marina en el mar territorial, en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental). Es esta una temática vinculada al sistema de solución de controversias establecidos en las Secciones 2 y 3 de la Parte XV de la Convención.

Básicamente, la investigación científica marina en los espacios bajo soberanía y/o jurisdicción nacional del Estado ribereño sólo podrá realizarse por otros Estados u organizaciones internacionales competentes, con autorización y bajo regulación de aquél mediante una manifestación expresa o

tácita de consentimiento. En el mar territorial dicho consentimiento es absolutamente discrecional (artículo 245 de la Convención). En la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental se instituyó una regla atenuada según la cual, "en circunstancias normales" el Estado ribereño no negará dicho consentimiento, exclusivamente para fines pacíficos y con objeto de aumentar el conocimiento científico del medio marino en beneficio de toda la humanidad (artículo 246, 3) Sin embargo, el Estado podrá rehusarlo cuando el proyecto tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales; entrañe perforaciones en la plataforma continental, la utilización de explosivos o la contaminación del medio marino, la utilización de islas artificiales o estructuras, contenga información inexacta o existan obligaciones pendientes con el Estado ribereño resultantes de un proyecto anterior (artículo 246, 5).

En la plataforma continental, mas allá de las 200 millas marinas, los Estados ribereños no podrán rehusar su consentimiento fundados en que el proyecto tenga importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos o no vivos, constituyendo ésta una restricción absoluta salvo para aquéllas áreas específicas que el ribereño designará públicamente como áreas en las que está realizando o va a realizar en un plazo razonable actividades de exploración o explotación (artículo 246, 6).

Toda la materia relativa a la investigación científica marina en la Zona Económica Exclusiva y en la Plataforma Continental por parte de otros Estados u organismos internacionales competentes está vinculada en la regulación de Montego Bay al sistema de solución de controversias establecido en las Secciones 2 y 3 de la Parte XV. El Estado Parte de la Convención debe, al firmar, ratificar o adherir a ella, elegir mediante declaración escrita uno o varios de los medios de solución de controversias tal cual lo ha efectuado Argentina.

No obstante, el Estado ribereño parte no estará obligado a aceptar el sometimiento a los procedimientos de solución citados ninguna controversia suscitada con motivo del ejercicio de un derecho o facultad discrecional (artículo 246) o de la decisión de ordenar la suspensión o cesación de un proyecto de investigación que no se realice de conformidad a la información transmitida sobre la que se basó su consentimiento.

La República Argentina tiene en vigencia un régimen de investigación científica marina regulado por la ley 20489 del año 1973, y decreto reglamentario 4915 del mismo año. Esta normativa se ajusta a las disposiciones de la antigua ley 17094 ya que permite las actividades de investigación científica o técnica que proyecten personas físicas o jurídicas extranjeras u organismos internacionales en aguas sujetas a la soberanía nacional y en el lecho y subsuelo de las zonas submarinas adyacentes al territorio argentino hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de ese límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas, a partir de la autorización previa del Poder Ejecutivo Nacional.

Atento la derogación de la norma que le sirve de marco, el dictado de la ley 23968 que establece distintas competencias y extensiones en los espacios marítimos adyacentes y la ratificación de la Convención de Montego Bay, deviene la conveniencia de dictar una nueva ley sobre la materia, que se ajuste a las previsiones de esta última. Las únicas "aguas sujetas a la soberanía nacional" son actualmente, las interiores y el mar territorial. Lo relativo al lecho y subsuelo marítimo más allá del mar territorial y hasta la distancia máxima reconocida e impuesta por la Convención ha sufrido una considerable variación por el abandono de la fórmula bipolar de la profundidad y explotabilidad. Por tanto, queda por el momento sin una efectiva y adecuada regulación interna la materia relativa a la investigación científica marina.

9. EL ESPACIO AÉREO

El Código Aeronáutico argentino (Ley 17285) que rige la aeronáutica civil en el territorio argentino, sus aguas jurisdiccionales y el espacio aéreo que los cubre, exige (artículo 15) para el ingreso "al país" de aeronaves privadas extranjeras un permiso previo de la autoridad aeronáutica y para las aeronaves públicas extranjeras, una autorización previa del Poder Ejecutivo.

El establecimiento de la Zona Económica Exclusiva por la ley 23968 tuvo por efecto la limitación de los requisitos del artículo 15 de dicho código

al espacio aéreo que se extiende hasta las 12 millas adyacentes al territorio, comprensivas del mar territorial, toda vez que la naturaleza jurídica de la zona marítima adyacente a éste y el espacio aéreo que se encuentra sobre ella es de libre navegación y sobrevuelo para buques y aeronaves extranjeras (artículo 58 de la Convención).

10. ASPECTOS DE LEGISLACIÓN ADUANERA

Modificada como ha sido la regulación de los espacios marítimos bajo soberanía y/o jurisdicción nacional fue necesario también efectuar una reformulación parcial de ciertas disposiciones del Código Aduanero (Ley 22415) relativas a la extracción, importación o exportación de mercaderías del mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental.

Dicho código hace referencia a los espacios marítimos nacionales (artículos 3, 7 y 8), control en el mar territorial argentino, en la zona marítima aduanera y en el mar suprayacente al lecho y subsuelo marinos nacionales (artículos 126 a 129), y que no integran el territorio aduanero general (mar territorial, lecho y subsuelo submarinos sometidos a la soberanía nacional, artículos 585 al 589).

La ley 23968, artículo 10, reforma los artículos 585 a 588 del Código Aduanero agregando una regulación expresa de la zona económica exclusiva, para los casos de extracción de mercadería con destino al extranjero o a un área franca, la importación para consumo al territorio aduanero general o especial de mercadería originaria y procedente de los ámbitos del mar territorial, zona económica exclusiva o plataforma continental, y la exportación para consumo efectuada desde el territorio aduanero general o especial a los mismos.

Estas normas sólo serán aplicables en la zona económica exclusiva y en la plataforma continental en cuanto se correspondan con los derechos de soberanía a los efectos de la exploración, conservación, administración y explotación de sus recursos naturales, reconocidos por la Convención de Montego Bay.

LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE. REALIDADES Y PERSPECTIVAS.

ERNESTO J. REY CARO

Los problemas vinculados con la protección del medio ambiente no son nuevos, aunque, no cabe duda que ellos se han acrecentado y agravado en los últimos años. La creciente actividad industrial y el progreso tecnológico al tiempo de contribuir a mejorar la calidad de vida, han puesto en peligro el propio habitat del ser humano.

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente, celebrada en Estocolmo, en 1972, destacaba que la protección y mejoramiento del medio humano era una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y el desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos¹. La Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambien-

1. Cf. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5-16 de junio de 1972 (Doc. A/CONF. 48/14, Rev. 1). La Declaración, destacaba que había llegado el momento de la historia en que debían orientarse los actos a nivel mundial, atendiendo con preferencia a las consecuencias que pudieran tener para el medio, ya que por ignorancia o indiferencia se podían causar daños irreparables al medio terráqueo del que dependen la vida del hombre y su bienestar. Al mismo tiempo, con un conocimiento más profundo y una acción más prudente se podía lograr para las generaciones futuras mejores condiciones de vida, en un medio en consonancia con las necesidades y aspiraciones del ser humano. "Para llegar a la plenitud de su libertad dentro de la Naturaleza —reza el instrumento en la parte introductoria—, el hombre debe aplicar sus conocimientos para conseguir, en armonía con ella, un medio mejor. La defensa y el mejoramiento del medio humano para las generaciones presentes y futuras se ha convertido en meta imperiosa de la humanidad, que ha de perseguirse al mismo tiempo que las metas fundamentales ya establecidas de la paz y el desarrollo económico y social de todo el mundo, y de conformidad con ellas".

te y Desarrollo, aprobada veinte años después, resaltó el deber de los Estados de cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la tierra, agregando que habiendo contribuido ellos en diferentes medidas a la degradación del medio ambiente de la tierra, les cabían responsabilidades comunes y diferenciadas².

Han surgido preocupaciones que afectan a la comunidad internacional en su conjunto y que requieren respuestas colectivas. La contaminación ha asumido niveles inadmisibles en el agua, el aire, la tierra, y amenaza la subsistencia de todos los seres vivos. La explotación irracional de los recursos tanto renovables como no renovables exige medidas urgentes de conservación. La perturbación del equilibrio biológico de la biósfera, debe ser controlada. El medio ambiente de vida y trabajo del hombre debe ser preservado de las crecientes actividades nocivas para su salud física y mental³.

EL ROL DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Estamos desde hace varias décadas ante problemas y hechos que, magnificados por obra del hombre, exigen una respuesta jurídica. Los derechos y obligaciones de los individuos y de los Estados en relación a la protección y preservación del medio ambiente ha dado origen a una nueva rama de las ciencias jurídicas. El Derecho Ambiental o del Medio Ambiente, en su doble vertiente, la estatal y la internacional, ha puesto en juego la decisión y

2. Los principios proclamados en la Declaración, muestran el rol creciente de la equidad en una "alianza mundial" y de la cooperación para la protección integral del sistema ambiental y de desarrollo del mundo. La idea motor del "desarrollo sostenible" impregna los objetivos de la política internacional en orden a la protección del medio ambiente. Se ha sostenido que los instrumentos adoptados en Río de Janeiro, no sólo tienen un alcance político, sino que poseen una gran relevancia desde el punto de vista del derecho internacional (Cf. MARCAUSIO, Sergio "Gli atti di Río nel diritto internazionale", en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1992, pp. 581 y ss.).
3. Cf. JUSTE RUIZ, José, "Derecho Internacional Público y Medio Ambiente", en *Problemas Internacionales del Medio Ambiente*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Barcelona, 1984, p. 13.

la creatividad de los gobernantes y juristas, y los Estados deben hacer frente a nuevos requerimientos sociales.

Como toda nueva disciplina, registra inicialmente muchas vacilaciones y se generan interrogantes a la hora de regular las conductas individuales y estatales. La estructura institucional de los Estados favorece el proceso de creación de las normas y la sanción de códigos que permiten la individualización de los derechos y obligaciones de los sujetos del ordenamiento jurídico. En el Derecho internacional, la carencia de órganos legislativos y judiciales centrales, dificulta el desarrollo normativo, o al menos genera alguna incertidumbre en ausencia de acuerdos o tratados internacionales.

Prescindiendo de las discrepancias en torno a la denominación de esta nueva disciplina⁴, su contenido ha experimentado un progresivo desarrollo, acompañando, en este aspecto, a la toma de conciencia gradual que ha caracterizado la evolución de las relaciones interestatales en esta materia. Desafortunadamente, fue necesario que se produjeran algunas catástrofes, para que ellas obraran como incentivo o estímulo. Los Estados sólo reaccionaron cuando graves acontecimientos pusieron en peligro su territorio y a sus habitantes.

LA FORMACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

Aunque existen antecedentes que se remontan al siglo pasado y comienzo del presente en el campo convencional, han sido los tratados que se han celebrado a partir de la década del 50, los que han constituido la fuente más importante de esta rama del Derecho de Gentes. Tales acuerdos, de carácter universal, regional o bilateral, que hoy superan el medio millar, han intentado regular diferentes campos de acción de los Estados. Desde este punto de vista, ab initio, se produjo una fragmentación convencional. Ello obedeció a que los problemas vinculados con la protección del medio ambiente no aparecieron en forma simultánea, por lo que las respuestas jurídicas necesariamente fueron sectoriales.

4. Cf. nuestro trabajo "Derecho Internacional Ambiental", en *Estudios de Derecho Internacional*, Córdoba (Argentina), 1982, pp.74-75.

Al margen de los precedentes que ofrecen unos pocos tratados referidos a la protección de algunas especies animales⁵, el grueso de la normatividad es más bien reciente, y se orienta a la preservación de espacios o recursos medio-ambientales determinados. Así, la protección de los cursos de agua internacionales, la protección y preservación del medio marino, la protección de las especies naturales en peligro de extinción, la contaminación radiactiva proveniente del uso pacífico de la energía nuclear, la protección del aire atmosférico, la protección del medio ambiente ante el uso de armas nucleares y otros artefactos de destrucción masiva, el tráfico internacional de residuos peligrosos, la protección de la capa de ozono, los cambios climáticos, la diversidad biológica, han sido objeto de regulaciones más o menos amplias y con diferentes alcances. Se agregan a estas materias, entre otros, tratados referidos al espacio ultraterrestre, a la zona de fondos marinos situados más allá de las jurisdicciones nacionales (ZONA), a la Antártida.

De allí que para brindar una perspectiva integral del Derecho internacional del medio ambiente, no pueda prescindirse de un estudio particularizado de estas diferentes áreas de regulación jurídica, ya que no todas ofrecen un similar grado de desarrollo normativo. Por otra parte, existe una amplísima variedad de mecanismos institucionales destinados a asegurar los objetivos de los acuerdos y el cumplimiento de las obligaciones estatales, sin perjuicio de establecer sistemas particulares de solución de controversias.

Desde el punto de vista de las fuentes, tales tratados constituyen la manifestación normativa más importante de esta nueva rama del Derecho internacional.

Es menester destacar que muchos acuerdos contienen disposiciones de carácter muy general, o bien programáticas, que requieren una complementación o desarrollo ulterior que concrete los derechos y obligaciones estatales. Igualmente, no pocos textos consagran compromisos de aplicación gradual con metas sujetas a fechas ciertas. Es usual que los tratados y

5. Fueron precursores los acuerdos sobre captura de focas en el Mar de Behring de 1885 y para la protección y preservación de las focas peleteras de 1911 en relación a la fauna marina, y el Convenio de París de 1902 para la protección de los pájaros útiles a la agricultura.

acuerdos contengan normas que obligan a los Estados a instrumentarlos para que tengan real eficacia. Se evidencia así la importancia del derecho interno como factor de observancia de los compromisos internacionales. La coordinación entre ambos ordenamientos jurídicos resulta esencial para asegurar la protección del medio ambiente.

Acertadamente, se ha observado que los convenios internacionales referidos a la protección del medio ambiente no suelen establecer un aparato institucional mayormente desarrollado, ni órganos dotados de poder de decisión. Se trata más bien de poner en funcionamiento un esbozo organizativo básico que deje en manos de los propios Estados partes las decisiones relativas a la aplicación del convenio. Surgen en consecuencia, frecuentes instancias convencionales de cooperación que presentan una estructura jurídica y administrativa muy ligera, con presencia de comisiones, comités, grupos de trabajo, reuniones de expertos, etc. Asimismo, son habitualmente los propios Estados partes los llamados a resolver las cuestiones que suscita la aplicación de los convenios, dando origen a reuniones consultivas periódicas en donde las decisiones generalmente se adoptan por el procedimiento del consenso, postergándose las cuestiones en las que no se logra la unanimidad. Estas técnicas operativas de naturaleza flexible también se ponen en práctica en las organizaciones internacionales con mayor proyección en cuestiones ambientales⁶.

Hasta el momento, pese a la estrecha interacción que existe entre los diferentes elementos de la naturaleza, no ha podido suscribirse un acuerdo que establezca principios comunes de aplicación global. No es de extrañar que este vacío haya sido motivo de gran preocupación en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992, y que algunas instituciones científicas estén trabajando en la elaboración de proyectos de tratados. No obstante, pareciera que transcurrirá aún algún tiempo para que pueda lograrse dicho objetivo, habida cuenta de la renuencia de algunos Estados a aceptar normas convencionales de aquella naturaleza.

La falta de un tratado con aquellas características, y el hecho de que los acuerdos tienen un valor jurídico y constituyen fuente de obligaciones única-

6. Cf. JUSTE RUIZ, José, *op. cit.*, pp. 25-26.

mente para los Estados que son partes en ellos, plantea algunos interrogantes en torno a qué normas de Derecho internacional común o general puede recurrirse o resultan aplicables en ausencia de preceptos convencionales.

La doctrina ha reconocido que es una cuestión compleja. Hace algunos años, se sostenía que la única regla que podía ser invocada era la de la responsabilidad internacional por los daños ecológicos causados a otros Estados, ya que no existía una norma de carácter general que prohibiera los ataques al medio ambiente. Únicamente los actos lesivos al medio ambiente que produjeran daños concretos y fuera de los límites territoriales de un Estado podía hacer responsable al Estado que ocasionara tales daños. Asimismo, se afirmaba que el daño debía presentar ciertas características para que generara la obligación de reparar. Debía ser real, importante y cierto⁷.

Esta norma, se infería de la aplicación que había hecho de ella la jurisprudencia internacional, señalándose como un precedente de incuestionable valor, la doctrina sustentada por el Tribunal Arbitral en el affaire de la Fundición Trail, en 1941.

En aquella oportunidad, se sostuvo que:

“Según los principios de Derecho internacional, como el Derecho de los Estados Unidos, ningún Estado tiene derecho a usar su territorio o a permitir el uso del mismo, de suerte que las emanaciones de humos causen un perjuicio en el territorio de otro Estado o a las propiedades de las personas que allí se encuentran, siempre que se trate de consecuencias graves, y el perjuicio sea demostrado por pruebas claras y convincentes”⁸. Este principio sería reiterado años después por la Corte In-

7. Cf. Kiss, Alexandre *Los Principios Generales del Derecho del Medio Ambiente*, Valladolid, 1975, p. 25

8. Cf. *Recueil des Sentences Arbitrales (RSA)*, Vol. III, 1941, pp. 1963-1965. El conflicto se originó a raíz de que de una fundición de zinc y plomo ubicada en la Columbia Británica, emanaban crecientes cantidades de dióxido sulfúrico que en determinadas condiciones atmosféricas eran arrastradas por el aire más allá de la frontera, ocasionando daños graves en los cultivos y en la vegetación en la región limítrofe en territorio estadounidense. La cuestión fue sometida al arbitraje mediante un tratado, estableciéndose en el art. IV del instrumento, que el Tribunal aplicaría la legislación y la jurisprudencia seguida en casos análogos en los Estados Unidos de América, así como también las prescripciones del derecho y la jurisprudencia internacionales.

ternacional de Justicia en el caso del Canal de Corfú⁹ y por el Tribunal Arbitral en el caso del lago Lanós¹⁰.

Derivado del derecho de vecindad, en su esencia y compatibilizado con el principio de soberanía sobre los recursos naturales, se constituiría en uno de los pilares de la Declaración de Estocolmo, de 1972, cuyo Principio 21, estableció:

"De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional."

La Declaración no sólo confirmó, sino que desarrolló aquella norma consuetudinaria, dado que en el texto no se habla más de daños en el "territorio", como era tradicional, sino de daños al "medio" de otros Estados, y también extiende la obligación a las zonas situadas fuera de las jurisdicciones nacionales.

La Declaración de Río de 1992, reprodujo casi textualmente el Principio 21, con la única modificación en la mención del derecho soberano de los Estados de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y "de desarrollo" (Principio 2).

De este principio incorporado en ambas declaraciones y de su aceptación por la comunidad internacional, hoy la doctrina más calificada deduce la existencia de una norma consuetudinaria de Derecho internacional que impone a los Estados la prohibición de la contaminación transfronteriza¹¹. No obstante, no se trataría de una obligación absoluta, sino que la ilicitud guardaría relación con el grado de contaminación, y por ello adquiere relevancia el concepto de "daño apreciable", "daño sensible", "daño grave". Son aspectos que aún se encuentran ubicados en una zona gris.

9. Cf. CIJ, *Recueil*, 1949, p. 43. La sentencia recordaría que ya la soberanía no podía considerarse como un derecho absoluto e individual de cada Estado, habiéndose convertido en una institución, en una función social internacional que debía ejercitarse de conformidad al nuevo derecho internacional.

10. Cf. *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol. XII, pp. 218 y ss.

11. Cf. Kiss, Alexandre *The international protection of the environment*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1986, p. 1078.

Aquella norma, ha abierto el camino a la consideración de la biosfera como "patrimonio común de la humanidad", noción esta desarrollada en no pocos instrumentos internacionales, y que también ofrece aspectos controvertidos.

Todo ello no importa un reconocimiento de la existencia de una "actio popularis", pues en principio cada Estado puede reclamar sólo por los daños sufridos en los ámbitos sometidos a su jurisdicción, o por personas bajo su jurisdicción o control, pero no por daños ocasionados al medio ambiente en zonas excluidas de la jurisdicción estatal¹². No obstante, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, abre la posibilidad de una acción por parte de la Autoridad de la "ZONA", en orden a la protección del medio marino en el ámbito territorial de su competencia (Art. 145)¹³.

El desarrollo que ha efectuado la Comisión de Derecho Internacional en derredor de la noción de "crimen internacional", ofrece una nueva perspectiva frente a ciertas violaciones graves de las obligaciones estatales en relación al medio ambiente. Es evidente que se han producido mutaciones muy importantes en el campo de la responsabilidad internacional¹⁴.

Es necesario destacar que cuando un Estado afectado por una acción contaminante que tiene origen más allá de sus fronteras reclama una reparación, hace valer un derecho propio derivado del derecho de soberanía.

12. Cf. MARIÑO MENÉNDEZ, F. "La protección internacional del medio ambiente", en obra de Díez de Velasco *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Madrid, 1994, p. 586

13. " Se adoptarán con respecto a las actividades de la Zona las medidas necesarias de conformidad con esta Convención para asegurar la eficaz protección del medio marino contra los efectos nocivos que puedan resultar de esas actividades. Con ese objeto, la Autoridad establecerá las normas, reglamentos y procedimientos apropiados para, entre otras cosas: a) prevenir, reducir y controlar la contaminación del medio marino y otros riesgos para éste, incluidas las costas, y la perturbación del equilibrio ecológico del medio marino, prestando especial atención a la necesidad de protección contra las consecuencias nocivas de actividades tales como la perforación, el dragado, la excavación, la evacuación de desechos, la construcción y el funcionamiento o mantenimiento de instalaciones, tuberías y otros dispositivos relacionadas con tales actividades; b) proteger y conservar los recursos naturales de la Zona y prevenir daños a la flora y fauna marinas".

14. Cf. ORRICO VICUNA, Francisco "La evolución de la responsabilidad del Estado en el Derecho internacional a la luz de los nuevos criterios para la protección del medio ambiente", en *Estudios 1991*, Sociedad Chilena de Derecho Internacional, Santiago (Chi-

Cabe agregar, que cuando el perjuicio ha sido sufrido por personas físicas o jurídicas y el Estado actúa en esta circunstancia, no está ejerciendo la protección diplomática en el sentido habitual, sino un derecho del que es titular el propio Estado. Ello no obsta a que los particulares puedan recurrir directamente a los órganos competentes del Estado que provocó el perjuicio para reclamar la reparación del daño.

La preocupación por estos aspectos, aparece reflejada tempranamente en el Principio 22 de la Declaración de Estocolmo: "Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen a zonas situadas fuera de su jurisdicción". Con otra redacción esta inquietud ha sido reiterada en el Principio 13 de la Declaración de Río.

Se advirtió también inicialmente que los mecanismos de la responsabilidad internacional "clásica" no daban una respuesta adecuada para la reparación de ciertos daños que provenían de acciones u omisiones estatales no prohibidas por el Derecho internacional. Se trata de la responsabilidad por "riesgo". Ello llevó a la Comisión de Derecho Internacional a considerar esta cuestión en forma independiente, aunque no puede dejar de reconocerse que es una materia en sumo controvertida y esto lo acredita el tiempo que ha tomado y aún insume a la Comisión su tratamiento y que los avances son muy lentos.

Sin embargo, hoy está fuera de discusión que la protección del medio ambiente no puede asentarse únicamente en la reparación de los daños provocados o causados, pues conduciría a admitir una política ambiental de hechos consumados, lo que se opone frontalmente con los requerimientos que impone una auténtica acción para la preservación del hábitat humano.

El principio de "prevención" surge en consecuencia como otro de los pilares sobre los que reposa la acción internacional con aquella finalidad. Al mismo principio hizo referencia expresa el Plan de Acción aprobado en la

le), pp. 90-136; FROMAGEAU, Jérôme y GUTTINGER, Philippe *Droit de l'environnement*, París, 1993, pp. 225-238; CASADO RAIGÓN, Rafael "La responsabilidad internacional resultante de la comisión de un crimen internacional", en *Derecho y Opinión*, Universidad de Córdoba (España), Octubre de 1992, pp. 103-130, etc.

Conferencia de Estocolmo de 1972, habiendo sido incorporado en numerosos instrumentos internacionales¹⁵.

Vinculado al principio de prevención, surge el interrogante en derredor a si existe una obligación jurídica que imponga a los Estados el deber de informarse recíprocamente de cualquier actividad o uso de su territorio que pueda dañar el medio ambiente más allá de los límites de su competencia territorial¹⁶.

Esta cuestión no fue ajena a las deliberaciones de la Conferencia de Estocolmo y si bien es cierto que no pudo aprobarse el proyecto original que incluía el principio de la información —por oposición de un grupo de Estados—, no por ello puede negarse la existencia de una norma internacional que obliga a los Estados a informar de toda actividad en su territorio que pueda producir daños más allá de sus fronteras. Una vasta práctica convencional, al menos en materia de aprovechamiento de los cursos de agua internacionales, acredita la vigencia de una norma consuetudinaria que exige la información e incluso, la consulta previa¹⁷.

El gravísimo accidente en la central nuclear de Chernobyl, contribuyó a desarrollar otra faceta de aquel principio, cual es la obligación del Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción o control se haya producido un accidente, de informar del mismo a los posibles afectados, y correlativamente se ha admitido la obligación de los terceros de coope-

15. Cf. MARIÑO MENÉNDEZ, F. "Relevancia del objetivo de conservar y mejorar el medio ambiente en el Derecho internacional contemporáneo", *Cuadernos de Derecho Internacional*, Universidad de Córdoba (España), Vol. I, pp. 76-77

16. La cuestión ha sido ampliamente debatida en el seno de la Comisión de Derecho Internacional al abordar la problemática del uso y aprovechamiento de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación (Cf. nuestro trabajo "La codificación del derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación" en *El Derecho Internacional en un mundo en transformación*, Liber Amicorum en homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, Montevideo, 1994, Tomo II, pp. 703-706

17. Cf. nuestro trabajo "La consulta previa en el aprovechamiento de los recursos naturales compartidos. Los ríos internacionales", en *Cuadernos de Derecho Público*, Universidad de Los Andes (Venezuela), No. 4, 1978, pp. 27-32

rar para disminuir el efectos de los daños cuando estuvieren en condiciones de hacerlo¹⁸.

Estas obligaciones han sido reconocidas en el Principio 18 de la Declaración de Río, en cuanto expresa:

“Los Estados deberán notificar inmediatamente a otros Estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos en el medio ambiente de esos Estados. La comunidad internacional deberá hacer todo lo posible por ayudar a los Estados que resulten afectados”.

Igualmente, aparece afianzándose en los últimos tiempos el principio de “precaución”, incorporado en la Declaración de Río y concebido como una obligación estatal en orden a la protección del medio ambiente: “Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

Se ha señalado que este principio ha surgido como un instrumento legal del que se vale la comunidad internacional para el desarrollo de políticas y legislación sobre medio ambiente cuando resultara imposible determinar con precisión científica las consecuencias de una determinada actividad en el medio ambiente. En virtud de este principio se debe suspender o cancelar toda actividad que amenace al medio ambiente, aún cuando no existieran pruebas científicas concluyentes que unieran esa actividad con el daño o deterioro de aquél. No obstante, este principio no ha merecido una interpretación uniforme. Una, amplia o general, sostiene que por él los Estados se comprometen a actuar cuidadosamente y con gran precaución en el momento de adoptar decisiones que puedan afectar de manera adversa el medio ambiente, mientras que otra más restrictiva, requiere que aquellas actividades o sustancias que pudieran ser peligrosas para el medio ambiente deban ser reguladas y hasta prohibidas, aún cuando no existiera evidencia concluyente de daño potencial que tales actividades pudieran ocasionar al medio ambiente¹⁹.

18. Cf. MARIÑO MENÉNDEZ, F. “La protección internacional del medio ambiente”, *op. cit.*, p. 587.

19. LANDERRETCHE, Andrés “Principios informativos del Derecho internacional del medio ambiente”, *Diplomacia*, Santiago de Chile, No. 66, Diciembre de 1994, pp. 52-53.

Pese al progreso que se ha materializado en orden al esclarecimiento de las obligaciones internacionales vigentes para la protección internacional del medio ambiente, es necesario obrar con mucha prudencia a la hora de juzgar el alcance de muchos "principios" enunciados en instrumentos internacionales o mencionados por la doctrina, ya que no todos poseen un valor jurídico *stricto sensu*. El principio de la "equidad intrageneracional", del "uso sustentable", de "integración", de la "responsabilidad diferenciada", *inter alios*, presentan aspectos muy discutidos y adolecen de imprecisiones y ambigüedades.

Asimismo, no puede ignorarse que aún los principios ya reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional, han sido objeto de interpretaciones diversas.

Otras de las grandes vertientes que nutren el Derecho internacional del medio ambiente, son las resoluciones de las organizaciones internacionales y de las conferencias especializadas.

En primer lugar, cabe destacar las resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En el seno de este órgano de la organización universal se introdujo tempranamente la problemática en sus más diversos aspectos y numerosas resoluciones —2849 (XXVI), de 1971; 2398 (XXIII), de 1968; 2997 (XXVII), de 1972— consagraron "principios" destinados a regular el comportamiento de los Estados.

No menos importante ha sido el aporte de las grandes conferencias —*v.g.*, la de Estocolmo de 1972 y la de Río de Janeiro de 1992— cuyas resoluciones, recomendaciones y planes de acción han tenido una indudable gravitación en el desarrollo de esta rama del Derecho internacional.

Su número ha ido aumentando gradualmente y hoy se cuentan por centenares. Por su variedad y alcance cubren todas las áreas de problemas vinculados con la protección del medio ambiente.

Son conocidas las discrepancias en relación al valor jurídico de estas resoluciones y recomendaciones, y ellas se proyectan no sólo en el campo doctrinario. La realidad se ha encargado de poner al desnudo la distinta actitud de los Estados frente a la aprobación de una resolución de valor recomentatorio, o ante la adopción de un tratado que genera auténticas obligaciones jurídicas. Al respecto, la experiencia de la Conferencia de Río, es más que ilustrativa para marcar las diferencias. Todos los esfuerzos que

se realizaron para que se adoptara una convención general que consagrara principios internacionales y otras normas destinadas a regular las conductas estatales, fracasaron por la terminante oposición de algunos Estados, particularmente de aquellos cuyas actividades podían provocar daños ambientales que potencialmente los colocara en el banquillo de los acusados. Únicamente y como aconteciera en Estocolmo veinte años antes, se logró la aprobación de una Declaración.

No obstante, no puede ponerse en tela de juicio la influencia de dichas declaraciones y resoluciones en la cristalización del Derecho internacional. Muchos de los principios proclamados en ellas, han sido posteriormente recogidos en instrumentos convencionales, o bien han pasado, en virtud de una práctica reiterada y con la concurrencia de una auténtica *opinio juris*, a formar parte del derecho consuetudinario.

El consenso logrado para la aprobación de una resolución, es una circunstancia que puede tener una gran trascendencia para medir el grado de aceptación internacional de los principios enunciados en ella. Es bien conocido el papel cumplido por las resoluciones de las organizaciones internacionales como precursoras de los más importantes acuerdos celebrados en esta materia.

Si trascendente ha sido la obra de las organizaciones internacionales gubernamentales, no lo ha sido menos la desarrollada por las organizaciones no gubernamentales. A éstas debe atribuírseles también el mérito de haber contribuido no sólo a la defensa del medio ambiente, sino al desarrollo de las normas jurídicas internacionales que hoy integran el *corpus juris* en la materia.

Se advierte que el Derecho internacional del medio ambiente exhibe diferentes formas de elaboración normativa, concurriendo procedimientos formales e informales.

IMPORTANCIA DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Cabe observar, asimismo, que dado el carácter eminentemente tuitivo y programático de las reglas del Derecho internacional ambiental, la cooperación internacional desempeña un rol expectable para asegurar la efectividad de aquellas. Ella emerge así como un imperativo jurídico.

Puede instrumentarse tanto a nivel universal, como regional o bilateral, y puede reunir las más diversas modalidades. El intercambio de información, la consulta, la elaboración de planes de conservación, la adopción de medidas de emergencia en casos de contaminación accidental, el establecimiento de normas de calidad y de índices cuantificados, la creación de comisiones, el establecimiento de zonas especialmente protegidas, el fomento de estudios e investigaciones, entre otras acciones, constituyen diferentes vías para llevarla a cabo²⁰.

Según uno de los más reconocidos investigadores en la materia, Kiss, la lucha por la protección del medio ambiente plantea algunos problemas que deben ser abordados en el plano universal, como es la determinación de los principios generales de la acción internacional, el estudio y la administración del medio ambiente humano y la coordinación de actividades entre las organizaciones internacionales especializadas y regionales. No obstante, las acciones concretas referidas a la reglamentación y a la administración, pueden ser instrumentadas a través de organizaciones intergubernamentales que reúnan a Estados con niveles de desarrollo y sistemas jurídicos semejantes. Asimismo, tratándose de problemas concretos nacidos de las relaciones de vecindad o por la participación en un recurso natural, como es el caso de los ríos internacionales, cuencas hidrográficas o una zona de mar, la cooperación internacional puede hacerse realidad por medio de instrumentos regionales²¹.

Teniendo en cuenta este posible marco institucional de la cooperación internacional, a partir de la década del 60 se inició en diferentes planos, una tarea progresiva que pone de manifiesto una toma de conciencia sobre la necesidad de agotar todas las medidas posibles para preservar el medio humano y evitar las consecuencias irremediables. Hasta ese momento, sólo se conocieron medidas aisladas.

En 1968, la Asamblea General de la ONU inició los trabajos preparatorios de la Conferencia Especializada que se realizaría en Estocolmo, en 1972.

20. Cf. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. "La protección del medio ambiente en el Derecho Internacional, Derecho comunitario europeo y Derecho Español", Victoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 1991, pp. 64 y ss.

21. Cf. "Environnement et développement ou environnement et survie?", en *Journal de Droit International*, 1991, pp. 273-276.

En la Resolución 2849 (XXVI) titulada "El Desarrollo y el Medio", se destacaron los aspectos más importantes de la problemática inherente al medio ambiente y se subrayó la trascendencia de la administración del medio para el futuro de la humanidad, y la necesidad de compatibilizar planes de desarrollo con un buen sistema ecológico. Otras Resoluciones, anteriores y posteriores, ratificaron y ampliaron el marco posible de la cooperación internacional. Una destacada labor desarrollaron en sus respectivos campos específicos las organizaciones especializadas, como la FAO, la OMS, la OMM, la UNESCO, entre otras.

Los mecanismos de acción y las metodologías seguidas por las diferentes organizaciones internacionales difieren considerablemente de acuerdo con su estructura y sus competencias. Algunas se mueven dentro del marco más clásico de la cooperación internacional. Otras, como las comunitarias —Unión Europea—, se encuentran investidas de competencias que facilitan la adopción de una legislación más eficaz.

La falta de estructuras centralizadas, determina que la cooperación internacional constituya, por el momento, uno de los pilares en que se sustenta la lucha para la preservación y protección del medio ambiente.

LOS SUJETOS INTERNACIONALES EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

LUIS IGNACIO SAVID-BAS *

SUMARIO: Consideraciones Preliminares. I. El concepto de sujeto en el Derecho. Introducción al tema. 1. Teoría Pura del Derecho. 2. Teoría de la Capacidad (Responsabilidad). 3. Teoría Elemental. II. La evolución de la comunidad internacional y el Derecho. La cuestión de la subjetividad internacional. 1. Período de consolidación de los Estados. 2. De la autosuficiencia soberana a la interdependencia. 3. La cooperación coyuntural y la cooperación permanente. 4. Surgimiento de las Organizaciones internacionales de cooperación intergubernamental. 5. De la cooperación administrativa a la cooperación política. 6. La organización de la comunidad internacional. Las Organizaciones universales. 7. La aparición de nuevas estructuras políticas. III. Otros entes dotados de subjetividad jurídica internacional. 1. Los sujetos paraestatales. a) Organizaciones Internacionales. b) Órdenes Soberanos. c) Comunidad Beligerante. d) Los Pueblos. 2. Nuevas entidades que operan en la comunidad internacional. a) La persona humana. b) La Humanidad. IV. Conclusiones.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El ordenamiento jurídico en general, e indudablemente el Derecho Internacional, se encuentra, en su contenido, condicionado por circunstancias que le son elementales. En primer lugar, como se verá en el punto II, por la realidad social que constituye su basamento; el "medio" en que debe operar¹. Todo ordenamiento jurídico debe cumplir la exigencia de "adecua-

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público (U.N.Córdoba-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales). Ex Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Presidente de la Asociación Latinoamericana de Estudios Internacionales.

1. FERNÁNDEZ FLORES, José Luis. "El medio en que opera el Derecho Internacional". *Estudios de Derecho Internacional*. Tomo I. Tecnos. Madrid 1979.

ción" a la realidad (o realismo) como condición indispensable para su vigencia², no es admisible hablar de ordenamiento jurídico, es decir obligatorio (salvo respecto de instituciones de valor histórico), si el mismo carece de posibilidad de ser aplicado a la realidad social que pretende regular.

En segundo término se encuentra otro condicionamiento esencial, la "finalidad" del derecho o, en otras palabras, el cumplimiento de los fines y funciones que como ordenamiento legal hacen a su naturaleza; se trate de sus últimos fines o de la regulación de las conductas inmediatas y concretas necesarias para la consecución de aquellos³. En conclusión, el cumplimiento de los fines y funciones del derecho requiere la adecuación de sus reglas a la realidad social que es el objeto de regulación normativa.

Se trata de mostrar la evolución del Derecho Internacional estudiando los entes que han sido, son (¿y serán?) sujetos de las relaciones regidas por dicho ordenamiento y, eventualmente, arribar a algunas conclusiones acerca del futuro del ordenamiento jurídico internacional que se encuentren lo suficientemente fundadas para lograr su consideración. Por su carácter, es limitado ya que solo contiene algunas reflexiones sobre el tema.

I. EL CONCEPTO DE SUJETO EN EL DERECHO.

I. Por inveterada costumbre y por considerarlo metodológicamente necesario, el presente estudio se inicia con una precisión acerca de la noción de sujeto y, dada la naturaleza del trabajo, del contenido jurídico del concepto de sujeto.

En el aspecto jurídico, la cuestión de la subjetividad internacional constituye un problema básico del Derecho Internacional Público ya que la con-

2. PECOURT GARCÍA, Enrique. "El pensamiento internacionalista del Prof. Miaja de la Muela". *Estudios de Derecho Internacional*. Tomo I. Tecnos. Madrid 1979. Hace referencia a la denominada vuelta al realismo del Derecho Internacional (limitándolo al Derecho Internacional Privado). Consideramos que el Derecho Internacional (en particular el Derecho Internacional Público) se ha adecuado permanentemente a su realidad fundamental.
3. FERNÁNDEZ FLORES, J.L. Íd. Entiende que la satisfacción de dicho requerimiento de adecuación hace a la propia existencia de la normatividad jurídica (cita a Lisarrague que dice: "insertar el derecho, en la realidad social, es plantearnos el problema de su existencia").

figuración de la comunidad internacional, en su evolución, refleja las modificaciones que se producen en las relaciones internacionales y en las aspiraciones y fines de sus integrantes. La aparición de nuevos sujetos es consecuencia del requerimiento de adecuación del derecho a la realidad.

Se admite que originariamente el concepto de sujeto proviene de la lógica y la gramática. En la lógica es el ente (espíritu) que siente o aprehende lo que le es externo, se trate de circunstancias sensibles o inteligibles; en la gramática es el actor o destinatario (el sustantivo) de la acción indicada por el verbo. Es el sujeto, en la normativa de esencia jurídica cuya definición ha dado lugar a diversas posiciones doctrinarias.

1. *Teoría Pura del Derecho*

La Teoría Pura del Derecho reconoce límites a la vigencia de las normas jurídicas en los aspectos espacial, temporal, material (su contenido sustancial, la conducta reglada) y, personal. En lo relativo al ámbito personal, la norma se refiere a un determinado ente⁴

- reconociéndole un derecho o,
- imponiéndole una determinada conducta u obligación jurídica.

Sujeto de un ordenamiento jurídico es todo ente que sea titular de derecho o se encuentre sometido al cumplimiento de una obligación, reconocido aquel o impuesta ésta, por dicho ordenamiento.

Lo expuesto es válido tanto para las personas físicas como para las jurídicas, destacando que, en el último supuesto, los estatutos propios de éstas disponen cuál es el órgano competente u obligado⁵.

4. KEISEN H. Cita de BUILOBA SANTANA, Eloy, *Estudios...* (ver Nota 2) pág.303 expresa: "El ámbito de validez de este orden (personal) no puede ser limitado, a priori, en ninguna dirección". Por el contrario, para los sostenedores de la subjetividad internacional exclusiva del Estado, el ámbito de validez personal del Derecho Internacional es, por naturaleza limitado.

5. En dicho sentido la Op. Consultiva "Reparación de daños sufridos al servicio de las N.U." (11.4.1949) La Corte reconoce que la personalidad jurídica de entes distintos de los Estados depende de los derechos y obligaciones dirigidos a dichos entes por el ordenamiento jurídico internacional. Reitera el criterio en Op. Consultiva relativa al Sahara Occidental (16.10.1975).

2. *La Teoría de la Capacidad (o Responsabilidad)*

Reconoce la calidad de sujeto a aquéllos entes que:

- por ser titulares de derecho (conforme al Derecho Internacional Público) pueden, en caso de ser éstos violados, reclamar internacionalmente una reparación (ser capaces de ejercer la acción) o,
- por estar obligados jurídicamente, son susceptibles de ser destinatarios de la acción de reparación. Parte de la doctrina señala que es posible el caso en el que el destinatario de la acción pueda ser un ente distinto del que fue actor de la violación dándose el supuesto de no coincidencia de actor y responsable. Es decir que sostiene la existencia de tres elementos de la subjetividad internacional: 1) el primero es la posibilidad de ejercicio de los propios derechos; la capacidad ya aludida; 2) el segundo la imposición de determinadas conductas u obligaciones a su cargo y, 3) la tercera la posibilidad fáctica de relacionarse con los restantes sujetos del derecho. En primer lugar cabe señalar que los enumerados como primer y tercer elemento, en realidad constituyen uno solo ya que la facultad de establecer relaciones con otras personas jurídicas implica, nada más y nada menos, que el ejercicio de un derecho inmanente de todo sujeto y reconocido, sin oposición ni controversia, por el Derecho Internacional. En cuanto a la habilitación de un ente para reclamar, por sí, ante la transgresión de un derecho que le compete, no se la considera como elemento determinante de la subjetividad por las siguientes razones: a) el ordenamiento jurídico internacional está constituido por un sistema de carácter general y, coexistiendo con él, por sistemas particulares de igual naturaleza. En estos ordenamientos particulares es posible advertir el reconocimiento de la habilitación procesal de que se trata; b) Existe una universal aceptación de la responsabilidad de la persona humana en el caso de los *delicta iuris gentium* que constituyen ilícitos que le son imputables por engendrar responsabilidad individual directa.

Se trata de justificar la postura mediante una división de la subjetividad distinguiéndose entre **subjetividad activa** y **subjetividad pasiva**, sosteniendo, los adeptos a la teoría, que solo son sujetos los que

pueden reclamar y no lo son los responsables. La debilidad del criterio sustentado es evidente, en cualquiera de los dos casos, la norma jurídica internacional tiene un destinatario; otorga derechos subjetivos o impone conductas específicas; la existencia de un derecho y la asignación de una obligación constituyen la base de toda relación jurídica. Además de lo manifestado, carece de lógica sostener la posibilidad de atribuir responsabilidad sin la *existencia de una relación jurídica previa* en la que pueda encontrarse el fundamento de tal imputación; c) El Derecho Internacional es una rama del Derecho, no parece tampoco posible sostener que se trata de una rama en la que la naturaleza de sus *instituciones* difiere esencialmente de las de la Ciencia Jurídica, pareciendo que no existiese la institución de la *Representación* pese a constituir el instrumento de acción de las mayoría de los sujetos internacionales no controvertidos⁶.

Lo expresado muestra la existencia de dos posturas diferentes. Una primera posición sostiene que es **sujeto** el destinatario del ordenamiento jurídico, sea por la generalidad de sus normas o por una o algunas de ellas, sin considerar la **capacidad** de ejercicio directo de su derecho o la posibilidad de imputación por transgresión. Distingue la noción de **sujeto**, que es de naturaleza sustancial, de la de **capacidad** a la que considera un atributo de índole procedimental.

Una segunda posición entiende que el carácter de **sujeto** sólo puede ser reconocido a los entes que dispongan de derecho o estén sometidos a obligación legal, siempre que los mismos puedan, por sí, hacer valer tales derechos o soportar las consecuencias de los incumplimientos de las obligaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

6. Dos observaciones son necesarias en este punto. En primer lugar corresponde señalar que la argumentación, en general, se refiere al caso de la persona humana, sin embargo debe advertirse que es aplicable a otros entes de subjetividad internacional controvertida. Por otra parte, ciertos entes, cuya personalidad jurídica internacional es objeto de discusión, como la Humanidad, tienen reconocidos órganos de representación, en Tratados de carácter universal, v. gr.: Tratado sobre los Principios aplicables al espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (Londres, Moscú, Washington, 1967), la Convención sobre el Derecho del Mar (Montego Bay, Jamaica, 1982), entre otros.

3. *Teoría Elemental*

La doctrina ha elaborado otras diversas teorías sobre la subjetividad. La Teoría Elemental sostiene que **sujetos** son las entidades que reúnen determinados elementos establecidos de antemano por la filosofía jurídica; su corolario, la Teoría del Reconocimiento, admite como sujetos a los entes a los que se les atribuye tal carácter por los sujetos preexistentes. Ambas sólo son explicables en una determinada circunstancia histórica, la de una realidad en la que el Derecho Internacional era, esencialmente, un derecho interestatal; en la actualidad resultan limitadas para explicar la situación vigente, en la que se advierten entes dotados de personalidad jurídica internacional no estatales ni paraestatales⁷. La primera de las teorías citadas reserva el carácter de sujetos exclusivamente a los **Estados**⁸ ya que para sus sostenedores el fin del Derecho Internacional es la regulación de las relaciones entre Estados soberanos. La segunda "Teoría del Reconocimiento constitutivo" deja en manos de los Estados, como sujetos originarios, la facultad de admitir o constituir a otros entes como sujetos del ordenamiento jurídico internacional.

Al enunciar precedentemente el concepto de **sujeto**, se ha tomado posición, la que se inscribe en la doctrina que sostiene que es el ordenamiento jurídico el que permite identificar los entes dotados de personalidad jurídica internacional, es decir, cuáles son los sujetos del Derecho Internacional. Es la postura que sostiene que la personalidad deriva del ordenamiento jurídico mediante la atribución que hacen sus normas, de derechos u obligaciones a entes de distinta naturaleza; estatales y no estatales⁹. La heterogeneidad de los **sujetos** deriva de su diferente naturaleza y de la diversidad de sus derechos y obligaciones jurídicas.

7. Se consideran paraestatales los entes a los que se reconoce personería jurídica internacional por asimilarlos a Estados mediante la admisión de la posesión de los elementos fundamentales de éstos; territorio, elemento humano subordinado, organización, poder y autoridad v. gr.: la comunidad beligerante y, parcialmente, ciertas órdenes reconocidas como soberanas.

8. Se adscriben a esta postura los sostenedores de las teorías voluntaristas sobre el fundamento de validez del Derecho Internacional.

9. Al referirse al ordenamiento jurídico internacional se incluye, no solo el Derecho Internacional General, sino también los ordenamientos jurídicos particulares.

II. LA EVOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL Y EL DERECHO. LA CUESTIÓN DE LA SUBJETIVIDAD INTERNACIONAL¹⁰.

1. *Período de consolidación de los Estados*

El Derecho Internacional nace como resultado de una exigencia de la realidad política, el proceso de formación de los Estados modernos mediante la centralización del poder. La situación anterior a dicho proceso nos muestra la dispersión del poder efectivo en innumerables señoríos sujetos a la doble autoridad del Emperador de la Iglesia. Son circunstancias contemporáneas a su desarrollo, el conflicto entre ambas autoridades supremas, las guerras de religión, en definitiva la puja por lograr la separación de las cuestiones religiosas y seculares, consecuentemente, del poder espiritual y el poder temporal eliminando la confusión de lo político y lo religioso.

La llamada Paz de Westfalia, en 1648, instrumentada en los Tratados de Münster y Osnabrück, que pone fin a las Guerras de Religión (Guerra de los Treinta Años), implica el reconocimiento de la igualdad de los Estados y marca el fin de la confusión político-religiosa a la que se ha hecho alusión. La citada oportunidad es admitida y reconocida como la del surgimiento del Derecho Internacional.

Al momento del nacimiento del Derecho Internacional habían irrumpido, como protagonistas, los Estados y el establecimiento y aceptación por éstos de reglas uniformes y comunes de conducta constituyó un instrumento y una garantía para su consolidación.

De ello resulta que los primeros entes que detentaron la calidad de sujetos del ordenamiento legal naciente fueron los Estados y en ello fue coherente el contenido y fin del Derecho Internacional con la realidad vigente ya que, como se ha expresado, se perseguía su afianzamiento y seguridad.

Corresponde señalar que simultáneamente, por tradición histórica y reconocimiento por los poderes temporales y espirituales (Imperio y Papado), existían entidades que lograron subsistir con personalidad y poder in-

10. El análisis se realiza sobre la realidad político-jurídica occidental ya que es en ella en la que surge el Derecho Internacional.

dependiente de los Estados, se trata de las Ordenes Soberanas, que permanecen en la actualidad.

En este primer período, el contenido del Derecho Internacional estaba constituido, fundamentalmente, por normas reguladoras de las relaciones interestatales (generalmente de conflicto) y de garantía de la supremacía del soberano (privilegios e inmunidades, potestades de los príncipes "individualmente o en concierto" y naturaleza y extensión de las facultades del Estado). Se trataba, esencialmente, de un derecho de coexistencia útil a la consolidación estatal.

El lapso que requirió la consolidación de los Estados y consecuentemente la limitación del rol del ordenamiento jurídico internacional a tan sólo regular relaciones interestatales se extiende hasta la primera mitad del siglo XIX¹¹.

2. *De la autosuficiencia soberana a la interdependencia*

Asegurado el poder en manos del Soberano y su permanencia, queda logrado el primer objetivo de las estructuras estatales. Apareciendo entonces nuevos requerimientos, motivados por su expansión y por la creciente necesidad de bienes, para satisfacer, sean las de los propios Estados, sean las de sus súbditos; dicha situación implica una modificación sustancial en la naturaleza de los vínculos interestatales y en el contenido del derecho regulador de dichas relaciones. La preservación del nuevo orden existente tanto en el ámbito externo común a los Estados (internacional), como en el interno (nacional) impone la satisfacción de esas nuevas necesidades.

Dejando de lado los requerimientos de orden interno: regulación normativa de las relaciones entre el poder y los súbditos, entre los particulares, disponibilidad y uso de los recursos (fundamentalmente de la tierra), seguridad interna, etc., cuyo análisis no es materia del ordenamiento jurídico internacional, se advierte no obstante, que la realidad trasciende el ámbito estatal e implica la alteración de la situación internacional iniciándose una nueva etapa de las relaciones intersubjetivas.

11. El nacimiento de las primeras Organizaciones Internacionales da respuesta a los requerimientos de administración de servicios y recursos comunes a más de un Estado.

La nueva realidad se manifiesta en la insuficiencia nacional para satisfacer los requerimientos propios y los de una comunidad internacional, cuyos integrantes comienzan a vincularse, no sólo por sus esfuerzos para obtener la consolidación individual sino mediante la realización de actividades destinadas a cumplir el nuevo papel que le imponen las circunstancias internas e internacionales. Ello torna imperativo a los Estados la **cooperación**. Las relaciones, antes de conflicto, paulatinamente se incrementan con relaciones de cooperación dando nacimiento a un Derecho Internacional que no está destinado solo a preservar situaciones o reglar controversias y conflictos sino que deberá ser un instrumento regulador de la cooperación entre las naciones; se hace necesario que los Estados, definidos sus ámbitos particulares, colaboren para conseguir sus fines.

Se ha expresado que el momento inicial del Derecho Internacional estuvo influido por la necesidad de consolidación de los Estados, ello significaba que la preocupación estatal básica era lograr, en sus ámbitos espaciales, el ejercicio autónomo del poder, esto es la **soberanía** en cuanto a la inexistencia de poder superior al propio. Concluido el período de fortalecimiento de la institución estatal, ante las necesidades que destacan la insuficiencia de los Estados para lograr su satisfacción, se inicia el período de cooperación que prescribe conductas e impone obligaciones. Comienza la declinación del concepto de soberanía que, progresivamente, va a ser acompañado y parcialmente reemplazado por el de **interdependencia** que legitimará la adopción de normas restrictivas del ejercicio de facultades soberanas.

3. *La cooperación coyuntural y la cooperación permanente*

El primer paso en esta segunda etapa del Derecho Internacional es el de la **coordinación** de las actividades estatales relativas a la consecución de un determinado fin común; la forma originaria reviste modalidades de cooperación puntual o coyuntural. Ante una circunstancia de interés común, los Estados coordinan sus conductas para la obtención de un fin compartido. El logro de la coordinación requiere que sean regladas conductas positivas y negativas.

Las acciones comunes implican comportamientos destinados a programar y ejecutar, y son requeridas para la prestación de servicios, v. gr.: comunicaciones, salud, etc.

Las conductas negativas se traducen en el establecimiento de obligaciones de abstenerse del ejercicio de facultades estatales reconocidas que, en vistas al interés común, resultan incompatibles con el ejercicio de iguales derechos por los restantes Estados; se refieren a la utilización de recursos comunes que imponen restricciones a su uso, en los espacios nacionales, para no perjudicar igual derecho del co-soberano.

El instrumento de regulación internacional, en esta etapa, es el acuerdo de los interesados mediante la celebración de Tratados internacionales.

El siguiente paso en el proceso, exigido por la realidad, se da cuando se advierte que ciertas necesidades son de carácter permanente y su satisfacción no puede ser lograda mediante acciones puntuales; se exige el establecimiento de mecanismos de cooperación que, prolongándose en el tiempo, permitan el establecimiento de condiciones estructurales para la programación, administración y ejecución, con autonomía de los Estados, de las actividades requeridas.

4. *Surgimiento de las Organizaciones Internacionales de cooperación intergubernamental*

La necesidad de organizar en forma permanente la cooperación, esto es lograr su institucionalización, hace indispensable la creación de entidades distintas a los Estados con estructura propia y diferenciada, iniciándose de tal manera el proceso destinado a la configuración de las actuales Organizaciones Internacionales¹². La realidad ha determinado la aparición de nuevos entes que participarán en las relaciones internacionales, cuya naturaleza difiere de la de los Estados, incorporándose como nuevos actores y,

12. Desde otro enfoque se puede señalar el inicio de la cooperación internacional en áreas específicas como el punto de partida en el proceso de organización de la comunidad internacional. El primer paso fue organizar la prestación de servicios y el uso de los recursos compartidos, es decir un sector de las relaciones interestatales, para paulatina y progresivamente, incorporar nuevos ámbitos de relaciones e intereses para llegar a

por ello, como sujetos del ordenamiento jurídico internacional a cuyas normas se encuentran sometidos¹³.

Las primeras Organizaciones Internacionales resultan, básicamente, una extensión de los poderes soberanos de los Estados ya que, pese a su entidad propia y diferenciada, su capacidad y posibilidad de acción se encuentran su-peditadas en forma directa e inmediata a los Estados que la crean e integran.

Sus estructuras orgánicas y funcionales se basan en la dependencia ya que son los Estados quienes disponen la composición de los órganos, determinan los asuntos a considerar y resolver, adoptan las decisiones y son los responsables de su ejecución. La supervivencia de las Organizaciones se encuentra vinculada a la permanencia de la comunidad de intereses de sus miembros (los Estados) y la voluntad de uno de ellos es suficiente para impedir la actividad de la institución.

Se trata de las Organizaciones Intergubernamentales, cuya fundamental función es la de ser instrumento de cooperación mediante la coordinación de intereses y programación de actividades comunes.

5. *De la cooperación administrativa a la cooperación política*

La creciente complejidad de las relaciones internacionales, su expansión a la totalidad de los ámbitos del quehacer de los Estados, la incorporación como objeto de regulación jurídica internacional de los derechos humanos, de los del desarrollo y la solidaridad, la necesidad cada vez mas imperiosa de la preservación de la Paz como requisito esencial de supervivencia universal y, la modificación sustancial de las dimensiones espaciales y temporales determinan la necesidad de perfeccionar los medios de cooperación que, de puntual

la organización y regulación común de la universalidad de los vínculos de los integrantes de la comunidad internacional, incluso los asuntos internos en cuanto trascienden a la áreas de interés común.

13. La Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva "Reparación de perjuicios sufridos al servicio de la O.N.U. de fecha 11/04/1949 (C.I.J. *Recueil des Arrêts*, 1949) reconoce a la organización internacional personalidad jurídica internacional objetiva, es decir independientemente de la voluntad de los Estados o cualquier otro sujeto internacional. SAVID-BAS, Luis Ignacio en *Jurisprudencia y Derecho Internacional Público*. HE Editora. Córdoba, 1991.

evoluciona a permanente, de voluntaria a necesaria motivando y justificando la incorporación de los temas políticos de interés universal como objetivo de las Organizaciones Internacionales. De tal forma, las Organizaciones Internacionales, hasta entonces de carácter administrativo, se transforman en entes dotados de competencias para considerar y proponer medidas de política general internacional e interna, cuya adopción corresponde inicialmente a sus miembros, los Estados. Las Organizaciones Internacionales se transforman en portavoces y representantes del interés de la comunidad internacional e indican conductas y establecen reglas de valor jurídico universal¹⁴.

6. *La organización de la comunidad internacional. Las Organizaciones Universales*

La comunidad internacional, en lo esencial se compone de Estados y Organizaciones Internacionales; coexisten con ellos entidades de origen histórico que sobreviven por la general aceptación de sus fines humanitarios como lo son las Ordenes Soberanas y otras aceptadas por razones pragmáticas.

Desde Westfalia en adelante muchas y trascendentes han sido las transformaciones operadas en el "hombre", en su percepción de los valores; en los Estados, en su configuración política, en sus necesidades y en los medios idóneos para satisfacerlas; en la "comunidad internacional", en su composición, en la naturaleza y forma de las relaciones de sus miembros arribándose a la percepción de una comunidad esencial de aspiraciones que determina la necesidad de lograr una organización capaz de resguardar los valores comunes fundamentales. La mutación de la realidad social requiere la adecuación del Derecho Internacional a las nuevas circunstancias y la adaptación de sus instrumentos, las instituciones jurídicas. La universalización de la problemática internacional, producida la radical transformación de las dimensiones espaciales y temporales¹⁵ impide el aislamiento, como política individual, ya que cualquier acontecimiento repercute necesariamente en los sujetos, aún cuando sean aparentemente ajenos al mismo. Ninguna decisión, ninguna acción de importancia puede considerar-

14. La Legislación Internacional como nueva fuente del Derecho Internacional Público.

15. Ver II.5.

se exenta de efectos en el ámbito internacional y ello conduce a la atención, por los integrantes de la comunidad internacional, de todo asunto susceptible de afectar intereses generales; la Doctrina, la Legislación Internacional (nueva fuente del Derecho Internacional a la que se ha citado precedentemente) se preocuparon por estos nuevos temas dando nacimiento a los denominados Derecho Social, Derecho del Desarrollo, Derecho Económico Internacional, Derecho Penal Internacional, Derecho del Medio Ambiente, fijando los básicos jurídicos reconocidos como esenciales a la persona humana; se elaboran conceptos de contenido jurídico, como el de "patrimonio común de la Humanidad", "lecho y subsuelo marino fuera de la jurisdicción de los Estados", "delito y crimen internacional", "Mar Patrimonial" entre otros, y se afectan instituciones, intangibles hasta entonces, como las del "dominio reservado", la "jurisdicción interna o doméstica", las competencias relativas a la "legislación y jurisdicción en materia de ilícitos o actos dañosos" y otros cuya enumeración no es materia del presente, baste solo la efectuada a título ejemplificativo.

La comunidad internacional necesita de una estructura universal capacitada para afrontar los desafíos de la realidad emergente iniciándose el proceso de organización legal de la comunidad internacional.

Los efectos de las nuevas circunstancias se manifiestan con claridad en la **humanización y Universalización del Derecho Internacional**¹⁶.

La necesidad de normas jurídicas de alcance universal determina la de la creación de un ente capacitado para defender los principios y, establecer pautas de conducta comunes, dotado de poder suficiente para resguardar dichos principios y reglas, es así que surge la organización internacional general que, desde otro punto de vista, es considerada como un paso en el proceso de organización de la comunidad internacional¹⁷.

16. La universalización del Derecho Internacional puede ser acreditada cuantitativamente mediante el análisis comparativo de la composición de la ONU en el momento de su creación (51 Estados Miembros) y en la actualidad (sólo africanos, 56 Estados Miembros).

17. VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*. Aguilar. Madrid, 1982. En su obra habla de la "Comunidad Internacional organizada" al referirse a la Organización de las Naciones Unidas 6ª Edición, Parte Tercera.

7. *El surgimiento de nuevas estructuras políticas.*
La supranacionalidad

Hasta ahora se ha pasado revista a los periodos en que la evolución subjetiva de la comunidad internacional ha estado regida, inicialmente por el principio de la **autosuficiencia soberana**, luego por el de la **interdependencia** en el que, las necesidades individuales de cada sujeto se encuentran condicionadas por la exigencia de vincularse derivada de la escasez de los recursos propios o por la naturaleza común del bien pretendido que hace menester la colaboración mediante la coordinación de recursos y acciones. La cooperación es, en un comienzo, puntual, transitoria y se lleva a cabo mediante asociaciones simples y temporarias para evolucionar hacia formas orgánicas y permanentes.

Las estructuras orgánicas de cooperación resultan de la exigencia de eficiencia en las acciones tendientes a lograr la satisfacción de los requerimientos comunes y de la complejidad de las materias en que se da la cooperación intersubjetiva determina su permanencia.

La eficiencia de los instrumentos de cooperación internacional, en el caso, de las organizaciones internacionales, deriva de su adecuación a la realidad y es ese imperativo de adaptación el que impone la necesidad de encontrar formas más apropiadas. Las formas de asociación se ajustan a la realidad de los sujetos en ella involucrados y al no ser, tal realidad, estática las estructuras asociativas se modifican adecuándose al nuevo paisaje social. En lo relativo al objeto de análisis, dichas transformaciones derivan, no solo de las cambiantes circunstancias, sino también de la intensidad de la exigencia de cooperar.

En una realidad particular y en un momento histórico dado, la última mitad del Siglo XX, surge una nueva modalidad de las formas de cooperación que pretende la preservación del principio de **soberanía** al mismo tiempo que se intenta configurar una estructura institucional **única**. El objetivo perseguido es la unión de Estados, resguardando la igualdad de los mismos en la nueva entidad, a tal objeto se elabora un nuevo concepto, el de la **supranacionalidad**, dando nacimiento a las organizaciones internacionales supranacionales. El nuevo concepto es, según se ha expresado,

fundamentalmente empírico ya que surge de una realidad internacional en la que se pretende constituir una estructura de cooperación en la que el interés común de los cooperantes prevalezca sobre el particular de cada uno de ellos.

La razón de la creación de organizaciones internacionales es, en definitiva, la percepción por la comunidad internacional de la existencia de valores comunes, superiores a los intereses particulares, que es imprescindible amparar para asegurar la supervivencia y el progreso de la comunidad¹⁸.

La viabilidad de las organizaciones supranacionales, su supervivencia, se encuentra vinculada a la posibilidad de la separación permanente de la titularidad de los derechos por una parte, de la potestad de su ejercicio, por la otra.

El último paso en la evolución de las formas de cooperación es el que se da con la creación de estos instrumentos institucionales que constituyen las organizaciones internacionales supranacionales que, como en el caso de las organizaciones intergubernamentales, revisten el carácter de sujetos del Derecho Internacional.

III. OTROS ENTES DOTADOS DE SUBJETIVIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL

La cuestión de la subjetividad jurídica internacional no queda concluida con el estudio de la evolución de la realidad internacional que se ha expuesto, ya que la misma se ha limitado a los sujetos Estados y a las estructuras subjetivas creadas como instrumentos de cooperación interestatal. En los párrafos precedentes se han hecho referencias a otros entes que gozan de subjetividad internacional, ello es demostrativo de una realidad de mayor complejidad que la descripta. El comentario de esa parcialidad de la realidad subjetiva internacional es el contenido del título.

Corresponde señalar que, de la observación de la realidad y el estudio de las elaboraciones de la doctrina, se advierten criterios diferentes para el

18. En este estadio de la evolución de la comunidad internacional aparece un concepto que trata de definir una nueva realidad subjetiva, la Humanidad, a la que se hará referencia más adelante.

reconocimiento del carácter de sujetos a entes distintos de los Estados. Por una parte es posible, aceptar que a ciertas entidades se les ha reconocido la personalidad jurídica internacional por disponer de los factores del Estado o de algunos de ellos. Entre estos entes, que podríamos denominar paraestatales por su semejanza elemental a los Estados, se encuentran las Organizaciones Internacionales, las Ordenes Soberanas, la Comunidad Beligerante y los Pueblos. Otras entidades, también reconocidas como sujetos no tienen similitud esencial alguna con los Estados, entre ellas la persona humana y la Humanidad.

Es asimismo, característico del ordenamiento jurídico internacional su conformación en un ámbito universal y la coexistencia, con él, de ordenamientos particulares, dicho carácter es también útil para el reconocimiento de otros entes con personalidad jurídica aceptada; las empresas públicas y privadas.

Se considera necesario, aunque parezca reiterativo, destacar que todas las entidades a las que se hace referencia en este estudio, resultan de la realidad social internacional y que la percepción y controversia acerca de su personalidad jurídica internacional demuestran los cambios que se están operando, continuamente, en dicha realidad social.

1. *Los sujetos paraestatales.*

Se ha expresado que a ciertos entes se les ha reconocido el carácter de personas jurídicas internacionales por disponer de todos o algunos de los elementos constitutivos del Estado. Dicha afirmación es acreditable mediante el análisis estructural de los mismos.

a. *Las organizaciones internacionales.* En el estudio precedente de la evolución de la comunidad y el Derecho Internacional, desde el punto de vista de los sujetos, se ha hecho referencia a estas entidades, indicando que resultan de un imperativo de la realidad social internacional y son creaciones de los Estados, de naturaleza instrumental ya que están funcionalmente adaptadas a la consecución de determinados fines de interés de los Estados que las constituyen. Es así que el carácter originario de las Organizaciones Internacionales es el ser emanaciones de la vo-

luntad estatal la que las configura institucionalmente, establece sus objetivos y determina los ámbitos de vigencia de sus órganos.

La semejanza elemental con los Estados deriva de:

- a.1. La existencia de una estructura orgánica propia ordenada en base a principios de jerarquía, subordinación y funcionalidad en la que se da la división de competencias y facultades acordes con el cometido impuesto a cada órgano. El acto fundacional (Tratado) dispone sobre los órganos, su composición y atribuciones y fija los procedimientos para conformar su voluntad dentro de los límites preestablecidos. La personalidad diferenciada de este ente no es objeto de discusión;
- a.2. Finalidades destinadas a lograr la satisfacción de los intereses comunes de los Estados que las crean e integran; un bien común superior al bien particular de cada uno de los sujetos componentes. Si bien las competencias de las Organizaciones Internacionales están destinadas a la obtención de fines específicos disponen, además de facultades para ejecutar los mandatos constitutivos adoptando decisiones obligatorias y, en muchas de ellas, para elaborar normas de valor jurídico. No existe contradicción acerca de sus competencias para regular las relaciones de sus integrantes en las materias relativas a su objeto;
- a.3. Los efectos de los actos tienen vigencia en ámbitos predeterminados, sean estos de índole material, espacial o personal. Materialmente al establecerse las competencias substanciales de la organización sean estas, amplias o restringidas; el ámbito espacial se encuentra limitado a los fijados en el acto constitutivo y no puede exceder de los sometidos a los Estados integrantes y personalmente, en general a los Estados, aún cuando en las modernas organizaciones supranacionales, las potestades de la entidad pueden ejercerse, en forma directa, sobre los súbditos de estos ¹⁹.
- b. *Órdenes soberanas*. Constituyen un resabio de situaciones históricas a las que se ha hecho referencia. Su reconocimiento como sujetos del or-

19. La Unión Europea dispone de facultades normativas con efecto directo sobre los ciudadanos y entidades privadas sometidas a los Estados miembros además del control jurisdiccional sobre la interpretación y aplicación de las mismas.

denamiento jurídico internacional, inicialmente encontró fundamento en que disponían de los elementos caracterizantes de los Estados, esto es: organización y ejercicio efectivo de la soberanía sobre ámbitos espaciales y personales.

En la actualidad su situación ha variado ya que, el elemento territorial ha desaparecido, subsisten en cuanto existe un reconocimiento internacional de la necesidad del cumplimiento de sus fines.

Respecto al objeto de este trabajo, se considera suficiente señalar que su personalidad jurídica deriva de la posesión de los elementos señalados, no obstante a ello que en el presente, no dispongan de uno de ellos, el elemento territorial como ya se ha expresado.

- c. *Comunidad beligerante.* La subjetividad de las comunidades beligerantes reviste caracteres propios y particulares ya que se trata de un caso en el que la personalidad internacional es limitada y transitoria. El reconocimiento de dicha personalidad jurídica tiene por sustento, al igual que en los casos anteriormente analizados, la semejanza de la entidad, en cuanto a los elementos que la componen, con los Estados. En efecto, en ella se distinguen:
- c.1. La existencia de una situación de insurgencia, es decir la presencia de grupos sublevados contra el gobierno establecido que operan dentro de ámbito territorial del Estado y que pretenden la transformación del mismo, el cambio del gobierno constituido o, al menos, la modificación de las políticas, por él, sustentadas;
 - c.2. Una estructura organizada, de hecho, que ejerce poder efectivo sobre un ámbito espacial determinado;
 - c.3. Un grupo humano que se encuentra sometido a la autoridad "de facto", cuyas directivas y órdenes acata;
 - c.4. Es requisito exigido la aceptación y sometimiento, por la facción rebelde, a las normas de Derecho Internacional en cuanto a la organización de sus fuerzas armadas, a las hostilidades y las relaciones con los terceros Estados y otros sujetos internacionales;
 - c.5. La prolongación en el tiempo de la situación de conflicto planteada es necesaria a los efectos de que los terceros Estados consideren necesario adoptar una posición al respecto.

Es esencial para que se den las circunstancias requeridas para la conformación de la entidad "comunidad beligerante" la trascendencia del conflicto a otros Estados. Dicha situación se plantea cuando la autoridad rebelde realiza actos con efectos internacionales. Producida la insurrección, los restantes integrantes de la comunidad internacional deben abstenerse de realizar actos que importen su intervención en la situación ya que, inicialmente, la misma constituye un asunto interno de Estado afectado; sin embargo reunidos los elementos señalados en los apartados precedentes, se presenta la necesidad de prever los efectos de los actos de beligerancia, tanto del gobierno constituido como de los insurrectos, lo que puede conducir a los terceros reconocer a éstos un "status" jurídico internacional a los efectos de la aplicación del Derecho Internacional a las situaciones que se originen y a sus consecuencias.

Resultados del reconocimiento internacional de la beligerancia son: 1) La transformación de un conflicto interno en un Estado en "guerra civil internacional"; 2) La aceptación de la subjetividad internacional restringida a la Comunidad beligerante; 3) La caracterización como neutrales, en relación al conflicto, de los terceros Estados. 4) La aplicación a las relaciones entre el ente reconocido y los Estados de las normas del Derecho Internacional;

La transitoriedad de la subjetividad de la Comunidad beligerante deriva de la naturaleza temporaria de las hostilidades ya que, definida la situación, se restablecerá el orden subvertido o se constituirá una nueva situación de carácter estable.

La personalidad jurídica internacional del ente se fundamenta, como se ha expuesto, en la disponibilidad temporaria de los elementos indicados ya que, por tal circunstancia adquiere el rango internacional que la justifica.

d. Los Pueblos. La consideración de la eventual subjetividad internacional de la entidad Pueblo constituye uno de los puntos de controversia doctrinaria en la actualidad. La situación de indefinición sobre dicha cuestión tiene su fundamento en la subsistencia de las posturas tradicionales sobre la cuestión básica de la personería jurídica internacional y en la actuación de la comunidad internacional. Se sostiene que las Resoluciones adoptadas en el seno de las Naciones Unidas sobre el tema consisten, en lo esencial, en declaraciones de naturaleza política sin un sus-

tancial contenido jurídico²⁰. Por otra parte parece necesario destacar dos circunstancias que intervienen para dificultar la dilucidación del problema; en primer lugar el aparente (o real) resurgimiento de la denominada Escuela de las Nacionalidades o Italiana del siglo XIX y también el carácter temporal o transitorio de tal entidad, conforme resulta de los actos internacionales a ella referidos²¹.

El análisis se efectuará, esencialmente, desde un enfoque jurídico considerando los actos iusinternacionales realizados, atinentes a la cuestión; ello no obsta al estudio elemental del ente Pueblo que implica referencias sociológicas y políticas.

En lo referido a la determinación del contenido del término, se tropieza con dificultades provenientes de la existencia de concepciones encontradas, por convencimiento y razón práctica se adopta la síntesis ecléctica²² agrupando los elementos objetivos (geográficos, raciales y culturales) y subjetivos (conciencia y voluntad). Se sostiene tal criterio ya que, en la realidad, es imposible encontrar voluntad de convivencia que no se sustente en elementos objetivos, externos al sujeto, que la motivan y condicionan, v. gr.: identidad de asiento físico territorial, comunidad cultural, tradiciones y presente, aspiración de futuro compartido. En consecuencia se considera como Pueblo, en la acepción resultante de los actos jurídicos internacionales al grupo humano integrado sobre la base de una común estructura étnica y lingüística, cultura propia y diferenciada, conciencia de identidad y voluntad colectiva de unión y supervivencia. El estudio de los textos internacionales vigentes avala la posición sostenida ya que los mismos se refieren a la entidad social señalada a la que reconoce un ingrediente de naturaleza política adicional; la aspiración a constituirse libremente, no desplazando del ejercicio del poder estatal existente a quienes lo detentan

20. MIAJA DE LA MUELA, A. "Problemática permanente y realidades actuales acerca de la personalidad en Derecho Internacional". *Anales*. Universidad La Laguna, 1966. Cita de RUILOBA SANTANA, E. *Op. cit.*

21. Carta ONU. Art. 1° inc. 2 y Art. 55°. Resolución 1514 (XV), 14.12.1960. Resolución 2625 (XXV), 24.10.1970, entre otros.

22. Escuela Italiana: Mazzini, G.; Giraud, E.; Kohn, H.; Calogeropoulos; Guilhaudis, J.F.; Moreno, A.

(caso de la Comunidad beligerante) sino logrando el reconocimiento de su derecho a determinarse libremente adoptando la organización que estimen adecuada a sus aspiraciones²³.

Sobre su temporalidad, la Carta de las Naciones Unidas en su art. 1º inc. 2º establece como propósito fundamental de la Organización "la libre determinación de los pueblos"; la Resolución 1514 (XV), en su art. 1º se refiere a "1. La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras...", en el siguiente expresa que "2. Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural." Las Resoluciones 1541 (XV) del 15.12.1960 y la 2625 (XXV) hablan de "...territorio no autónomo..." y de "...colonia u otro territorio no autónomo..."; en ambas oportunidades, el término territorio reemplaza el de pueblo pues quien tiene la capacidad para organizarse alcanzando "...la plenitud del gobierno propio", para constituirse como Estado o para asociarse o integrarse a un Estado existente, es un pueblo, no un territorio.

Al Pueblo, en el concepto dado, es al que el ordenamiento jurídico internacional le reconoce su derecho a autodeterminarse libremente.

¿Cuál es el contenido del derecho reconocido de **autodeterminarse libremente**?

Autodeterminarse se debe entender como determinar u optar, sin injerencias externas, acerca del porvenir a que se aspira. La determinación implica una opción entre alternativas posibles. El derecho internacional determina dichas alternativas en la citada Resolución 1541 (XV) cuando enumera la posibilidades, ya mencionadas, de constituirse en Estado o asociarse o integrarse en un Estado existente. El acto de determinación, una vez que se haga efectivo determina la extinción del ente **Pueblo**.

23. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J. *Lecciones de Derecho Internacional Público*. Tecnos. Madrid, 1991. Reconoce la subjetividad internacional de los Pueblos pero establece una distinción entre éstos y las estructuras políticas que reclaman su representación, estableciendo una cierta asimilación con las comunidades beligerantes.

Consecuencia de lo expuesto es la nota de temporalidad o transitoriedad que se advierte, por ello es lícito concluir que dicho ente, en cuanto sujeto internacional, es por esencia temporal.

El carácter paraestatal adjudicado al ente Pueblo se fundamenta en:

- d.1. El ente Pueblo, al que el ordenamiento jurídico internacional reconoce el derecho de libre autodeterminación, existe para el ejercicio de tal derecho. La consecuencia de ello es su transformación en un nuevo Estado o su incorporación a uno, cualquiera que sea la naturaleza o forma de tal integración.
- d.2. Durante el período de su existencia, se basa en un elemento esencial, el grupo humano cohesionado por elementos objetivos y subjetivos²⁴. En tal carácter cuenta del elemento humano, puede eventualmente disponer del elemento físico territorial (Casos de dominación colonial).
- d.3. Es habitual que todo Pueblo que lucha por el ejercicio del derecho a su libre determinación cuente con una estructura orgánica de conducción que fija las políticas, establece las reglas y dispone las acciones que estima pertinentes para el logro del objetivo común. Constituye el elemento institucional de la entidad.

El concepto de Pueblo, con el contenido que se le ha dado, no es aplicable a las situaciones producidas por la acción de Estados coloniales, encaminadas a la sustitución de las poblaciones originales por súbditos propios, con la finalidad de lograr el reconocimiento de éstos de las pretensiones metropolitanas.

2. *Nuevas entidades que operan en la comunidad internacional.*

Además de las personas jurídicas internacionales ya citadas, la observación de la situación vigente nos plantea la cuestión relativa a la existencia de otros entes que son destinatarios de normas del ordenamiento jurídico internacional que, de conformidad al concepto adoptado, revisten la calidad de sujetos del Derecho Internacional.

24. III. 1. d) precedente.

- a. *La persona humana.* A partir del surgimiento del Derecho Internacional y en razón de las circunstancias que provocan su aparición, el Estado era el sujeto de dicho ordenamiento jurídico, se ha visto como, en virtud de las transformaciones de la realidad social regida por dicha normativa, paulatinamente se incorporan nuevos entes, como personas jurídicas internacionales²⁵, tal es el caso de la organizaciones de Estados. En virtud de esa configuración de la comunidad y el Derecho internacional, se entendía que uno de sus caracteres era el la "mediatización del hombre"²⁶. Es decir que la persona humana, como tal, no era sujeto del ordenamiento jurídico internacional, las reglas de éste se dirigían a los Estados y, cuando concernían a la persona humana, indirectamente a ellas, a través de los Estados. Los documentos internacionales²⁷ y la doctrina mayoritaria, hasta hace relativamente poco tiempo, consideraron a la persona humana como "objeto" del Derecho Internacional, objeto de especial preocupación, objeto a proteger. Sin embargo, aún antes del nacimiento del Derecho Internacional existieron situaciones en las que el hombre actuaba al margen de la autoridad y de las regulaciones nacionales y, conforme a los principios sustentados en la época —que se extiende hasta el siglo XVIII—, de la normatividad internacional pese a no tratarse de Estados²⁸.

El desarrollo de cada vez más frecuentes, intensas y permanentes relaciones entre los Estados además de la percepción de ciertas conductas asumidas por estos en relación a los extranjeros y la persona humana en general, facilitó la creación de normas reguladoras de dichas conductas en cuanto se referían a los individuos reconociéndoseles, fuera de los ordenamientos jurídicos estatales, determinados derechos y elaborándose reglas

25. Las teorías voluntaristas sostienen aún, la subjetividad exclusiva de los Estados.

26. En cuanto a cuáles son los sujetos del derecho, la Escuela Sociológica sostiene la subjetividad exclusiva de la persona humana en cuanto último destinatario de toda norma.

27. Numerosos Tratados internacionales, v. gr.: Carta de la OEA, Art. 9º; Declaraciones de Institutos Internacionales, IDI..., etc.

28. El comentario se refiere a la Piratería y, como en el caso de otras entidades, da pie a la elaboración doctrinaria relativa a la existencia de un "Tercer ordenamiento legal". Barberts, J.

protectoras de los mismos, hasta llegar a aceptar que disponían de una relativa capacidad procesal para reclamar internacionalmente, en caso de violaciones graves de sus derechos inherentes, por parte de los Estados. En cuanto a la imputación de responsabilidad, por violación de normas del Derecho Internacional, es ejemplificativo el caso del juzgamiento de los criminales de guerra.

El problema de la personalidad jurídica internacional de la persona humana se ha planteado en la legislación, jurisprudencia y doctrina y es factible citar Tratados, fallos y opiniones respetables que coinciden en aceptarla²⁹.

La situación vigente acredita que la persona humana es destinataria de normas pertenecientes al ordenamiento jurídico internacional, tanto de aquellas que importan un reconocimiento de derechos como de las que la hacen pasible de responsabilidad por violación de las mismas. Según el criterio adoptado en este trabajo sobre el contenido del concepto de sujeto, la situación señalada importa la aceptación de la personalidad jurídica internacional del hombre.

29. El Prof. HUGO LLANOS MANSILLA es quién ha realizado uno de los más exhaustivos estudios sobre el tema. La siguiente enumeración lo sigue en lo esencial. Cita: a) Tratado de Versalles, Arts. 297/304, relativos a los Tribunales Mixtos de Arbitraje que admitían reclamos de particulares por "reparación de daños" consecuencia de acciones bélicas alemanas; b) Tribunal Internacional de Presas (Convención de La Haya, 1907. Art. 4º, otorgaba Recurso de Apelación a los particulares contra las Resoluciones de los Tribunales de Presas nacionales; c) Estatuto de la Corte de Justicia Centroamericana, Art. 2º, otorga a dicho órgano judicial competencias para entender en cuestiones iniciadas por particulares contra los Gobiernos de los Estados Parte por violación de Tratados, Convenciones y demás casos en que correspondiera la aplicación del Derecho Internacional y aún en contra de la voluntad del Estado de la nacionalidad del reclamante, en caso de agotamiento de los recursos internos o denegación de justicia; d) El Tribunal Administrativo de la O.I. del Trabajo puede aceptar y resolver sobre reclamaciones de Asociaciones Obreras o Patronales nacionales en caso de que se impute incumplimiento, por los Estados, en sus respectivas jurisdicciones, de convenios por ellos ratificados; e) La Carta de las Naciones Unidas Art. 87º, facultaba al Consejo de Administración Fiduciaria a aceptar peticiones de particulares sin autoridad administradora; f) Los Tratados básicos de la actual Unión Europea reconocen derechos e imponen obligaciones, en una multiplicidad de disposiciones, a las personas humanas y morales, incluso capacidad procesal, Tratado CECA, Art. 33º; T. CEE, Art. 173º; T. CEEA, Art. 146º; g) El Acuerdo de Cartagena sobre el Tribunal de Justicia, Arts. 17º

- b. *La Humanidad*. La personalidad jurídica de la Humanidad es una de las cuestiones resultante de las transformaciones cualitativas operadas en las relaciones que se desenvuelven en el seno de la comunidad internacional. Una de las causas de ampliación subjetiva se encuentra en la necesidad de instrumentar la equitativa y solidaria protección de bienes que trascienden los intereses particulares y requieren soluciones de extensión universal; ello se encuentra enmarcado en un proceso de jerarquización de los intereses generales por sobre los de índole estatal o regional.

El Derecho Internacional ha considerado cuestiones como la referida a la naturaleza jurídica del "alta mar" y ha incorporado, progresivamente entre otras, las relativas a "los fondos marinos y oceánicos fuera de la jurisdicción de los Estados", su subsuelo y consecuentemente, el uso y la utilización de sus recursos; los "recursos naturales compartidos" y su explotación; el "medio ambiente" y su protección; el "espacio ultraterrestre, la Luna y los otros cuerpos celestes"; ha elaborado las nociones diferenciadas de "delito y crimen internacional" por lo que se trabaja en la creación de una jurisdicción penal internacional y la aplicación de normas iusinternacionales a estados e individuos; de "desarrollo sustentable", de "patrimonio de la Humanidad" reconociendo, en definitiva, que la Humanidad en su conjunto constituye una realidad ontológica comprensiva de todos los restantes sujetos, tanto cuantitativa como substancialmente. Ello por cuanto, el hombre, es el elemento esencial básico de todas las formas de asociación y estas son criaturas del hombre para la satisfacción de sus requerimientos.

y 19° admite la reclamación de nulidad de actos de la Comisión o de la Junta incoados por personas físicas y morales y lo faculta para conocer en caso de incumplimiento de derecho propio por un Estado Parte; h) La jurisprudencia de la C.P.J.I. se pronunció sobre la cuestión en el caso de la Jurisdicción de los Tribunales de Dantzig, 1928; i) Además de los antecedentes mencionados, se puede hacer referencia, entre otros a: Acuerdo de Londres de 1945 sobre criminales de guerra; Convenio Europeo de Derechos Humanos, Art. 25°; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Protocolo Anexo; Convenio de Montreal sobre Aviación Civil; Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, 1982; Convención de Jamaica sobre el Derecho del Mar, 1982, etc. Ver PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Tecnos, Madrid, 1992, pág. 212 y siguientes, analiza también casos sobre la materia.

Según Legaz y Lacambra³⁰, la Humanidad es reconocida, concretamente, como sujeto internacional a partir del Tratado sobre los Principios que deben regir la actividad de los Estados en la utilización y explotación del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes (enero 27 de 1967).

La naturaleza subjetiva de la Humanidad difiere de la de los restantes entes dotados de personalidad jurídica internacional y de ello y de la ambigüedad del término resultan, como lo expresa el autor citado, las dificultades técnico jurídicas para considerarla como sujeto del Derecho. Conforme lo expresa dicho jurista, sujeto de Derecho es, no solo quien está sujeto por el Derecho —en virtud de una multiplicidad de diversas ataduras o vínculos reglados jurídicamente— porque, según lo expresa, "...sólo puede estar sujeto por el Derecho quien es, previamente, sujeto del Derecho." La transcripción precedente avala lo sostenido acerca de la noción de sujeto a la que hemos adherido ya que la expresión "sujeto del Derecho" expresa la titularidad, por el ente del que se trate, de derechos reconocidos o conferidos por el ordenamiento jurídico. Estar sujeto al Derecho y ser sujeto del Derecho no son antítesis sino distintas dimensiones de la estructura del ente como *ser en el Derecho*. No es aceptable, en consecuencia, la objeción que se efectúa a la subjetividad internacional de la Humanidad, al imputarle la carencia de formas de representación³¹ y de acción ya que, la insuficiencia que presenta el ordenamiento jurídico para adecuarse a una realidad vigente no es argumento válido ni convincente ante una decisión expresa y ecuménica de la comunidad internacional.

El concepto de Humanidad no es uniforme, encontrándose una diversidad de nociones resultante de la amplitud del concepto y, en el campo del

30. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis *La Humanidad sujeto de Derecho*; Íd. *Filosofía del Derecho* Bosch. Barcelona. 1961

31. Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la luna y otros cuerpos celestes, 1967. Arts. 1 y 5. Convención sobre Derecho del Mar. Jamaica. 1982. Arts. 136, 137 en particular el inc. 2º que reconoce la titularidad de derechos por la Humanidad sobre todos los recursos de la Zona y el carácter de representante de la misma de la Autoridad, la que goza por ello de personalidad y capacidad jurídica, inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad (arts. 176/183), 140, 143, 149.

Derecho, por la reciente incorporación del término al léxico jurídico; Legaz y Lacambra³² lo diferencia de los Estados y de la comunidad de Naciones, funda su naturaleza en la cooperación internacional efectiva y la acción solidaria. Jenks³³ habla de comunidad mundial organizada y Aldo Cocca³⁴ dice de este ente "que desborda al Estado y a la comunidad internacional misma", que ha obtenido el reconocimiento universal, más allá de toda otra realidad o norma elaborada hasta el presente por la comunidad internacional constituyendo un sujeto de derechos de carácter permanente y capacidad jurídica plena en relación al ejercicio de sus derechos reconocidos.

El reconocimiento, aún controvertido, de la subjetividad jurídica de la Humanidad, marca, sin dudas, la profundidad de las transformaciones del Derecho Internacional al señalar, su evolución, a partir de un Derecho delimitador de competencias interestatales a uno, cuya finalidad es propender al establecimiento de un orden legal universal, adecuándose a la realidad presente del ser humano, de sus intereses y de sus formas de organización.

Los nuevos conceptos que, intentando definir una nueva realidad, irrumpen en el campo del Derecho Internacional, tales como los de *universalización* y *globalización*, se traducen en las crecientes competencias de la organización internacional ante un largo listado de cuestiones de interés común, no de los Estados o, al menos, no solo de ellos, entre los que es posible citar las alteraciones de las dimensiones de tiempo y espacio —en virtud del desarrollo tecnológico—, la necesidad de control de la producción

32. LEGAZ Y LACAMBRA, L. Ob. cit.

33. JENKS, C.W. *El Derecho Común de la Humanidad*. Londres.

34. COCCA, Aldo Armando. *Consolidación del Derecho Espacial*. Buenos Aires.

— "Los derechos de la Humanidad en el sistema jurídico internacional". *Anuario HispanoLusoAmericano de Derecho Internacional* IX. 1991

— Las luces y las sombras del Derecho Internacional. *Anuario...* XII. 1995.

IHLADI. VIº Congreso. Buenos Aires. 1969

— Carácter de la misión de los cosmonautas ante la incorporación de la luna al patrimonio común de la Humanidad. Ponencia del Dr. Aldo A. Cocca.

AADI. Xº Congreso Ordinario. Buenos Aires. 1989.

— Declaración de Buenos Aires sobre las XII Tablas de los Derechos de la Humanidad. En base a la ponencia del Dr. Aldo A. Cocca.

y uso de la energía atómica, de los satélites, de la teleinformática; el eventual agotamiento de los recursos naturales, su contaminación, el deterioro del medio ambiente, el tráfico de drogas, etcétera, constituyen hitos que destacan las modificaciones de la realidad y los esfuerzos para lograr la adecuación de la normativa jurídica internacional. El orden internacional está en pleno proceso de reacomodamiento y consecuente, el ordenamiento jurídico que lo debe regir. Todo ello afecta la esencia misma del Derecho regulador de los intereses comunes, hasta el hoy, Derecho Internacional.

IV. CONCLUSIONES.

1. La realidad social constituye un elemento esencial para definir un ordenamiento jurídico y la adecuación de éste determina su vigencia; esto es, la pertinencia de sus normas en relación a sus funciones y fines.

Las transformaciones de la realidad social, evolutivas y progresivas³⁵, condicionan el Derecho, y motivan y justifican los cambios que en él se operan. Dichas mudanzas abarcan los ámbitos materiales y personales sujetos a su normativa, las relaciones regidas y las instituciones jurídicas. Por ello es factible su análisis a partir del estudio de la subjetividad internacional.

Los comentarios precedentes permiten comprobar como la personería internacional ha sido reconocida o atribuida por el Derecho a diversos entes conforme surgían nuevas exigencias impuestas por las modificaciones de la realidad elemental básica y evolucionaban las relaciones intersubjetivas regidas por dicho ordenamiento. También, de dicho estudio, resulta la tendencia progresiva de las modificaciones sobrevinientes, en razón de la jerarquización del interés general, sobre los de carácter particular. Ello se evidencia por la irrupción de la "persona humana" en el campo de la subjetividad y la aparición, con connotaciones jurídicas, de la "Humanidad".

2. Corresponde asimismo, señalar la resistencia existente a la aceptación de dichas entidades en calidad de sujetos del Derecho Internacional. La oposición se funda, por lo general, en la subsistencia de concep-

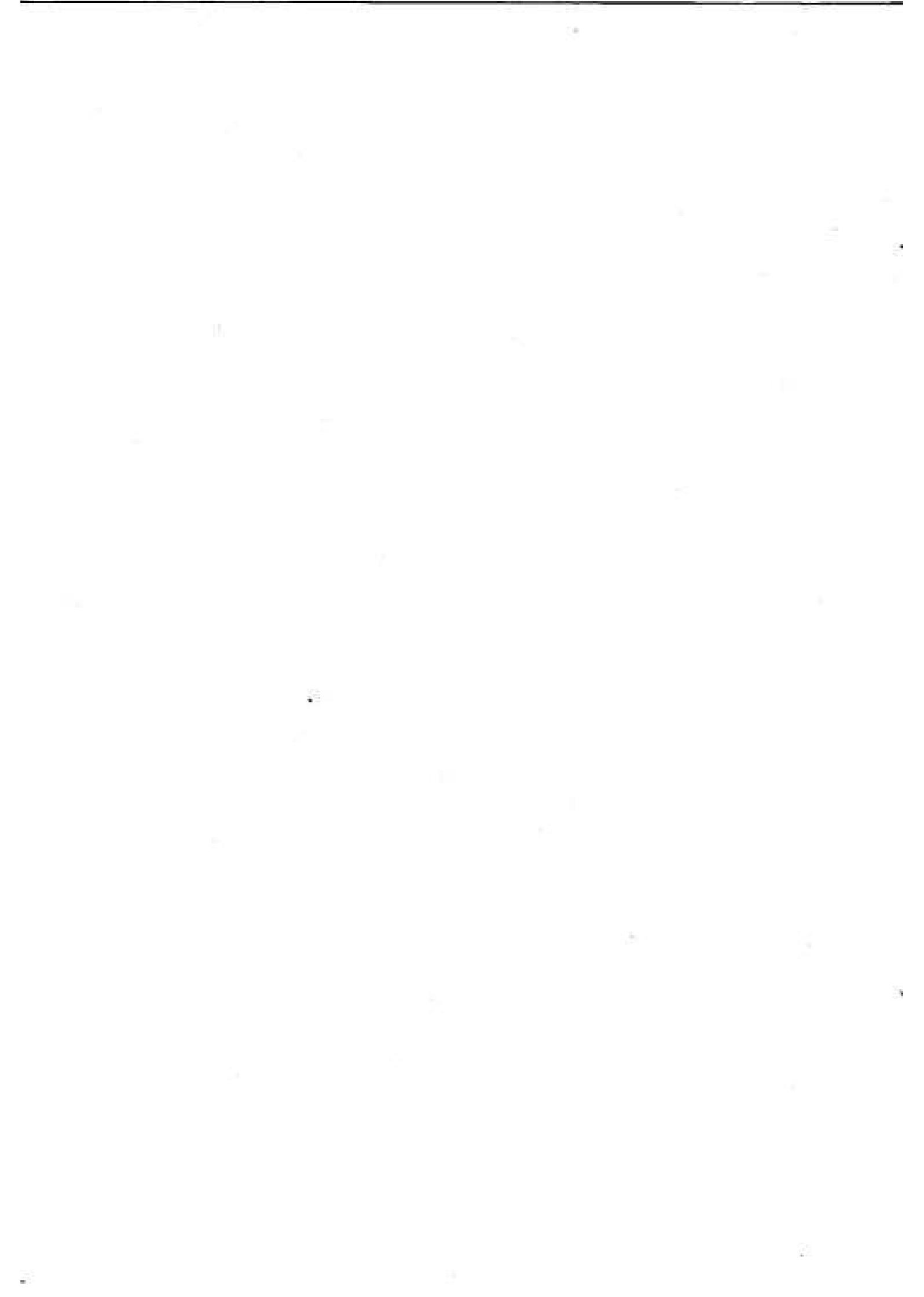
35. El término "progreso" no es utilizado como sinónimo de "evolución" sino entendiendo por tal a las transformaciones que se dan mediante la incorporación de valores a la realidad antecedente.

ciones basadas en la preeminencia subjetiva del Estado y la reacción ante el deterioro o menoscabo de su carácter soberano y de los atributos de él derivados.

La admisión de nuevas entidades como protagonistas de las relaciones, anteriormente limitadas a los Estados, implicaría una alteración en la esencia del ordenamiento jurídico y su eventual conversión en un derecho ya no de Estados o entes paraestatales, sino destinado a regir relaciones más amplias, universales y complejas y preservar bienes en beneficio de la Humanidad.

No parece posible que a lo expresado se le pueda otorgar calidad de certeza. La Historia demuestra que se modifica el sentido u orientación del quehacer del hombre y tendencias consideradas como irreversibles no lo fueron, tomando un rumbo imprevisto e impensable las acciones encaminadas a la construcción del futuro. No obstante ello, es factible sostener que la realidad del siglo XXI será la de los intentos de superar los particularismos en aras de lo universal.

Córdoba, marzo de 1996.



HORIZONTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE NUESTRO TIEMPO

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI *

SUMARIO: I. Nociones básicas. II. El Derecho y la Economía. III. La internacionalidad, la integración y la globalización. IV. El Derecho Privado, el Derecho Público y la privatización. V. El Derecho de fondo y el Derecho Procesal. VI. Derecho Internacional Privado y Derecho declarado aplicable. VII. Conclusión.

I. NOCIONES BÁSICAS

1. Aunque los horizontes significan delimitaciones también indican perspectivas, lo que se encuentra más allá si se continúa el camino. Los horizontes son relativamente dinámicos, y difieren de las fronteras, que tienen un carácter más estático. Los horizontes suelen corresponder a fronteras, pero éstas son siempre peligrosas, porque si bien pueden iluminar también pueden aislar. Reconocer los horizontes de algo es significativo porque no sólo hay que saber lo que algo es de manera *directa*, sino por vía *indirecta*, a través de lo que *no es*. Es importante reconocer que las diversas realidades suelen tener relaciones "dialécticas" de "complementariedad" y de "contradicción", de modo que para comprender a una de ellas es relevante saber cómo se desenvuelve su vinculación dialéctica con las demás. En nuestro caso, si bien es significativo reconocer directamente lo que el Derecho Internacional Privado es¹, también es relevante averiguar in-

* Profesor titular ordinario de Derecho Internacional Privado y Director del Centro de Estudios Comunitarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1. Es posible v. nuestro artículo "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en *Jurisprudencia Argentina*, 1994-I, págs. 878 y ss. También pueden tenerse en cuenta nuestros *Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979 y *El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico*, Rosario, 1965.

directamente lo que es por los sentidos que lo diferencian de lo que no es y lo vinculan de manera dialéctica con otras realidades.

2. El tiempo actual, llamado a menudo de la "postmodernidad", se caracteriza por la ruptura de muchas de las fronteras de la "modernidad"². El estallido de la primera bomba atómica en Hiroshima, el 6 de agosto de 1945, significó la ruptura de la barrera material del átomo y la constatación del empleo de una nueva fuente de energía. Quizás ese suceso pueda ser tomado como el límite que marca el comienzo de una nueva edad de la historia. En las décadas que siguieron desde entonces han estallado otras fronteras: la frontera del **espacio**, sea por el desarrollo de los viajes supersónicos y las comunicaciones satelitales o por el despliegue de los viajes extraterrestres; la frontera de la **información**, por el desenvolvimiento de la informática y, hoy, la frontera de la **vida**, a través de la genética que permite eliminar o construir las características de los individuos y las especies. La **economía capitalista** ha avanzado en su expansión por el mundo, y suele decirse con acierto que al desarrollarse la actividad empresarial donde convenga a cada empresa, sin tener en cuenta los países, más que de "made in" corresponde ahora hablar de "made by". Los lugares pierden su importancia como determinantes de la circunstancia. El inglés, lengua de gran sentido práctico, ha roto los límites idiomáticos, instalándose como *vía de expresión* mundial. En este marco histórico están, asimismo, en crisis las fronteras tradicionales del **Derecho** en general y del **Derecho Internacional Privado** en especial.

3. A fin de investigar las perspectivas que acabamos de señalar, conviene recorrer los diversos sentidos que indica la propia expresión compleja "Derecho Internacional Privado" estudiando: a) Las relaciones del Derecho con la Economía; b) Las vinculaciones de la internacionalidad, la integración y la globalización; c) La diferencia entre lo privado y lo público, d) La relación entre el Derecho de fondo y el Derecho Procesal y e) La vinculación entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho declarado aplicable.

2. Puede v. nuestro artículo "Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad", en *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 19, págs. 9 y ss.

II. EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

4. Por su constitución tridimensional, integrada por realidad social, normas y valores, el mundo jurídico tiene tres horizontes: uno sociológico, otro lógico y el tercero filosófico (axiológico)³. Sin embargo, por lo menos en la actualidad, el horizonte tridimensional más próximo al Derecho es la Economía.

La conciencia acerca de las importantes relaciones entre el Derecho y la economía es muy antigua. Basta recordar, por ejemplo, que Aristóteles enseñó, con descollante lucidez, que si las lanzaderas tejieran y las púas tocaran el arpa por sí mismas los maestros artistas no necesitarían ayudantes ni los señores necesitarían esclavos⁴. Aunque Carlos Marx no acertó, por lo menos hasta ahora, en las predicciones acerca de que el capitalismo generaría las condiciones de su propia negación, y no se ha mostrado que la economía sea la última determinante de la historia, dejó también un mensaje digno de muy alta consideración.

Las realidades de la economía favorecen o perjudican la vida y, en consecuencia, se integran en las "potencias" y las "impotencias" de los repartos, que son adjudicaciones provenientes de la conducta de seres humanos determinables, y de las distribuciones, adjudicaciones surgidas de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar. Además, las realidades económicas pueden constituir *límites necesarios* para los repartos. Es imposible comprender los repartos y las distribuciones sin comprender economía. En la economía se juegan, asimismo, las posibilidades de que las normas sean *exactas*, o sea que se cumplan.

La satisfacción del supremo valor jurídico, que es la justicia, ha de atender a la economía y a su valor **utilidad**, porque el hombre necesita siempre de éste para personalizarse. Sin embargo, la justicia debe agregar los ingre-

3. En general, acerca de la teoría trilateral del mundo jurídico, pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción filosófica al Derecho*, 6ª. ed., 5ª reimp., Bs.As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Derecho y política*, Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985.

4. ARISTÓTELES, "Política", en *Obras*, trad. Francisco de P. Samaranch, Madrid, Aguilar, 1964, pág. 1416 (Libro I, Cap. 2, 1253b/1254 a).

dientes de los otros valores a nuestro alcance, por ejemplo, la salud, la verdad, la belleza, el amor, la santidad, etc. y culminar en el valor **humanidad** (el deber ser cabal de nuestro ser), valores que, más allá de toda consideración utilitaria, le corresponde resguardar.

Las relaciones entre el Derecho y la economía no son, obviamente, excluyentes. Al hilo de la exigencia de realización convivencial de esos valores el Derecho se encuentra, además, en vinculación dialéctica permanente con la ciencia, el arte, la religión, etc., por vías de complementación y de contradicción. La política jurídica junto a la política económica, la política científica, la política artística, la política religiosa, etc. son partes del mundo que debe realizar la convivencia.

5. Es evidente que la economía, siempre importante en todo el desarrollo de la cultura, es en mucho determinante profunda del mundo de la *postmodernidad*. Pese a las diversidades de superficie, sobre todo admitidas cuando son útiles, en lo más hondo nuestro tiempo impone un sentido uniforme, de cierto modo "totalitario", de utilidad. Esto significa una fuerte transformación y un riesgoso desafío para todos los otros sectores de la cultura, incluyendo al Derecho.

Uno de los factores de consolidación de la vida social es, a la par del Derecho, la religión, pero en este tiempo ambos, principalmente la religión, están debilitados y, en su lugar, el tejido social es dominado por los sentidos de la economía. En mucho, todo el resto de la cultura se disuelve y se cohesiona según lo que impone la economía.

El propio Derecho Occidental contribuyó a generar las condiciones en que la economía puede absorber muchas de sus manifestaciones más importantes. La consistencia específicamente económica del sistema capitalista parece hacer innecesarias las tendencias consolidantes del Derecho y de la religión. El Derecho no desaparece, porque siempre hay repartos captados por normas y valorados por la justicia, pero por lo menos en los repartos y en los valores que se pretenden se va identificando en mucho con la economía.

Para comprender al Derecho postmoderno en su conjunto y a cada una de sus ramas hay que apreciar que en gran medida tienden a ser pensados y resueltos en términos económicos, que sus razones son económicas e incluso con frecuencia la utilidad se impone con arrogancia a la justicia. Respondiendo en mucho a causas económicas, hoy todo el Derecho se orienta a una

recomposición según patrones de superficie de repartos autónomos y de ejemplaridad, de microordenamientos normativos, de unicidad por referencia a distintos valores, de tolerancia y de humanismo abstencionista, pero conforme a patrones profundos de mayor autoridad y de planificación no gubernamental sino empresaria, de una lógica última referida a la economía, de uniformidad utilitaria, intolerancia, intervencionismo e incluso totalitarismo.

Sin entrar a comparar los grados de correspondencia con la realidad de las reglas económicas y de la "ley natural", cabe reconocer que en este momento las reglas económicas ocupan en mucho el lugar que en el Derecho medieval tenía la "ley natural".

Si el jurista de este tiempo quiere hacer realidad su calidad de tal, repartiendo a sabiendas con justicia⁵, y si no desea ser marginado por el proceso histórico, ni resultar disuelto en la economía, ha de hacerlo teniendo una importante conciencia de la gran significación, positiva y negativa, que ella posee para la vida jurídica.

Uno de los mayores interrogantes jurídicos de estos días, válido de manera destacada para el Derecho Internacional Privado, es cómo resolver la difícil vinculación con el mundo económico.

6. Mucho de lo que el Derecho de esta época ha de ser respecto de la economía se juega en el **Derecho Internacional Privado**⁶. Todos los otros caracteres del Derecho Internacional Privado de hoy que hemos de seña-

5. V. GOLDSCHMIDT, *op. cit.*, pág. VII.

6. El Derecho guarda siempre también profundas relaciones con la técnica, que suele tomarlo como medio para su hacer. En la cultura occidental estas vinculaciones son muy estrechas, sobre todo en cuanto a impulsos de los requerimientos económicos ha ido dejando de ser una cultura de la ciencia y la técnica para hacerse cada vez más una cultura de la técnica.

Las posibilidades de la técnica, sobre todo de la ingeniería genética, pueden llegar a conmover los cimientos mismos de la juridicidad, al modificar el carácter natural básico del hombre e incluso al generar otras especies. Si el hombre llegara a convertirse en un producto del sistema tecnológico-económico las nociones fundamentales de los merecimientos en sentido amplio, relacionados con nuestras conductas y con la naturaleza, entrarían en crisis.

La vinculación básica del Derecho con la ingeniería genética puede ser tema fundamental del pensamiento jurídico del porvenir e incluso del Derecho Internacional Privado que vendrá. Si los hombres fuésemos productos de ese sistema, las diversidades internacionales perderían su significación actual.

lar en los puntos siguientes -la crisis de la internacionalidad, la privatización, la aproximación entre Derecho de fondo y proceso y la disminución de las distancias con el Derecho aplicable y entre *lex fori* y *lex causae*- se deben en mucho al imperio de la economía.

7. En países como la Argentina los obstáculos en la relación entre economía y Derecho asumen particular relieve. Por ser un país en parte feudal y en parte capitalista, la vinculación entre Derecho y economía resulta particularmente tensa, porque el carácter heterogéneo del régimen hace que a menudo el poder tienda a ser vendido y comprado, como una mercancía, y porque en principio las exigencias de justicia distan mucho de las utilitarias. El quizás inevitable y tal vez deseable avance del sistema capitalista en nuestro medio tiene un alto costo de justicia, de influencias de este valor que hay que fraccionar, en alguna medida no fácil de determinar.

La adopción de un sistema jurídico demasiado feudal y con fuerte presencia estatal puede significar un grave obstáculo para el desenvolvimiento del país, pero la adopción de un sistema jurídico demasiado capitalista puede significar un gran vacío, el vacío en el que, por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en los países con desarrollo capitalista, caen los desocupados en realidades como la nuestra.

Todo esto ha de tenerse también en cuenta en el marco de nuestro Derecho Internacional Privado que, dadas las características de la materia, es un posible puente para vincularnos con los países plenamente capitalistas, pero también para relacionarnos con los otros.

III. LA INTERNACIONALIDAD, LA INTEGRACIÓN Y LA GLOBALIZACIÓN

8. Es frecuente reconocer que la **comunidad internacional** supone **diversidad** de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. lo suficientemente complejas como para requerir una importante regulación jurídica. Los horizontes de la internacionalidad son la "*nacionalidad*" y la *universalidad*, que respectivamente responden a la menor presencia del segundo o el primer requisito.

La internacionalidad nació cuando surgieron los Estados modernos como negación del fenómeno imperial, al romperse la globalidad del Sacro

Imperio Romano Germánico y consagrarse sus regionalidades intermedias. Los Estados modernos y la internacionalidad se produjeron en gran medida a impulsos de la alianza de la burguesía con los reyes, para dominar los nacientes mercados nacionales, y del anhelo burgués de desarrollar, sin embargo, las vinculaciones con los otros Estados.

El mundo internacional se formó en Occidente y se proyectó con distintos grados de profundidad al resto del Planeta, en el que se desenvolvían distintos "sistemas jurídicos". El Derecho Comparado señalaba, en las décadas intermedias del siglo XX, la existencia del Derecho Occidental con sus dos "subsistemas", del Derecho romano-germánico o "continental" y el "common law", el Derecho soviético, el Derecho islámico, el Derecho hindú, el Derecho del Extremo Oriente y el Derecho del Africa Negra y Madagascar⁷. Durante varios siglos, entre internacionalidad, nacionalidad y universalidad hubo una expansiva dialéctica de complementación y contradicción relativamente equilibrada.

De alguna manera la internacionalidad *fracciona* el complejo personal de la humanidad e incluso las consecuencias, haciendo que unos se beneficien o se perjudiquen por los merecimientos y los "desmerecimientos" de otros, según lo indiquen las fronteras, y los fraccionamientos de la justicia, productores de seguridad, no siempre fundados. Sin embargo, la internacionalidad tiene otros despliegues de valor más nítidos y significa, por ejemplo, una manera de proteger, con criterio humanista, la unicidad de las diferentes culturas nacionales y de amparar a los gobernados contra los gobernantes, a través de la división del poder.

9. El mundo de la internacionalidad engendró el **Derecho Internacional Privado tradicional**, orientado al **respeto** al elemento extranjero a través de la **extraterritorialización** del Derecho con el que se vincula y del consiguiente empleo del *método indirecto*⁸.

7. Es posible v. por ej. nuestros "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979. También cabe tener en cuenta nuestras "Perspectivas ..." *cit.*, esp. págs. 81 y ss.

8. Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1988. También pueden tenerse en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado" (con colaboración), Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978; "Aspectos axiológicos ..." *cit.*

Ese mundo de la internacionalidad generó, no obstante, las posibilidades del crecimiento económico que lo desbordarían y conducirían a su propia negación. La relativa estabilidad internacional abría paso a realidades con más cohesión.

10. En la *postmodernidad* las diversidades culturales en cuyo marco nació el Derecho Internacional clásico se debilitan, en mucho porque la actividad económica, con la gran fuerza de los procesos de producción y de consumo, penetra en todas las áreas provocando uniformidades, aunque a veces éstas son parciales, sólo según los alcances de los intereses utilitarios.

Las culturas nacionales y los grandes sistemas jurídicos no occidentales son afectados en diversas medidas por la poderosísima presencia de las actividades económicas que en mucho originó Occidente y —pese a ciertas influencias recíprocas entre las dos vertientes occidentales— a menudo predomina el espíritu del "common law".

¹En relación con la economía occidental, cuya competencia e incitación al consumo no pudo soportar, el sistema soviético se derrumbó y otros sistemas presentan interrogantes acerca de la relación de la cultura tradicional con la economía capitalista, como el del Extremo Oriente, especialmente en Japón, o son muestras de la desestabilización y la desorientación, según sucede en el África Negra⁹.

En esta realidad, las grandes estructuras jurídicas de la modernidad, entre las que se destacaban los Estados y su comunidad internacional, son debilitadas por la superación de las fronteras y por cuestionamientos internos, v. gr., en aras de los regionalismos.

Aunque reinan las fracturas superficiales, que se expresan incluso en la unicidad de los regionalismos, en la *postmodernidad* hay una creencia profunda en la igualdad de todos los que pueden producir o consumir. La di-

9. Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho", en *Investigación y Docencia*, N° 20, págs. 107/108.

Una de las expresiones más notorias de la nueva situación es el hecho de que en uno de los países europeos que recorrieron gran parte del siglo XIX en la lucha por la unidad hoy, por razones principalmente económicas, han ganado espacio tendencias de separación de tipo federativo.

námica de la utilidad requiere cierta unicidad para que interesen los cambios y la producción, pero se apoya en la igualdad de todos los posibles protagonistas. La igualdad es, junto a la unicidad y a la comunidad, requerimiento del humanismo exigido por la justicia, mas su aporte debe ser equilibrado para que no se pierdan la unicidad y la comunidad.

Ante la nueva situación, la relación anterior entre la internacionalidad, la nacionalidad y la universalidad se rompe, generándose así otras de las grandes líneas de tensión de este tiempo. La internacionalidad ya no se complementa con la nacionalidad y la universalidad en el equilibrio tradicional y ha contribuido a generar las condiciones de su propia negación. Incluso, más que de universalidad, corresponde hablar ahora de mera **mundialidad** y de **globalización**. Hoy tenemos una internacionalidad tendiente a la globalización y en algún grado a la **parcialización**.

En esta realidad, los Estados tratan de encarar el juego de las grandes fuerzas económicas a través de su defensa, en las llamadas "leyes de aplicación inmediata", pero sobre todo de su fortalecimiento colectivo en la **integración**. Los interesados procuran atender a sus propias necesidades al hilo del ejercicio de su **autonomía material** y los Estados a menudo incluso los acompañan en sus propósitos.

II. Como consecuencia de tales realidades, junto al **Derecho Internacional Privado en sentido estricto**, se forman el **Derecho Privado de la Integración** e incluso un **Derecho Privado de alcance mundial**, que constituyen hoy el **Derecho Internacional Privado en sentido amplio**.

El **Derecho Privado de la Integración** y el **Derecho Privado Mundial** tienden a dejar de lado la referencia internacional clásica de respeto al elemento "extranjero", que es impulsado a no ser más tal. El elemento extranjero se hace a menudo "comunitario", y además todos los productores y los consumidores resultan "ciudadanos" del mundo de la economía. Hay inclinación a superar la extraterritorialidad, con sentidos de nueva "territorialidad" e incluso de "no territorialización" (en la autonomía "universal") y se abandona el método indirecto.

En la comunidad internacional menos diferenciada de nuestro tiempo las elecciones de los **Derechos** aplicables son menos puntuales, difundiéndose las referencias a los **Derechos** que estén más vinculados a los casos, ta-

les como éstos se planteen, e incluso a los Derechos cuyos objetivos de política legislativa estén más comprometidos¹⁰.

En este marco, es imprescindible resolver en qué medida se atenderá a cada uno de los tipos de Derecho que componen el Derecho Internacional Privado en sentido amplio. El Derecho Internacional Privado clásico no puede desaparecer legítimamente, porque la internacionalidad subsiste e incluye a culturas especialmente débiles y necesitadas de respeto. No es sin motivo que aparecen tendencias destinadas a marginarlo cuando las diversidades se plantean respecto de culturas que una no muy oculta soberbia considera inferiores. Sin embargo, es imprescindible que junto a ese Derecho "central" o "nuclear" e iluminadas por él se reconozcan, en la medida que lo exijan las diversas realidades, el Derecho Privado de la Integración y el Derecho Privado de alcance mundial que, como soluciones "periféricas" de ese núcleo, constituyen con él el marco del Derecho Internacional Privado en sentido amplio de nuestro tiempo.

12. La Argentina está inmersa con rasgos propios en esa realidad tensa entre internacionalidad, integración y globalización. Es una parte no homogénea del conjunto del subsistema occidental "latinoamericano", o tal vez más nítidamente "iberoamericano", de modo que sus vinculaciones con el resto de Occidente y con el resto del mundo ofrecen caracteres particulares. Por una parte se parece al Occidente desarrollado, pero también difiere en mucho de él y, por su relativa marginalidad, tiene algunos rasgos que la asemejan a otros países del que fuera "Tercer Mundo", aunque las diversidades en este caso tal vez sean más notorias. La incorporación parcial del país al sistema de producción capitalista y su creciente inclinación al consumo lo hacen en ciertos aspectos parte de la globalización.

En los últimos lustros nuestro país se ha abierto considerablemente a las relaciones externas, sobre todo con otros países de Occidente, y ahora se ha orientado con firmeza al proceso de integración del Mercosur y a otras posibilidades integradoras.

10. Cabe tener en cuenta al respecto el Código civil de Luisiana (v. *Revue critique de droit international privé*, t. 81, págs. 394 y ss.).

También respecto de nuestro Derecho Internacional Privado hay que elegir entre los distintos componentes de la "internacionalidad" amplia de estos días. La participación en los marcos de la Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado organizadas en el marco interamericano y de la Conferencia de La Haya y en la obra de Naciones Unidas, la elaboración de normas "mercosureñas" y quizás sobre todo la simpatía creciente por la autonomía de las partes para dictar sus propias reglas, son muestras de la transformación de nuestra materia en el Derecho argentino.

IV. EL DERECHO PRIVADO, EL DERECHO PÚBLICO Y LA PRIVATIZACIÓN

13. La diferenciación entre lo privado y lo público y entre el **Derecho Privado** y el **Derecho Público** ha generado largas discusiones. Pese a que las distintas posiciones suelen ser válidas en cuanto afirman rasgos de diversidad, pero no en cuanto niegan la importancia de otros, creemos que las principales diferencias entre el Derecho Privado y el Derecho Público consisten en que en lo sociológico se valen respectivamente más de repartos autónomos o autoritarios, en lo normológico tienen normatividades más negociales o institucionales y en lo dielógico corresponden a requerimientos de la *justicia particular* y la *justicia general* (que se refiere directamente al bien común). Entendemos que estos rasgos dielógicos son los últimos definitorios de la distinción, pero cabe agregar, por ejemplo, que el Derecho Privado guarda cierta afinidad mayor con el humanismo abstencionista, en tanto el Derecho Público tiene algún grado de proximidad relativa con el humanismo intervencionista (paternalista).

Lo privado y lo público y el Derecho Privado y el Derecho Público han guardado, sobre todo en Occidente, una relación no sólo de complementación sino de contradicción, expresada en la gran dinámica de nuestra historia. Occidente ha sido siempre una cultura más referida al individuo, con presencia privatista relativamente mayor. Sin embargo, esa tensión tuvo su más alto grado en la modernidad, en el tiempo en que el hombre como tal llegó a ser uno de los grandes protagonistas de la historia. Las ideas liberales, desarrolladas por la burguesía, contribuyeron, a partir del fines del si-

glo XVII, a acentuar el desarrollo de lo privado. La jerarquización del interés de los propietarios, que expuso de manera extrema Locke en Inglaterra, tuvo su consagración legislativa, con un estilo continental afrancesado, en el Código Napoleón.

La tensión perduró durante el resto de la modernidad, aunque fuera con momentos de incremento relativo de la referencia publicista, como la que se produjo en las últimas décadas de la primera mitad del siglo XX. Vale recordar, salvando las importantes distancias, que entonces se produjeron, por ejemplo, los regímenes del Eje y el "New Deal". Sin embargo, la relativa afirmación publicista, nutrida a veces de ideas de estilo hegeliano, llegó a un descalabro gigantesco al concluir la Guerra Mundial, "caliente" o "fría" que, en diversos momentos afectó a nuestro siglo.

14. En contradicción con la afirmación publicista del Estado, en la *post-modernidad* las fronteras entre lo público y lo privado y entre el Derecho Público y el Derecho Privado tienden a desdibujarse y la privatización es uno de los fenómenos más característicos.

A través de la privatizadora autonomía de las partes tienden a borrarse asimismo los límites entre lo interno y lo internacional y entre lo jurídico y lo económico. Los regímenes estatales se fraccionan en numerosos sectores que permiten hablar de la "descodificación", pero el tejido básico de la sociedad es constituido cada vez más por los acuerdos de los propios interesados. Sin embargo, privatizar no es lo mismo que el desarrollo espontáneo del Derecho Privado, y tiene riesgos mayores.

La privatización se produce en un cambio cultural desde lo público, que resulta a menudo de una recepción de un modelo extranjero, principalmente del modelo del capitalismo anglosajón, con importantes problemas generales de calificaciones, fraude a la ley, reenvío, asimilación, orden público, etc.¹¹ En la cultura anglosajona la privatización surge desde raíces más autóctonas que complementan los originarios cimientos publicistas del Derecho inglés, pero en otros marcos tiene más caracteres de injerto.

11. Es posible v. nuestros artículos "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en *Revista de Derecho Civil*, 8, págs. 73 y ss. y "Originalidad y recepción en el Derecho", en *Boletín...* cit., N° 9, págs. 33 y ss.

La privatización significa gran crisis de la planificación gubernamental, pero no excluye que en lugar de la ejemplaridad impere la planificación de las empresas. La planificación gubernamental en marcha realiza el valor previsibilidad y la ejemplaridad satisface el valor solidaridad, pero difícilmente podría sostenerse que el mundo actual no sea previsible. No es por azar que, con razón o sin ésta, ha llegado a hablarse del "fin de la historia".

Uno de los grandes interrogantes de este tiempo se refiere, sin embargo, al porvenir a partir de la privatización, pudiendo pensarse v. gr. en la estabilización definitiva de la referencia a lo privado liberado de lo público o en la generación de un nuevo Derecho Público, quizás en un Estado mundial, o tal vez, de manera desviada, en la profunda búsqueda del bien común de las empresas.

Según lo que conocemos acerca de la justicia en nuestro tiempo, es sostenible que en la postmodernidad hay una gran "vacancia" de Derecho Público y de estatalidad, pero los cauces económicos e ideológicos actuales no resultan encaminados a colmarla a breve plazo. A la luz del valor justicia, y según la exigencia última del valor humanidad, el utilitarismo de la radicalización de las privatizaciones resulta a veces infundado, más parece que no existen vías alternativas. A esto se debe en parte el frecuente recurso de los sectores marginales a diversas formas de religiosidad.

Son muchos los motivos por los que la privatización postmoderna no es el triunfo del Derecho Privado en sentido estricto, y otro consiste en que ahora se trata del avance de los intereses económicos individuales, pero no de un sujeto fuerte, como el que pensó el Derecho Privado tradicional, sino de un *sujeto débil*, que pertenece a un tiempo en que se habla del "fin del mito del sujeto consciente". Vale tener en cuenta que la radicalización del abstencionismo puede permitir una desviación "totalitaria" en sentido amplio que mediatice en sentido individualista.

15. La privatización significa una situación crítica del **Derecho Internacional Privado** que se desarrolló en la modernidad. La privatización extrema de la vida actual rompe el equilibrio tenso de los tres despliegues caracterizadores que señala la expresión "Derecho-Internacional-Privado".

Es posible reconocer una cierta dialéctica histórica que iría desde el Derecho Privado común al Derecho Internacional Privado y desde éste al Derecho Privado Internacional, llegando al Derecho Privado de la Integración y al Derecho Privado de alcance mundial. La privatización devora a la internacionalidad, impulsando a la mundialidad y la regionalidad, y arrincona al mismo Derecho, haciéndolo en mucho tributario de la economía.

Una de las expresiones importantes de la situación actual es la crisis de los puntos de conexión personales y reales más profundos, con avances de los puntos de conexión personales y reales más "superficiales", como la residencia habitual y el lugar de registración y, sobre todo, de los puntos de conexión conductistas, también en los sentidos más "superficiales", especialmente de la autonomía de las partes para elegir el Derecho aplicable. Otra manifestación de la crisis originada por la privatización es el abandono de las referencias mismas a los Derechos aplicables mediante puntos de conexión, en aras de la autonomía material, incluso de la autonomía universal.

El Derecho Internacional Privado clásico estaba pensado en relación con sujetos fuertes que se hallaban en situaciones de debilidad por la existencia de elementos extranjeros, hoy se piensa en sujetos débiles instrumentados por una economía a la que se deja en libertad.

La privatización no significa un triunfo del "Derecho Internacional Privado". Por su internacionalidad, que lo remite a los Derechos estatales, el Derecho Internacional Privado clásico puede constituir un bastión para evitar los excesos de la radical privatización.

16. Aunque en la Argentina el Derecho Privado es la parte del régimen que mejor ha funcionado, en realidad, a semejanza de lo que ocurrió con el Derecho Público, la recepción de los modelos de los países que se consideraron de vanguardia estuvo lejos de obtener los resultados pretendidos. Por muchos años la recepción del modelo constitucional norteamericano distó de provocar la formación de un régimen democrático, republicano y federal. La recepción del modelo civil francés también ha distado de provocar el desarrollo de un sistema capitalista.

La cultura argentina, como la de muchos países dependientes, está dividida en un sector autóctono, que en nuestro caso es hispánico tradicional, con caracteres relativamente comunitaristas y paternalistas, y otro de recepción, anglofrancesado, más individualista y abstencionista¹². Quizás como resultado de la presencia del sector hispánico tradicional y de la recepción no profunda del modelo anglofrancesado, nunca pudo desplegarse cabalmente el sentido del capitalismo.

Luego de años de proteccionismo estatal referido en parte al bien común la Argentina ha asumido ahora un muy destacado proceso de privatización, con grandes dificultades que, por ejemplo, evidencia el altísimo índice presente de desempleo. La voluntad privatizadora se manifiesta, v.gr., en reiteradas actitudes favorables a los instrumentos jusprivatistas internacionales para que dicho curso pueda desarrollarse. Cabe recordar, por ejemplo, que es el único país que ha ratificado la Convención de La Haya del 22 de diciembre de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías¹³.

V. EL DERECHO DE FONDO Y EL DERECHO PROCESAL

17. Otra de las fronteras tradicionales del Derecho Internacional Privado, aunque no mencionada en el nombre, era la que lo diferenciaba, como **Derecho de fondo**, del **Derecho Procesal**. La distinción entre Derecho de fondo y Derecho Procesal es particularmente significativa en Occidente y se acentuó en los últimos siglos de la evolución del Derecho continental, en mucho también a través de la afirmación de los derechos de los gobernados frente a los gobernantes. El derecho a audiencia es una de las características principales del proceso y en gran medida la modernidad se interesó por el derecho a ser escuchado.

El proceso es una de las posibles *formas* de los repartos, o sea uno de los caminos previos elegidos para arribar a ellos. Las formas, los reparti-

12. Cabe tener en cuenta nuestras "Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

13. Puede c. *Revue...* cit., t. 84, pág. 218.

dores, los beneficiarios, los objetos y las razones, son caracteres entrelazados que han de tenerse en consideración para la comprensión de los repartos.

Sin embargo, a fuerza de querer dar audiencia, el proceso se hizo formalista, lento y costoso, apartándose de los objetivos del Derecho de fondo al que debía servir. Con frecuencia la justicia respecto de los repartidores, los beneficiarios y los objetos fue sacrificada en aras de una desviada justicia de la forma. Una "justicia" ineficaz, incapaz de ser útil, en definitiva no es justicia. Menos todavía si se distancia de lo que legítimamente corresponda por el Derecho de fondo.

18. Por las desviaciones señaladas, principalmente en la *postmodernidad* el proceso ha estallado en doble sentido: con la tendencia a que las partes asuman en mayor medida la administración de justicia, por ejemplo, mediante la sustitución de los jueces por los árbitros, y con la aproximación del Derecho Procesal al Derecho de fondo, v.gr. según el paradigma del Derecho Judicial. De algún modo tiende a privatizarse la misma administración de justicia. Ha avanzado la comprensión de que la suerte del Derecho de fondo se juega de manera considerable en el proceso y se procura que éste no sea perturbador.

La complementación entre fondo y proceso llegó en la modernidad a convertirse en relativa contradicción, y ahora se procuran nuevas maneras de la complementación. Podría decirse que de la "complejidad impura" que mezclaba el fondo y el proceso se pasó a la "simplicidad pura" que acabó escindiéndolos y ahora ha de llegarse a la "complejidad pura" que los relacione sin mezclarlos, pero este equilibrio no es fácil dada la limitada capacidad de abstracción y el apresuramiento de la postmodernidad, cuando el proceso es a veces desplazado de los estrados judiciales para resolverlo apriorísticamente en los medios de comunicación masivos.

19. Esas tendencias se han producido también en el **Derecho Internacional Privado**. Las posiciones que lo escindían del Derecho de fondo han contribuido a esclarecer muchas cuestiones, como las de la calidad y la condición procesal del Derecho extranjero, pero los temas de la **jurisdicción** y del **reconocimiento** y la **ejecución** de pronunciamientos extranjeros se van haciendo partes habituales de las obras positivas y doctrinarias referidas a la

materia¹⁴; la autonomía de las partes para elegir los jueces, el arbitraje y la mediación se difunden y, en general, se va comprendiendo que es necesario contar con un **Derecho Procesal Internacional Privado**¹⁵.

20. En parte por la herencia formalista recibida de España, en la Argentina el proceso suele ser lento y frustrante. Sin embargo, el reconocimiento de la importancia del proceso en relación con el fondo y hasta cierto punto el derecho de las partes a asumir la solución de sus cuestiones ganan consideración, también en el Derecho Internacional Privado. Una muestra de esto es el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual aprobado en el ámbito del Mercosur. Sin embargo, la manipulación por ciertos medios de comunicación masiva y la mediatización electoralista de un caso reciente de pedido de colaboración internacional muestran que el proceso internacional está lejos de colocarse al nivel exigido por la realidad actual.

VI. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO APLICABLE

21. El **Derecho Internacional Privado** clásico se ubicaba a una considerable distancia del **Derecho aplicable** y también había importante diferencia entre la *lex fori* y la *lex causae*. En esos espacios, tratando de superar con los alcances más legítimos posibles las fronteras que separaban los

14. En el marco de las soluciones en tal sentido, hay que tener en cuenta, por ejemplo, la quizás ya clásica Ley Federal suiza de 1987 y la nueva Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995 (v. respectivamente *Revue...* cit., t. 77, págs. 409 y ss. y *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, 3 de junio de 1995, ley n. 218).

15. Es posible v. nuestros artículos "Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Judicial Internacional Privado", en *Doctrina Jurídica*, 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; "Nuevas reflexiones sobre Derecho Judicial Internacional Privado", en *El Derecho*, t. 48, págs. 823 y ss.; "Derecho Judicial Internacional Privado: el funcionamiento del proceso ejecutivo internacional privado", en *La Ley*, t. 155, págs. 1103 y ss.; "Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Judicial Material: la jurisdicción internacional)", en *La Ley*, t. 1975-A, págs. 1047 y ss.

Una expresión reciente de los avances de la economía, la privatización y el proceso sobre la internacionalidad es la creciente limitación de las inmunidades jurisdiccionales de los Estados (pensados cada vez más como empresas) cuando obran "iure gestionis" (v. en relación con la posición argentina la ley 24.488).

distintos Derechos, no sólo se recurría a puntos de conexión determinados de manera nítida, sino se situaban los *problemas generales* de las calificaciones, la cuestión previa, el fraude a la ley, la pluralidad de regímenes en el Derecho de referencia, el reenvío, la calidad del Derecho aplicable y el orden público¹⁶. Estos problemas se fueron descubriendo en la hora culminante del Derecho Internacional Privado clásico que corrió, en un momento de apogeo de la modernidad, entre 1849 y 1935.

Para no saltar sobre esa distancia las calificaciones debían resolverse según la "lex civilis causae", la cuestión previa debía solucionarse según la teoría de la equivalencia y había que rechazar el fraude a la ley propia y a la ley extranjera. Se debía resolver la pluralidad de regímenes según los criterios del Derecho referido, había que admitir el reenvío, se debía imitar el hecho notorio de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero y, en principio, el orden público tenía que intervenir a posteriori.

Entonces la fuerte razón moderna continental hizo grandes aportes que permiten comprender no sólo los problemas generales del Derecho Internacional Privado sino todos los contactos de respuestas jurídicas¹⁷ y enriquecer las relaciones interhumanas en general.

22. En la *postmodernidad* se cree, a veces con razón y otras sin ella, que las distancias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho aplicable y entre la *lex fori* y la *lex causae* disminuyen, porque las particularidades de superficie suelen multiplicarse pero a su vez en realidad con frecuencia se desdibujan. Las fronteras se debilitan, pues todas las identidades pierden fuerza. Por esto es que no sólo tienen menos importancia y se modifican los puntos de conexión, sino que los problemas generales se plantean con menos intensidad y reconocimiento.

16. Una de las más lúcidas comprensiones de esa problemática es la que expuso Werner Goldschmidt en la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado (c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*, Barcelona, Bosch, 1935; *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, 2ª. ed., Bs. As., Ediciones Jurídica Europa-América, esp. t. I, 1952; "Derecho ..." cit.).

17. Es posible v. nuestros "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976.

En el problema de las calificaciones ganan cierta significación la autarquía y la "lex fori"; en la cuestión previa avanza la jerarquización; la preocupación por evitar el fraude a la ley se debilita; gana espacio el interés por encontrar el Derecho más vinculado con cada caso concreto; los alcances del reenvío son a menudo limitados o negados y el orden público tiene menos que resguardar pero, con cierto sentido utilitario, también se procura la consideración del orden público extranjero¹⁸.

23. En la Argentina existe en general una sólida tradición doctrinaria y de cierto modo jurisprudencial de reconocimiento debido de las distancias entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho aplicable y entre la *lex fori* y la *lex causae*, con la consiguiente conciencia de los problemas respectivos.

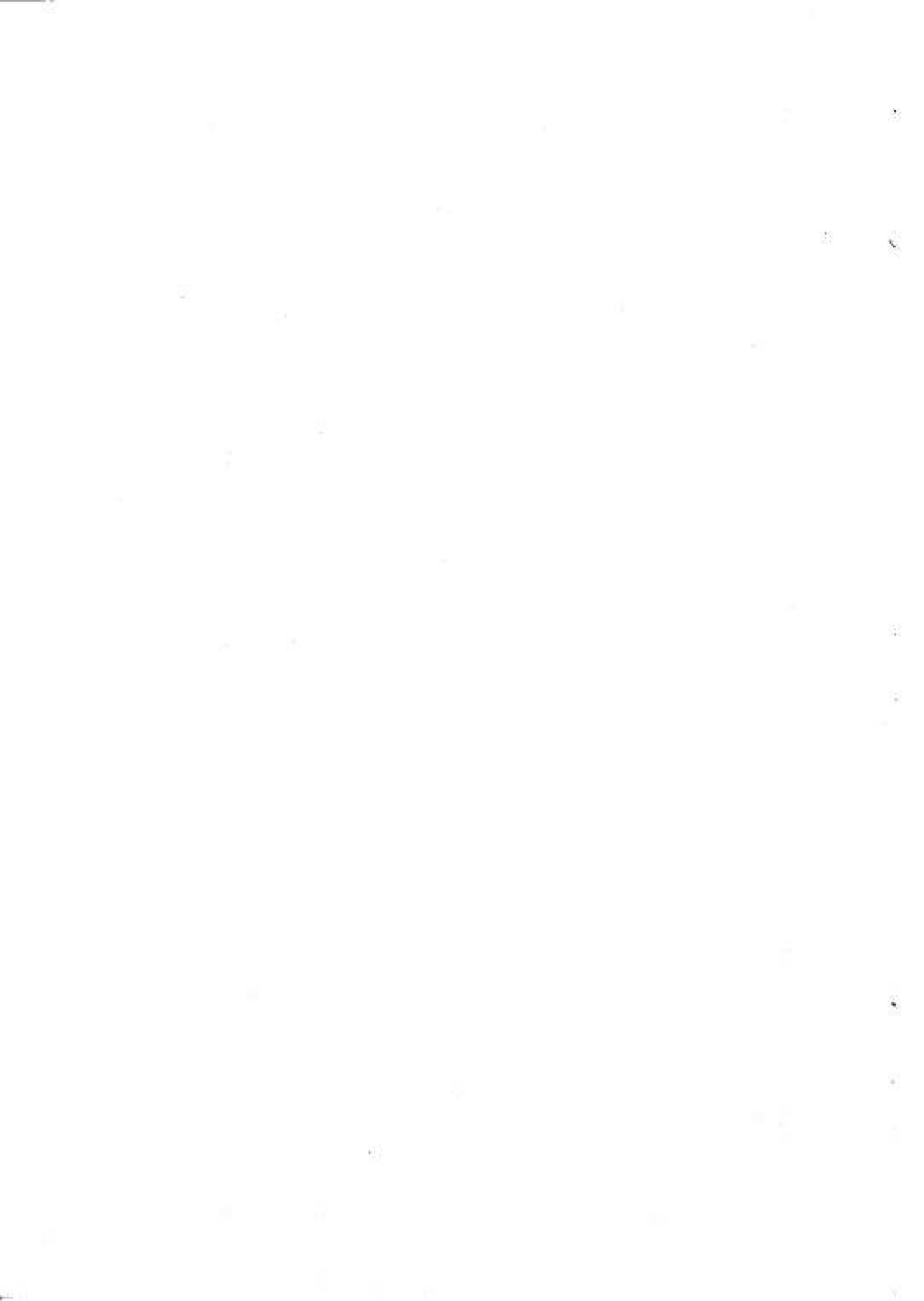
VII. CONCLUSIÓN

24. A la luz de la exigencia de justicia de respetar al hombre en su unidad, su igualdad y su participación en la comunidad es imprescindible que todo el Derecho Internacional Privado en sentido amplio se integre con despliegues económicos, globalizadores, integradores y regionales, privatizadores, procesales y de aproximación con los Derechos aplicables y entre la *lex fori* y la *lex causae*, sin *disolverse* en ninguno de ellos.

La época de la postmodernidad corresponde a una crisis de la presencia filosófica, pero para estar a la altura de sus desafíos es, quizás ahora más que nunca, necesario el desarrollo de la Filosofía, incluso respecto del Derecho Internacional Privado¹⁹.

18. En relación con la situación histórica del Derecho Internacional Privado puede v. nuestro artículo "Engarce histórico del Derecho Internacional Privado", en *Boletín... cit.*, N° 17, págs. 17 y ss.

19. Cabe recordar, por ejemplo, los aportes que en sus momentos significaron las obras de GOLDSCHMIDT, *Sistema... cit.* y BATIFFOL, Henri, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, Dalloz, 1956.



LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE
TRÁFICO INTERNACIONAL DE MENORES
APROBADA EN MÉXICO EL 18 DE MARZO 1994.

UN NUEVO PASO EN LA CODIFICACIÓN DEL
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
INTERAMERICANO DE LA MINORIDAD

EDUARDO TELLECHEA BERGMAN

SUMARIO: I. **Precisiones.** 1. Tráfico Internacional de menores; 2. Consideraciones acerca de las causales mas frecuentes del tráfico internacional de menores: a. trabajo infantil; b. prostitución y otras formas de explotación sexual; c. adopciones internacionales; 3. Los precedentes de la Convención de México. II. **Análisis de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.** II.I. Preámbulo; II.II. Capítulo I. Normas Generales: 1. Objetivos; 2. Alcance convencional y definiciones conceptuales básicas; 3. Otros ámbitos convencionales; 4. Cooperación con Estados no Parte; 5. Autoridades Centrales; 6. Confidencialidad; II.II. Capítulo II. Aspectos Penales: 1. Compromiso para la prevención y sanción del tráfico internacional de menores; 2. Medidas tendientes a la prestación de la cooperación y a la efectiva aplicación de la Convención a los aspectos penales del tráfico de menores; 3. Competencia internacional; 4. Extradición; 5. Restitución inmediata del menor; II.IV. Capítulo III. Aspectos Civiles: 1. Titularidad de las solicitudes de localización y restitución; 2. Competencia; 3. Procedimiento de restitución; 4. Localización de menores; 5. Legalización y traducción de documentos; 6. Cometidos de las Autoridades Centrales; 7. Anulación de adopciones y figuras afines; 8. Revocación de guardias o custodias; 9. Autonomía de las acciones de restitución y anulación; 10. Pago de los gastos de localización y de restitución y de daños y perjuicios; 11. Gratuidad de los procedimientos; II.V. Capítulo IV. Cláusulas Finales: 1. Reconocimiento de sentencias penales; 2. Situación de Estados con dos o más sistemas jurídicos aplicables a unidades territoriales diferentes; 3. Reconocimiento a efectos civiles de sentencia penales extranjeras de condena; 4. Posibilidad de acordar procedimientos más expeditivos entre autoridades de zonas fronterizas. III. **Conclusiones.**

I. PRECISIONES:

1. El Tráfico internacional de Menores

Se trata del objeto convencional básico, al punto de resultar epónimo del Tratado, siendo una categoría de planteo sociológico cada vez más frecuente. La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de setiembre de 1990, vigente a la fecha entre más de ciento cincuenta Estados, entre ellos, todos los latinoamericanos¹, a través de sus artículos 11 —retenciones y traslados ilícitos de niños— y 35 —venta, tráfico y trata de menores— impone a las Partes la obligación de concluir acuerdos internacionales para atender tales situaciones, reguladas al presente sólo de modo parcial por textos internacionales como las Convenciones Interamericanas de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores y de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores. Textos que en verdad únicamente prevén hipótesis originadas en traslados y retenciones internacionales de niños llevadas a cabo por familiares cercanos a los mismos, generalmente uno de los padres, con propósitos de hacerse a través de medios fácticos de la guarda de aquéllos.

El tráfico internacional de menores refiere en cambio a casos de niños que sustraídos a sus hogares y a la sociedad nacional donde tienen su residencia habitual, Estado de origen, son trasladados a otro país, Estado de destino, con ánimo de lucro o de obtención de cualquier otro beneficio, para sí o para terceros, por aquellos incursos en tales prácticas ilícitas. Situaciones, que han crecido en los últimos años y que responden según estudio de Vítit Muntarbhorn, especialista encargado por la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, a pluralidad de causas: trabajo infantil ilegal y servidumbre; explotación sexual y prostitución; adopción²; etc. En similar sentido, se pronuncian otros estudios sobre el tema, tal el de la Fede-

1. Uruguay ratificó la Convención por Ley N° 16.137 del 26 de setiembre de 1990 y depositó el Instrumento de ratificación al cumplirse el primer año de la aprobación del texto, el 20/11/1990.
2. V. MUNTARBHORN, "Venta de Niños", Documento de Naciones Unidas, E/CN/1991/51, 29/1/91, párrafo 11.

ración Abolicionista Internacional, "Informe del Grupo de Trabajo sobre Formas Contemporáneas de la Esclavitud", pág. 2.

2. Consideraciones acerca de las causas más frecuentes del tráfico internacional de menores:

a. Trabajo infantil

Informes de la Organización Internacional de Trabajo, sitúan en alrededor de ochenta y ocho millones de niños trabajando a nivel mundial entre los diez a catorce años³ y cabe recordar que en tanto estas formas de trabajo fundamentalmente se constatan en el sector informal y en explotaciones a pequeña escala y agrícolas, el número de menores trabajadores puede concluirse que sea sensiblemente mayor, habiéndose detectado diversos casos de niños originarios de un Estado trabajando en otro en calidad de mano de obra de conveniencia⁴.

Si bien a nivel de textos convencionales se ha intentado dar respuesta a la explotación laboral de la niñez, tales el convenio N° 138 de la Organización Internacional del Trabajo, O.I.T., sobre edad mínima de admisión a empleos y el artículo 32 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, que reconoce el derecho del menor, "a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud física, mental, espiritual, moral o social" y que dispone además a tales efectos: "...2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas y ad-

3. Informe del Seminario internacional acerca de la "Aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño con especial referencia a la explotación del trabajo infantil, el trabajo en régimen de servidumbre y el tráfico y la venta de niños", Siracusa, DNI, 1990, pág. 8.

4. Tal la situación planteada en 1990, cuando el Gobierno de República Dominicana anunció la adopción de medidas para prohibir el trabajo de menores de 14 años en las plantaciones de azúcar, entre los cuales había alto número de jóvenes provenientes de Haití, "Venta de Niños", Vitit Muntarbhorn, Naciones Unidas, Consejo Económico y social.

ministrativas, sociales y educacionales para asegurar la aplicación de este artículo...”, no se había atendido especialmente hasta el presente el tráfico internacional de menores como instrumento para tales prácticas ilícitas.

b. Prostitución y otras formas de explotación sexual

Importante número de menores son objeto de explotación sexual. Niños huidos de sus hogares o de instituciones, entregados por sus tenedores o que viven en la calle, practican la prostitución en forma parcial o se dedican enteramente a ella. Diversos informes señalan la existencia de un real tráfico internacional con tal propósito, a través de distintas rutas e involucrando diferentes regiones y destino⁵.

El tema de la prostitución ha sido objeto de tratamiento convencional desde principios de siglos, siendo hoy uno de los textos más importantes. “La Convención para la Represión de la Trata de Personas”, igualmente, la “Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas” de 1989, insta a la protección de los niños contra el abandono y la explotación. La Convención sobre Derechos del Niño de noviembre de 1989, atiende asimismo estas situaciones y en el art. 34 preceptúa: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexual. Con este fin los Estados Partes tomarán en particular todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: a) la incitación o la coacción para que el niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) la explotación del niño en la prostitución y otras prácticas ilegales...” No obstante ello, el tráfico internacional del niño como con causa de tal explotación hasta ahora no había sido atendido en particular.

c. Adopciones internacionales

Pluralidad de variables, tales, el incremento de los traslados internacionales de personas, la multiplicación de los conflictos armados, los de-

5. “Child Prostitution, Trafficking and Pornography, Ginebra”, DNI, 1989; Interpol, “Report of the International Symposium on Traffic in Human Beings”, Lyon, 1988.

sequilibrios de los niveles socio-económicos de los Estados⁶, aparecen como factores de especial incidencia en el actual auge de las adopciones internacionales⁷.

El comienzo del proceso de masificación de las adopciones internacionales puede situarse a fines de los años cuarenta, época de finalización de la segunda guerra mundial. En dicho período, niños abandonados provenientes de Europa Central, Italia, los Balcanes, Grecia, Japón, etc., son adoptados en Estados Unidos y Canadá; en los años cincuenta, se agrega la adopción de niños coreanos. A partir de los años sesenta el fenómeno de consolida y es en dicha época que se producen importantes cambios cualitativos, a los ya mencionados países de destino, se agregan diversos Estados de Europa occidental⁸ y los niños además de provenir de regiones azotadas por guerras, comienzan a tener origen en Estados afectados por otros flagelos no menos graves, subdesarrollo, pobreza, etc.; es en esta época, cuando empieza a adquirir importancia el volumen de adopciones de menores latinoamericanos.

La situación descripta ha determinado propuestas tendientes a evitar que las adopciones internacionales, en aumento, se desvirtúen y en vez de responder al interés superior del menor puedan ser motivo o disfraz para el tráfico de niños. El Congreso Económico y Social de Naciones Unidas por Resolución Nro. 28 del año 1979, "Adopción y Colocación de Menores en el extranjero", señala que en primer lugar se debe buscar reforzar la familia de origen por todos los medios posibles, para recién luego intentar amparar al niño a través de la adopción, primero local y sólo en última ins-

6. En América Latina y el Caribe viven actualmente 440 millones de personas, estimándose en 180 millones los individuos que viven en condiciones de pobreza, de los cuales 150 millones son niños; Programa Interamericano de Información sobre Niñez y Familia del Instituto Interamericano del Niño, PIINFA, noviembre de 1991, pág. 6.
7. Ver al respecto trabajo del autor, publicado en Revista *Infancia* del IIN, Instituto Interamericano del Niño, Número 232, Tomo 65, agosto 1993, "La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y el Moderno Derecho Internacional Privado Interamericano sobre Minoridad".
8. Según *Time* —4 de noviembre de 1991, págs. 40 y 41— cada año más de 20.000 niños salen de sus Estados de origen para continuar su vida con familias adoptantes en el extranjero.

tancia internacional. Posición compartida posteriormente por la "Declaración sobre principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional", aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 1/12/1986. Texto que ha sido en el tema directo antecedente de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, tal como esta reconoce en el Preámbulo.

La Convención sobre Derechos del Niño se ocupa expresamente de la situación, a través del enunciado de principios rectores a los que la adopción necesariamente deberá ajustarse en los Estados que reconozcan el instituto, establecimiento al respecto, art. 21⁹, tanto condiciones genéricas, válidas para todo tipo de adopción, nacional o internacional, acápites y literal a, cuanto específicas, exigibles a las internacionales b, c y d.

A nivel del Derecho continental, la Convención Interamericana de La Paz de 1984 sobre "Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores" ofrece una respuesta, perfectible, al mandato resultante del literal e del art. 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, promover acuerdos bilaterales o multilaterales en la materia.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con fecha 29 de mayo de 1993, ha aprobado la Convención sobre "Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional", cuyas soluciones en lo atinente al control de las condiciones a las que deben ajustarse los pretendientes adoptantes y al funcionamiento de las instituciones intervinientes, juzgamos sumamente útiles a efectos de evitar adopciones irregulares.

9. Convención sobre los Derechos del Niño, art. 21:... "Los Estados que reconocen y/o permiten el sistema de adopción, cuidarán de que el interés superior del niño sólo sea la consideración primordial y : a) Velarán porque la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las cuales determinarán con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y tutores, y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario; b) Reconocerán que la adopción por personas que residan en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar al niño, en el caso de que éste no pueda.

No obstante las precitadas disposiciones, también respecto de esta categoría resultaba imprescindible encarar de manera específica la eventual incidencia del tráfico internacional como factor desvirtuante de aquellas adopciones que tuvieran origen en el mismo.

3. Los Precedentes de la Convención de México.

3.1. *Antecedentes mediatos.* Están representados por los ya señalados arts. 11 y 35 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, que imponen a los Estados la obligación de adoptar acuerdos internacionales relativos a los traslados, retenciones y trata internacional de menores. Constituye asimismo precedente relevante, la Resolución adoptada por la 4ta. Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, CIDIP IV, de Montevideo, el 15 de julio de 1989, relativa a: "Solicitar a la Asamblea General (de la Organización de Estados Americanos), que con fundamento en las resoluciones aprobadas en esta Conferencia, disponga la consideración prioritaria de los temas: contratación internacional y **aspectos civiles del tráfico internacional de menores**", "Actas y documentos de la CIDIP IV", Volumen I, pág. 485. En cumplimiento de la referida solicitud, la Asamblea General de OEA, por Resolución Nro. 1024, aprobada en Sesión Plenaria el 18/11/1989, resolvió: "7. Encargar al Consejo Permanente que apruebe el proyecto de temario de la CIDIP V y disponga la consideración prioritaria de los temas "contratación internacional" y "**aspectos civiles del tráfico de menores**".

3.2. *Antecedentes inmediatos o directos.* El más relevante antecedente ha sido el Proyecto elaborado por la Reunión de Expertos sobre Tráfico de Niños, preparatoria de la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado. La reunión fue convocada por el Instituto Interamericano del Niño y auspiciada por el Gobierno de México a través del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), contándose asimismo con el apoyo técnico de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México.

El encuentro forma parte del Programa de Derecho Internacional sobre Niñez y Familia que el IIN desarrolla en el continente en estrecha vin-

culación con las Conferencia Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado - CIDIPs. En su faz técnica, la Reunión fue organizada por la Unidad de Asuntos Jurídicos del IIN.

El día 13 de octubre de 1993 en horas de la mañana, el Director General del DIF, C.p Eduardo Montaña Resa, dejó inaugurada la Reunión, haciendo también uso de la palabra en dicho acto, el Director Jurídico del DIF, Lic. Manuel Iglesias Ortiz, el Presidente en esos momentos del Comité Jurídico Interamericano, Dr. José Luis Siqueiros y el Dr. Ubaldino Calvento Solari, Jefe de Asuntos Jurídicos del IIN.

El Dr. Calvento Solari fue designado Presidente de la Reunión y el autor del presente trabajo y la Dra. Alicia Perugini, fueron encargados de la tarea de Relatoría. La mesa de la Reunión quedó integrada además del Presidente, por los Drs. José Luis Siqueiros y Adela Reta y el Lic. Manuel Iglesias Ortiz.

La Reunión elaboró sus conclusiones en base al trabajo del Plenario y de Comisiones. A efectos de facilitar las deliberaciones se integraron dos Comisiones: **Comisión sobre Aspectos Penales**, cuyo Coordinador fue el Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra y su Relator, el Dr. Hermes Navarro del Valle; y **Comisión sobre Aspectos Civiles**, que tuvo como Coordinador al Dr. Didier Opertti y a la Dra. Alicia Perugini y al autor, como Relatores.

Las conclusiones de la Reunión de Expertos, fundadas en los ya señalados trabajos de Comisión y de Plenario, estuvieron a su vez basadas en diversos documentos preparatorios aportados por los Expertos participantes ¹⁰; todo lo cual permitió acordar un Proyecto de Convención sobre Tráfico

10. La Reunión de Oaxtepec contó para sus deliberaciones con los siguientes documentos de trabajo presentados por expertos e instituciones: 1. Bases para un Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, por Marco Gerardo Monroy Cabra (Colombia); 2. Proyecto de Convención Interamericana sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción, Retención Ilegal y Tráfico de Menores, por Hermes Navarro Del Valle (Costa Rica); 3. Aspectos Penales del Tráfico de Menores y Aspectos Civiles, por Didier Opertti Badán (Uruguay); 4. Desaparición, Tráfico y Venta de Menores en el Uruguay, por Adela Reta (Uruguay); 5. Proyecto de Convención Interamericana sobre Aspectos Civiles de la Sustracción, Retención Ilícita y Tráfico Internacional de Menores, por Eduardo Tellechea Bergman (Uruguay); 6. Propuestas para una Convención Interamericana de Menores, por Pedro Pablo Miralles Sangro (España); 7. El tráfico de niños, mención especial a la adopción, documento presenta-

Internacional de Menores que se constituyó en el antecedente básico de la Convención Interamericana luego aprobada por la CIDIP V.

II. ANÁLISIS DE LA CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE TRAFICO INTERNACIONAL DE MENORES

La Convención, producto del trabajo de la Comisión II¹¹ de la 5ª Conferencia Especializada Interamericana de derecho Internacional Privado, fue aprobada en la Sesión Plenaria de Clausura de la CIDUP V, el 18 de marzo de 1994.

La Comisión II llevó a cabo sus trabajos en base a los siguientes documentos: a. "Lineamientos generales relacionados con un Proyecto de Convención Interamericana para la represión del tráfico internacional de menores", aprobado por el Comité Jurídico Interamericano, el 25 de agosto de 1993; b. "Proyecto de Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores", preparado por el Grupo de Expertos reunidos en México del 13 al 17 de octubre de 1993; c. "Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de La Haya", 1993, doc. 18/93; y d. "Relato del Grupo de Expertos sobre Tráfico Internacional de Menores". La Comisión a propuesta de la Presidencia, adoptó como documento base para sus discusiones el Proyecto elaborado en la Reunión de Expertos de Oaxtepec.

do por los expertos de Perú; 8. Exposición de Motivos y Proyecto de Convención Interamericana sobre los Aspectos Penales de la Sustracción, Retención Ilegal y Tráfico de Menores, propuesto por el Gobierno de México. Asimismo el Dr. José Luis Siqueiros, en su calidad de Presidente del Comité Jurídico Interamericano, presentó un documento sobre "Lineamientos generales relacionados con un proyecto de Convención Interamericana para la Represión del Tráfico Internacional de Menores", aprobado por el Comité en su sesión del 27 de agosto de 1993. Igualmente, el Dr. Adair Dyer, Primer Secretario, aportó a la Reunión los textos de las Convenciones sobre "Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional", firmada el 29/05/93.

11. La Comisión II fue Presidida por el Dr. Didier Opertti de Uruguay, el Dr. Peter Pfreund de Estados Unidos ocupó la Vicepresidencia y la relatoría fue asignada al Dr. Hermes del Valle de Costa Rica.

ANÁLISIS DEL TEXTO

El Tratado consta de un Preámbulo y cuatro Capítulos: Capítulo I, Normas Generales; Capítulo II, Aspectos Penales; Capítulo III, Aspectos Civiles; y Capítulo IV, Cláusulas Finales.

II.I. *Preámbulo*

Explicita la "ratio" convencional, que es asegurar la integral y eficaz protección internacional de la niñez, a través de una fluida cooperación internacional que atienda su interés superior en base a la regulación de los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de menores, teniendo en cuenta las soluciones convencionales "y en especial, lo previsto en los arts. 11 y 35¹² de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

II.II. *Capítulo I. Normas Generales*

Sus disposiciones atienden y definen conceptos básicos para el adecuado funcionamiento convencional, abarcando los artículos 1 a 6 inclusive.

1. *Objetivos, art. 1.*

La disposición tiene origen en el art. 1 del proyecto de la Reunión de Expertos y en la propuesta por el Grupo de trabajo conformado en Comisión para la elaboración del artículo¹³.

La norma precisa los fines convencionales, los que con miras a la protección de los derechos fundamentales y el interés superior del menor, consisten en la regulación de los aspectos civiles y penales del tráfico internacional de niños, enunciando a través del cual todas las Delegaciones

12. Convención sobre Derechos del Niño, art. 11. "Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero". Art. 35. "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma".

13. El grupo estuvo integrado por los Delegados de Argentina, Brasil, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela.

participantes coincidieron en dar un alcance amplio al Tratado, abarcativo tanto de los aspectos jurídicos preventivos como represivo del tráfico internacional de menores. A tales efectos, los Estados partes se obligan:

- a. *asegurar la protección del menor en consideración a su interés superior.*

La mención del "interés superior" del menor, reiteradamente aludido en el Preámbulo y en el texto convencional, refiere a un requisito básico a atender en toda cuestión planteada en relación a los mismos, expresamente consagrado por la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, art. 3.1.¹⁴

- b. *instaurar un sistema de cooperación jurídica entre los Estados Parte que posibilite la prevención y sanción del tráfico internacional de menores.*

La cooperación a nivel jurisdiccional y administrativo entre los Estados Partes y aún con Estados no Parte, art. 4, constituye el núcleo de las soluciones previstas y a tales efectos, la Convención regula, tal como luego se examinará, la designación de Autoridades Centrales, sus cometidos y su funcionamiento, artículos 5, 8, 14, 15, 16, y 17.

- c. *asegurar la pronta restitución del menor víctima de tráfico internacional al Estado de su residencia habitual.*

El objeto, directamente vinculado a aquel consagrado en el literal a, protección del interés superior del niño, es desarrollado por la Convención a través de distintas disposiciones: art. 11, que dispone que las acciones penales instauradas de conformidad al Capítulo II, no impiden a las autoridades competentes del país donde se encuentre el menor ordenar en cualquier momen-

14. Convención sobre Derechos del Niño, art. 3.1. "En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, o las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

to su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual considerando la conveniencia del niño; arts. 12 a 15, que regulan todo lo relativo a los procedimientos de localización y restitución de menores víctimas de tráfico; art. 20, que especifica que las solicitudes de localización y reintegro puedan ser interpuestas sin perjuicio de las acciones de anulación o renovación de adopciones, guardas, o custodias, originadas en el tráfico de niños.

2. Alcance convencional y definiciones conceptuales básicas, art.2.

La norma determinada el ámbito de aplicación del Tratado, disponiendo que éste se aplicará respecto de cualquier menor que tenga residencia habitual en un Estado Parte o que "se encuentre en un Estado Parte en el momento en que ocurra un acto de tráfico internacional contra dicho menor"; hipótesis esta última que dada la condición prevista en ella, permite la aplicación de las soluciones convencionales también en relación a niños con residencia habitual, centro de vida, en terceros Estados.

El artículo persigue asimismo asegurar una coherente aplicación convencional a través de definiciones directas o autárquicas de sus conceptos básicos, evitando de este modo interpretaciones disímiles de los mismos, susceptibles de frustrar un imprescindible tratamiento homogéneo del tema; estas definiciones son :

a. *Calidad de menor*

El literal a entiende como tal, "todo ser humano cuya edad sea inferior a los dieciocho años". Definición directa o material de minoridad, que mejora aquella mixta, prevista por el Proyecto de Oaxtepec, art. 2. a, que afiliándose a un criterio similar, aunque no igual, al de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, art. 1¹⁵, adicionaba a la definición directa un elemento indirecto que tornaba más compleja la definición al de-

15. Convención sobre Derechos del Niño, art. 1. "A los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad".

cir: "salvo que en virtud de la ley de su residencia habitual, haya alcanzado antes la mayoría de edad".

Se prefirió la edad de dieciocho años a efectos de marcar la finalización de la calidad de menor y en consecuencia de la aplicación de las soluciones convencionales, que aquella de dieciséis, reciba por las Convenciones de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores e Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, respectivamente arts. 2 y 4 de las mismas, en razón de la mayor gravedad de la situación atendida, tráfico internacional de menores, frente a simples traslados o retenciones protagonizados por uno de los padres del niño u otro pariente cercano a los mismos, hipótesis contempladas en cambio por los textos convencionales precedentes.

b. Tráfico internacional de menores

La definición amplía la aportada por el Proyecto de la Reunión de Expertos, que solamente atendía al traslado ilícito, para también incluir como configurantes del tráfico, la sustracción y la retención o la tentativa de todas estas conductas realizadas con propósitos o medios ilícitos, conceptos éstos últimos que también son definidos por el artículo.

Propósitos ilícitos. La norma opta por una conceptualización indicativa o abierta, señalando que los mismos incluyen "entre otros", la prostitución, la explotación sexual y la servidumbre. Razón por la que cabe concluir que otras conductas igualmente gravemente lesivas para el menor pueden ser también configurantes de propósitos ilícitos, los que se prevé puedan ser llevados a cabo tanto en el Estado de residencia habitual del niño, como en aquel donde éste se encuentre localizado.

Medios ilícitos. Se apela también en este caso a una técnica no exhaustiva, elaborándose la noción en base a enunciados indicativos, que incluyen "entre otros": el secuestro, el consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos con el fin de obtener el consentimiento de los padres o de otras personas —físicas o jurídicas— a cargo del niño, llevados a cabo tanto en el Estado de residencia del menor, cuanto en aquel donde éste se encuentre.

ESTADO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR

Se trata de un concepto no proporcionado por la Convención, pero al que la misma apela reiteradamente. Noción que se consideró innecesario precisar, cuanto tiene amplia recepción en el Derecho Internacional Privado comparado contemporáneo relativo a la protección de la minoridad, desde la Convención de La Haya de 1961 sobre "Ley aplicable y Autoridades Competentes en Materia de Protección de Menores" y refiere al país de centro de vida, es decir, de efectiva residencia del niño. La conexión residencia habitual ha sido reiteradamente utilizada por el moderno Derecho Internacional Privado interamericano a partir de las Convenciones sobre "Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores de La Paz de 1984, arts. 3 y 15 y de Montevideo de 1989 sobre "Restitución Internacional de Menores", arts. 4 y 6 y "Obligaciones Alimentarias", arts. 5 y 8¹⁶.

3. Otros ámbitos convencionales, artículo 3

Explicita que la Convención también abarcará los efectos civiles de la sustracción, traslado y retención ilícitos de menores en el ámbito internacional no contemplados por otros textos internacionales, por lo que se excluye cualquier posibilidad de acumulación de sus soluciones con las de otros textos ya existentes en la materia.

En tal sentido, cabe recordar que el Proyecto intenta regular por vez primera de manera específica el tráfico ilícito de niños, cuestión que inclusive en los aspectos civiles no era contemplada hasta el presente, cuanto que, *vr. gr.*, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989, sólo disponía al respecto en su art. 26, "La presente

16. La conexión residencia habitual también ha sido recibida por diversos convenios bilaterales concluidos por Uruguay en materia de protección del menor, así: Convenio uruguayo-argentino sobre Protección de Menores, vigente desde el 10/12/1982; Convenio uruguayo-chileno sobre Restitución Internacional de Menores, vigente desde el 14/4/1982; Convenio uruguayo-peruano sobre Restitución Internacional de Menores, vigente desde el 2/2/1989; Convenio uruguayo-peruano sobre Reclamación Internacional y Ejecución de Sentencias en Materia de Alimentos, vigente desde el 2/2/1989; y Convenio uruguayo-español sobre Conflictos de Leyes en Materia de Alimentos para Menores y

Convención no será obstáculo para que las autoridades competentes ordenen la restitución inmediata del menor cuando el traslado o retención del mismo constituya delito”.

4. Cooperación con Estados no Partes, art. 4

En cuanto el tráfico internacional de menores es hoy una preocupación universal y afecta a los más diversos Estados, la Convención recogiendo propuestas de la Delegación de Costa Rica y sugerencias del Primer Secretario de la Conferencia de La Haya, Dr. Dyer, dispone que los Estados Partes, en la medida de lo posible, “cooperarán con los Estados no Parte en la prevención y sanción del tráfico internacional de menores y en la protección y cuidado de los menores víctimas del hecho ilícito”. En tal sentido se establece la obligación para los Estados Parte de notificar a las autoridades competentes de los Estados no Parte, los casos en los que en el territorio de los primeros sea ubicado un menor víctima de tráfico internacional.

5. Autoridades Centrales, art.5

El Tratado opta por la solución recibida contemporáneamente para el diligenciamiento de la cooperación jurídica internacional, disponiendo que cada Estado miembro designe una Autoridad Central y comunique tal designación a la Secretaría General de la OEA. En caso de Estados federales o con unidades territoriales autónomas, o en el que se encuentren en vigor distintos sistemas jurídicos, se autoriza la designación de más de una Autoridad Central, especificándose el ámbito jurídico y o espacial de los cometidos de las mismas y poniendo en conocimiento de ello a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.

La actuación de Autoridades Centrales en la relación a la entre-ayuda jurídica internacional en cuestiones de traslados irregulares de menores, reconoce como antecedente directos en el ámbito continental, las regulaciones previstas por la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 7, así como a nivel mundial, lo dispuesto por la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, Capítulo II, arts. 6 y 7. En el

marco del relacionamiento jurídico argentino-uruguayo, la actuación de Autoridades Centrales ha desempeñado en la materia cometidos muy similares a los previstos en el texto en análisis y ha permitido una muy exitosa aplicación del Convenio bilateral vigente entre ambos países sobre Protección Internacional de Menores.

Así mismo el funcionamiento de Autoridades Centrales para la transmisión de la cooperación jurídica internacional de diverso grado y tipo, es hoy una realidad en entre-ayuda jurídica regional y ha permitido acelerar y simplificar significativamente la misma, eliminando el enlentecedor encadenamiento burocrático propio de los métodos de transmisión nacionales. Las convenciones Interamericanas de 1975 sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y sus respectivos Protocolos de 1979 y 1984, así como las Convenciones de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares y sobre Pruebas e Información del Derecho Extranjero, consagran y en muchos casos giran en su aplicación práctica alrededor de tales organismos ¹⁷.

6. Confidencialidad, art. 6

La disposición persigue proteger el interés superior del menor en tanto objetivo convencional básico y a tales efectos, a propuesta de la Delegación de México, se impone a los Estados Partes procurar que los procedimientos vinculados a la aplicación del Tratado que mantengan en todo momento el carácter confidencial de las actuaciones llevadas a cabo.

II.III. Capítulo II. Aspectos penales

Abarca los artículos 7 a 11 inclusive, constituyendo un conjunto de regulaciones notoriamente más completo que el acordado por la Reunión de Expertos, concertado en base al aporte y la intervención en Comisión de todas las Delegaciones, razón por la cual es dable esperar que las vacilaciones

17. Igualmente diversos Convenios bilaterales concluidos por Uruguay, funcionan en base a la actuación de Autoridades Centrales, tales aquellos vigentes con Argentina y Chile sobre Iguualdad de Trato Procesal y Exhortos, etc.

de algunos países acerca de abarcar la materia penal en la Convención, evidenciadas en el encuentro de Expertos de Oaxtepec, hayan quedado finalmente superadas.

1. Compromiso para la prevención y sanción del tráfico de los menores, art. 7

Se trata de una norma de índole programática -el Derecho Penal continúa siendo considerado como un derecho básicamente territorialista, lo que hubiera impedido una disposición de índole más conclusiva- a través de la cual los Estados Partes se comprometen a adoptar "medidas eficaces", obligación de resultado, conformes a su derecho interno, para prevenir y sancionar "severamente" el tráfico internacional de niños.

2. Medidas tendientes a la prestación de la cooperación y a la efectiva aplicación de la Convención a los aspectos penales de tráfico de menores, art. 8

De acuerdo a la línea ya transitada por el Proyecto de Oaxtepec, los Estados Partes se comprometen a:

- a. *Prestarse asistencia mutua por intermedio de sus Autoridades Centrales.* El literal atiende a la entreayuda interretática, judicial y administrativa, a brindarse en forma ágil en base a ese instrumento de auxilio jurídico internacional que son las Autoridades Centrales. La cooperación habrá de abarcar respecto al auxilio jurisdiccional tanto el diligenciamiento de pruebas en el extranjero, como la realización de actos procesales típicos al auxilio jurídico internacional clásico brindando en materia civil y mercantil, que la Convención extiende a la rama penal en lo referente al tráfico internacional de menores.
- b. *Intercambio de información en materia jurídica y administrativa.* El Literal aplica a la temática abordada por el Tratado, los procedimientos sobre información del Derecho un Estado a las autoridades de otro a través de Autoridades Centrales, ya consagrados por textos interamericanos como la Convención de 1979 sobre Prueba e Información del De-

recho Extranjero y a nivel bilateral uruguayo-argentino, por el Convenio sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero. La información prevista abarca tanto la legislación de los Estados Partes y su jurisprudencia, cuanto prácticas administrativas, estadísticas y modalidades que haya asumido el tráfico internacional en los respectivos países.

- c. *Remoción de obstáculos.* Los Estados se obligan asimismo, a superar y eliminar aquellas trabas que puedan exigir en sus respectivos ordenamientos jurídicos para la correcta aplicación del Tratado.

3. Competencia internacional, art. 9

El artículo regula la distribución de competencia penal entre los Estados Partes respecto de los delitos relativos al tráfico internacional de menores, consagrado una solución basada en jurisdicciones alternativas, en las que tendrá preferencia el Estado Parte en el que habiéndose dado una de las bases previstas atributivas de competencia, haya prevenido en el conocimiento del ilícito. Las bases atributivas de competencia internacional aparecen como razonables y otorgan jurisdicción a: a) al Estado Parte donde tuvo lugar la conducta ilícita; b) al Estado Parte de residencia habitual del menor-opciones ambas que otorgan jurisdicción a sociedades efectivamente incidida por el ilícito; c) al Estado Parte en el que se hallarse el presunto delincuente, si no fuere extraditado, criterio que busca evitar la impunidad de aquellos incursos en los delitos de tráfico de niños; y d) al Estado Parte en el que se hallarse el menor víctima del tráfico, sociedad que también presenta una lógica conexión con el caso y en la que por motivos de urgencia puede resultar imprescindible llevar adelante los procedimientos.

4. Extradición, art. 10

La norma persigue asegurar la prestación de esa modalidad básica de la cooperación penal internacional que es la extradición, disponiendo que si uno de los Estados Partes supedita la misma a la existencia de un tratado que la consagren y ese tratado no existe o si existe no contempla el tráfico internacional de menores como delito extraditable, podrá considerar la Convención como la base jurídica necesaria para otorgarla. Respecto a los países que

no sujetan el otorgamiento de la extradición a la existencia de un tratado, a efectos de eliminar toda duda al respecto, se dispone que reconocerán el tráfico internacional de menores como causal de extradición entre ellos.

5. Restitución inmediata del menor, art. 11

En tanto que el objetivo convencional fundamental es atender el interés superior del niño es víctima del tráfico internacional, se establece que el planteo de las acciones penales previstas en el Capítulo, no impide que las autoridades competentes —judiciales o administrativas, según lo establezca el ordenamiento jurídico involucrado— del Estado Parte donde el menor se encuentre, ordene en cualquier momento su restitución inmediata al Estado de su residencia habitual. Solución que guarda paralelismo con la consagrada por la Convención Interamericana de 1989 de Montevideo sobre Restitución Internacional de Menores que en cierto modo prefigura el criterio y que en referencia al procedimiento de restitución y sus condicionamientos, disponía con la misma finalidad tuitiva del menor, art. 26: "Las disposiciones anteriores que sean pertinentes no limitan el poder de la autoridad judicial o administrativa para ordenar la restitución del menor en cualquier momento".

II.IV. Capítulo III. Aspectos Civiles.

El Capítulo abarca once artículos, 12 a 22 inclusive, regulando lo relativo a las solicitudes de localización y restitución de menores víctimas de tráfico internacional, la incidencia del tráfico respecto a la validez de las adopciones, guardas o custodias originadas en el tráfico internacional y las responsabilidades patrimoniales de aquellos incursos en el ilícito del tráfico.

1. Titulares de las solicitudes de localización y restitución, art. 12

La Comisión II concluyó que correspondía agregar a la acción de restitución ya regulada en el Proyecto de Oaxtepec, la de localización, pues por lógica no existe esta última sin previa ubicación del menor.

En cuanto a la determinación de quienes serán los titulares de tales solicitudes, se mantuvo la solución indirecta recibida por el Proyecto de la Reunión de Expertos, entendiéndose adecuado confiar tal determinación al derecho del Estado más vinculado al menor, el de su residencia habitual. El texto aprobado refiere al "Derecho" y no a la "ley", como en cambio hacía el Proyecto, por haberse entendido que la expresión "Derecho" resultaba más abarcativa de la totalidad del ordenamiento jurídico competente. En consecuencia, serán titulares de la solicitud aquellos que disponga el ordenamiento del Estado de residencia habitual del niño: padres, tutores, guardadores - personas físicas o instituciones - etc.

2. Competencia, art. 13

La disposición otorga competencia internacional para conocer de las solicitudes de localización y restitución, solución opcional a elección del titular de la acción, a las autoridades judiciales o administrativas —la determinación del punto habrá de corresponder al Derecho del país elegido— del Estado Parte de residencia habitual del menor o de aquel en donde éste se encuentre o se presuma que se encuentra retenido. Jurisdicciones ambas que refieren a países con fuerte y razonable conexión con el caso. Igualmente, de existir razones de urgencia a juicio de los reclamantes, podrá plantearse la solicitud ante las autoridades del lugar de producción del hecho ilícito, que puede ser un país distinto al contemplado en las dos hipótesis anteriores.

3. Procedimiento de restitución, art. 14

El artículo reproduce en esencia, excepto en lo referente a un plazo mayor para la interposición de la acción cuando ésta fuere promovida por un Estado Parte, modificación introducida a propuesta de la Delegación de Uruguay, las soluciones convenidas en el Proyecto de Oaxtepec.

Las solicitudes de localización y de restauración serán transmitidas por medio de las Autoridades Centrales de los Estados Partes o podrán ser interpuestas directamente ante las autoridades competentes del Estado donde se presuma que se encuentra el menor.

El procedimiento restitutorio es previsto como un trámite sumario y expeditivo, en virtud del cual las autoridades requeridas dispondrán de acuerdo a su Derecho, las medidas necesarias para asegurar su cuidado o guarda provisional. Medidas tendientes a tutelar el interés superior del niño y a evitar la frustración de la restitución, debiéndose impedir el traslado del incapaz a otro Estado, ordenando a tales efectos, cierre de fronteras, etc.

Las solicitudes de localización y de restitución deberán ser interpuestas por sus titulares en un plazo de ciento veinte días de conocida la sustracción, traslado o retención ilícita del menor. Sin embargo, cuando la solicitud fuere promovida por un Estado Parte que fuere titular de la acción de acuerdo a la ley del Estado de residencia habitual del niño, art. 12, el plazo se extiende a ciento ochenta días. La ampliación del plazo obedece a que generalmente el Estado actúa en defecto de acción por los directos responsables del menor y en consecuencia, era pertinente incrementar prudentemente el tiempo para deducir el reclamo. El plazo para solicitar la restitución internacional del niño cuando fuere necesario proceder previamente a su localización, se contará recién a partir del día en que la misma fuere de conocimiento de los titulares de la acción; criterio similar al ya recibido por la Convención Interamericana de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 14.

Sin perjuicio de los plazos establecidos y en atención al interés del menor, se autoriza a que los órganos competentes del Estado Parte donde este fuere retenido, puedan ordenar en cualquier momento su reintegro aún vencidos los plazos acordados. Solución con antecedentes también en la Convención Interamericana de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, art. 14 "in fine", así como en la de La Haya sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores de 1980, art. 12.

4. Localización de menores, art. 16

La norma, con precedentes en el Proyecto de Oaxtepec, art. 12, responde en su redacción definitiva a una propuesta de las Delegaciones de Nicaragua y Uruguay, motivada en la preocupación de que las autoridades del Estado de ubicación del menor, en tanto jurisdicción mas próxima,

adopten todas las medidas necesarias para la protección del niño, incluidas aquellas de índole preventivo, que impidan su traslado indebido a otro Estado¹⁸. Las medidas adoptadas serán comunicadas por intermedio de las Autoridades Centrales a los órganos competentes del Estado de residencia habitual del menor, debiéndose adoptar por éstos las providencias necesarias para que los titulares de la acción de localización y restitución sean informados y en consecuencia puedan ejercer la misma.

5. Legalización y traducción de documentos, art. 15

El artículo responde a un proyecto presentado por las Delegaciones de Uruguay y México y exime de legalización los documentos relativos a solicitudes de localización y restitución de niños cursados vía Autoridad Central, diplomática o consular, así como entre tribunales de zonas fronterizas de los Estados Partes. Soluciones con directos precedentes en diversas Convenciones Interamericanas sobre cooperación jurídica internacional, tales las de 1975 de Panamá sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y Recepción de Pruebas en el Extranjero, respectivamente arts. 6, 7 y 13. La disposición atiende también la posibilidad de solicitudes transmitidas entre Estados con diferentes idiomas oficiales, disponiéndose que en tales casos las mismas sean acompañadas de traducción al idioma oficial del Estado Parte requerido y respecto a eventuales anexos a la solicitud, se prevé que bastará la traducción de un sumario que contenga los datos esenciales a los mismos.

6. Cometidos de las Autoridades Centrales, art. 17

Las Autoridades Centrales de los Estados Partes en lo relativo a los aspectos civiles del secuestro internacional de menores, son investidas de cometidos de mutua información similares en su contenido a los previstos en el Capítulo II respecto a los aspectos penales, a cuyo análisis nos remitimos. También se les adjudica el deber de colaborar con sus propias autoridades nacionales

18. El procedimiento de urgencia consagrado, absolutamente necesario para la mayor protección del incapaz, tiene en el ámbito continental directo antecedente en las medidas cauterales conservatorias o urgentes previstas por la Convención Interamericana de 1979 sobre Cumplimiento de Medidas Cauterales, art. 10.

competentes judiciales y administrativas, en todo lo referente al control de entrada y salida de menores al territorio del Estado al que pertenecen.

7. Anulación de adopciones y figuras afines, art. 18

En tanto las adopciones transnacionales, en aumento, pueden ser motivo de situaciones patológicas de tráfico internacional de menores - tal lo emergente del estudio de V. Muntarhorn, "Derechos del Niño - Venta de Niños" - el artículo atiende las hipótesis vinculadas a dichas adopciones fraudulentas y no, desde luego, a las legítimas, es decir aquellas realizadas al amparo de principios jurídicos básico consagrados en la materia por textos, *vt. gr.*, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, art. 21 y prevé la posibilidad de la anulación de las adopciones cuando tuvieren origen en el tráfico de niños. La anulación en tales casos se somete a la ley y a las autoridades del Estado Parte de constitución del vínculo. Autoridades y leyes que de acuerdo al Derecho Internacional Privado Interamericano vigente resultante de las Convenciones aprobadas por las CIDIPs -las Convenciones Interamericanas constituyen un todo orgánico que requiere ser interpretado armónicamente - son las del Estado de la residencia habitual del menor, Convención Interamericana de 1984 sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, artículos 3, 4, —éste especialmente en su última parte— y 15, que otorgan al país de la residencia habitual del menor la regulación prevalente en la constitución del vínculo y a sus autoridades, la calidad de exclusivamente competentes para otorgarlo. En consecuencia, las autoridades con competencia para anular la adopción en los casos de tráfico, son las mismas que poseen jurisdicción para su otorgamiento y cabe agregar que de acuerdo a la precitada Convención Interamericana de 1984, la ley aplicable a la anulación de las adopciones es precisamente la de su otorgamiento, art. 14 y que la competencia a tales efectos es adjudicada a los "jueces" de dicho Estado, art. 16.

La posibilidad de anulación alcanza igualmente a figuras afines a la adopción¹⁹, concretadas de manera igualmente fraudulenta. El interés del me-

19. La Convención Interamericana de 1984 sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, en su artículo 1ero., habla asimismo de "adopción plena, legitimación adoptiva y otras instituciones afines...".

nor "se tendrá en cuenta en todo momento" en la resolución de la acción de anulación, debiendo por consiguiente primar dicho interés por sobre cualquier otra consideración, incluidas el interés de la familia de origen o el de los adoptantes.

8. Revocación de guardias o custodias, art. 19

Las guardas o custodias fundadas en el tráfico de menores, serán susceptibles de revocación bajo las mismas condiciones que las adopciones.

Respecto al alcance de la categoría "guarda o custodia", cabe consignar que tales expresiones fueron utilizadas en el sentido dado en el Derecho Internacional Privado Interamericano por la Convención de Montevideo de 1989 sobre Restitución Internacional de Menores, que establece, art. 3: "a. El derecho de guarda o custodia comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir el lugar de residencia."

Si bien la norma aprobada somete la revocación de guardas o custodias a las mismas condiciones previstas en el artículo precedente respecto a las adopciones, a diferencia de aquel omitió determinar la legislación y las autoridades nacionales competentes respecto de la acción. Sin perjuicio del silencio similar convencional nos inclinamos por una solución similar a la estipulada en materia de adopción, consagradoria de un lógico paralelismo entre ley y autoridades de constitución de la guarda o custodia y aquellas competentes para su revocación.

9. Autonomía de las acciones de restitución y anulación, art.20

A efectos de evitar dificultades para el necesario reintegro internacional del menor al Estado de origen, se establece que la acción de restitución internacional podrá promoverse sin perjuicio de las acciones de anulación contempladas en los artículos 18 y 19. Por lo que dada una hipótesis de tráfico en la cual el niño se encuentre ilícitamente en el extranjero bajo adopción, guarda o custodia de terceros, acreditado que sea el tráfico, podrá siem-

pre requerirse su íntegro. Ello desde luego, "sin perjuicio" de tramitarse la lógica constituida en base a aquél.

10. Pago de los gastos de localización y restitución y de daños y perjuicios, art. 21

A las autoridades intervinientes en los procedimientos previstos en el Capítulo III, Aspectos Civiles, se les confiere la potestad de ordenar que el responsable del tráfico, persona física u organización, pague los gastos derivados de la localización y restitución del niño, a condición que el responsable haya sido parte en los procedimientos y en consecuencia su responsabilidad emerge de proceso en el cual haya tenido oportunidad de efectiva defensa.

Se prevé asimismo, art. 12, que los titulares de la acción o en su caso la oportunidad competente, pueden deducir acción civil para el resarcimiento de gastos, incluidos los profesionales y aquellos derivados de la localización y restitución del menor, excepto que éstos ya hubieren sido fijados en procedimiento penal o de restitución previsto en el presente Capítulo.

Los perjudicados podrán entablar, igualmente, acción civil por daños y perjuicios sufridos contra los responsables del tráfico internacional del niño.

11. Gratuidad de los responsables de los procedimientos, art. 22

En atención a la finalidad tuitiva, el interés superior del niño, perseguida en los procedimientos restitutorios, los Estados Partes se obligan a adoptar de acuerdo a su Derecho interno las medidas necesarias para lograr la gratuidad de los mismos. Solución que en materia de menores tiene importantes antecedentes en Derecho comparado, tal lo dispuesto, entre otras, por la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989, art. 23, así como por la Convención de La Haya de 1980 sobre aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, art. 26 y por los Convenios bilaterales concluidos por Uruguay con Argentina —vigente desde el 10.12.982— y con Perú —vigente desde 2.2.989— artículos 17 de ambos. Igualmente y a efectos de evitar que eventuales carencias económicas de los titulares de la solicitud puedan obstar a su efectivo planteo, los Estados se

comprometen a informar a los legítimos interesados acerca de defensorías de oficio, beneficios de pobreza y otras instancias de asistencia jurídica gratuita, conforme a sus respectivas normativas nacionales.

II.V. Capítulo IV. Cláusulas finales

Las mismas abarcan los artículos 23 a 35 de la Convención y además de contener disposiciones usuales a tales Capítulos en todas las Convenciones Interamericanas, consagran algunas soluciones de interés específico, tales:

1. Reconocimiento de sentencias penales, art. 23

Los Estados Parte pueden declarar el momento de la firma, ratificación o adhesión a la Convención o aún con posterioridad a tales actos, que reconocerán y ejecutarán las sentencias penales dictadas en otros de ellos, en lo referente a indemnización de daños y perjuicios derivados del tráfico internacional de menores. Regulación que aplica en la materia el principio acogido por la Convención Interamericana de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, que en su artículo Iro., contempla que los Estados Parte puedan declarar al momento de ratificar, que extienden las soluciones del texto "a las sentencias penales en cuanto se refieren a la indemnización de perjuicios derivados del delito".

2. Situaciones de Estados con dos o más sistemas jurídicos aplicables a unidades territoriales diferentes, art. 24 y 25

La condición especial de tales Estados, principalmente de aquellos con organización federal, ya contemplada por el examinado artículo 5 en lo que hace a la posibilidad de designar más de una Autoridad Central, es atendida en lo relativo a la determinación de la ley aplicable y las autoridades competentes. El artículo 24, norma con antecedentes, entre otros, en la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, dispone que: a) toda referencia a la ley Estado, "se entenderá

referida a la ley en la correspondiente unidad territorial"; b) toda referencia a la residencia habitual en dicho Estado, "se entenderá referida a la residencia habitual en una unidad territorial de dicho Estado"; y c) las referencias a autoridades competentes de tal Estado, se entenderán hechas a las autoridades competentes "en la correspondiente unidad territorial".

En el mismo sentido, el art. 25, plantea la posibilidad de que un Estado con dos o más unidades territoriales en las que se aplique sistemas jurídicos diferentes respecto a los temas regulados por la Convención, pueda declarar en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que el Convenio se aplicará "a todas sus unidades territoriales o sólo a una de ellas". Cláusula federal, de estilo en el derecho convencional y en especial en el sistema interamericano elaborados por las CIDIPs.

3. Reconocimiento a los efectos civiles de sentencias penales extranjeras de condena, art. 26

La norma, de carácter facultativo, autoriza a los Estados Parte mediante declaración hecha al firmar, ratificar o adherir a la Convención o aún posteriormente, a no admitir en juicios civiles que se tramiten ante sus estrados, excepción o defensa alguna que tenga por objeto demostrar la inexistencia del delito de tráfico o la no responsabilidad de una persona, cuando existía sentencia penal ejecutoriada por tal delito dictada en otro Estado Parte.

4. Posibilidad de acordar procedimientos más expeditivos entre autoridades de zonas fronterizas, art. 27

La disposición, aprobada a propuesta de México, tiene por finalidad permitir soluciones de mayor cooperación en materia de localización y restitución de menores entre las "autoridades competentes" de las zonas fronterizas de los Estados Parte. Solución que pretende contemplar las necesidades y peculiaridades de estas zonas, a cuyos efectos sus autoridades quedan habilitadas para acordar directamente entre sí tales procedimientos.

Igualmente el artículo consagra el principio, ya clásico en las Convenciones Interamericanas reguladoras de la cooperación jurídica internacio-

nal, de que las soluciones legisladas por las mismas no restringen las prácticas más favorables que entre sí pudieren observar en la materia los Estados Parte.

III. CONCLUSIONES

La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores aprobada en México el 18 de marzo de 1994 por la 5ta. Conferencia Especializada Interamericana en Derecho Internacional Privado, constituye un texto que de manera pionera a nivel mundial, regula aspectos básicos civiles y penales relativos al tráfico internacional de menores, cumpliendo de este modo a nivel americano con el ineludible mandato emergente del artículo 35 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, acerca de adoptar medidas de carácter multilateral necesarias para atender tales situaciones. Se satisface en consecuencia una realidad socio - jurídica de múltiple causalidad y de cada día más frecuente planteo. Circunstancia que torna imperiosa la pronta aprobación del Tratado por los Estados Parte del sistema interamericano, como forma de proteger más cabalmente los superiores intereses de la niñez continental.

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

Los Protocolos de Las Leñas, de Buenos Aires y de Medidas Cautelares, prevén dos etapas para solucionar las controversias que surjan entre los Estados con motivo de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en los mismos: negociaciones diplomáticas directas y la aplicación de los procedimientos previstos en el Sistema de Solución de controversias (arts. 32, 15 y 27 respectivamente). La remisión al Protocolo de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, obedece a la prórroga de vigencia que del mismo ha efectuado el Protocolo de Ouro Preto (art. 43).

Según surge de los artículos 15 y 27, sólo se contemplan las controversias entre los Estados contratantes, no obstante, al remitirse al Protocolo de Brasilia, cabe la duda si también corresponde aplicarlo en el supuesto que el reclamo lo efectúe un particular. Si la respuesta es afirmativa, en este caso considero que se ha ampliado el objeto de la controversia respecto de los particulares, ya que el Protocolo de Brasilia, como veremos a continuación, limita a los particulares a efectuar sus reclamos, únicamente, por motivo de sanción o aplicación por cualquiera de los Estados parte de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal.

PROTOCOLO DE BRASILIA

El Tratado de Asunción estableció en el numeral N 2 del Anexo III, que los Estados Parte adoptarían un sistema de solución de controversias para el período de transición. A fin de cumplir con lo dispuesto, el Grupo Ad Hoc

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. U.N. de Córdoba, Facultad de Derecho.

integrado por los cuatro países, presentó un proyecto de Protocolo al Grupo Mercado Común que, con algunas modificaciones, lo aprobó por Resolución N° 1/91, en su IV Reunión celebrada en Brasilia a principios de diciembre de 1991. El 17 de diciembre del mismo año, los presidentes de los países integrantes del Mercosur suscribieron el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, aprobado por el Consejo del Mercado Común mediante la Dec. 1/91.

El documento presentado por la delegación argentina fue tomado como base de trabajo, que a su vez tomó, entre otros antecedentes: los acuerdos bilaterales celebrados entre EE.UU. y Canadá para su zona de libre comercio, de 1988 y entre Chile y México en el marco de la ALADI, de 1991; el Protocolo de Solución de Controversias aprobado por el Primer Consejo de Ministros de la ALALC; los Mecanismos de Solución de Controversias previstos en el Tratado Antártico y el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y de Comercio. El Protocolo de Brasilia entró en vigencia el 22 de abril de 1993.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Protocolo consagra en sus treinta y seis artículos un mecanismo para solucionar las controversias. Tiene como objetivo dar una mayor eficacia al derecho internacional y asegurar que las eventuales discrepancias que surjan de la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Tratado de Asunción, de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones emanadas del Consejo y las Resoluciones aprobadas por el Grupo, no originen roces entre las partes, facilitando el acceso a las distintas instancias que el mismo acuerdo prevé (art.1).

La doctrina discute si la enumeración efectuada por la norma es taxativa o no, consideramos que no lo es, porque el derecho derivado es más flexible que el derecho originario¹ y lo demuestra el hecho que no menciona

1. LIFOVETZKY, Jaime César; LIFOVETZKY, Daniel Andrés. *MERCOSUR: Estrategias para la Integración*, Editora LTDA, Sao Paulo, Brasil, 1994, p. 247, considera que la definición del ámbito material de aplicación no es taxativa; DAVEREDE, Alberto Luis, en la publicación "El sistema de solución de controversias en el Mercosur", por el contrario, estima que la definición de este ámbito es taxativa, LL, 1992-B-1051.

entre ellas a las Directivas de la Comisión de Comercio que han sido incorporadas por el Protocolo de Ouro Preto como fuentes jurídicas del Mercosur (art. 41).

El acuerdo distingue el diferendo que pudiere plantearse entre dos o más Estados Parte, del que enfrenta a un particular con un Estado miembro, y los regula en Capítulos separados.

2. CONFLICTOS ENTRE ESTADOS

El mecanismo establecido para solucionar las controversias que surjan entre los Estados Parte se concreta en tres instancias cronológicamente sucesivas: a) negociaciones directas; b) intervención del Grupo Mercado Común y, finalmente, c) el arbitraje obligatorio.

a. *Negociaciones directas.*

La negociación directa, contemplada en el Capítulo II, no sólo es el mecanismo más accesible a las partes, sino también facilita la aceptación de sus resultados. Las tratativas no podrán exceder el plazo de quince días desde el momento que uno de los Estados plantee la controversia, sin perjuicio de que las partes acuerden un plazo distinto.

En esta etapa se impone a los Estados miembros la obligación de informar al GMC, a través de la Secretaría Administrativa, sobre las gestiones que se realicen durante las negociaciones y los resultados de las mismas.

b. *Intervención del Grupo Mercado Común*

En el supuesto de no arribar a un acuerdo, o si la solución de la controversia fuese sólo parcial, cualquiera de los Estados Parte podrá solicitar la intervención del GMC, quien evaluará la controversia escuchando a las dos partes, y si fuese necesario, requerirá el asesoramiento de expertos seleccionados de una lista preestablecida, cuyo gasto será sufragado en partes iguales por los Estados o en la proporción que el GMC determine. El recurso al grupo de expertos para contar con asesoramiento técnico se justi-

fica, porque se pretende lograr una opinión que no esté sujeta al consenso, a fin de evitar el poder de veto de cada parte².

Este procedimiento no podrá extenderse por un plazo mayor a treinta días, contados a partir de la fecha en que se sometió la controversia a la consideración del Grupo. Al finalizar el término estipulado, el GMC formulará recomendaciones que no son de acatamiento obligatorio, por cuanto no fue concebido como órgano jurisdiccional.

Es importante el rol que desempeña el GMC, ya que al ser el órgano encargado de controlar el cumplimiento del derecho originario y derivado, conoce los problemas que puede suscitar su aplicación y esta función lo habilita a conseguir un arreglo que sea aceptable para las partes interesadas. La posibilidad de aceptación se ve reforzada por el hecho de que las partes intervengan en el propio proceso en el que se revisa la cuestión. Las partes no involucradas en el diferendo podrán no sólo participar sino, eventualmente, interponer sus buenos oficios³.

Estas primeras instancias se caracterizan por ser de carácter intergubernamental, ya que son las mismas partes, primero solas, y luego asistidas por el GMC, las encargadas de solucionar sus controversias.

Con la puesta en funcionamiento de la unión aduanera, y conforme a la estructura institucional del Mercosur efectuada por el Protocolo de Ouro Preto, corresponderá a la Comisión de Comercio la consideración de los reclamos presentados por las secciones nacionales de la misma, originados en los Estados Parte o en demandas de particulares relacionadas con el procedimiento de solución de controversias establecidos en el Protocolo de Brasilia (art.21). Es decir, que se estableció esta vía intermedia antes del recurso al Protocolo de Brasilia para la solución de controversias, por lo que resulta necesario detallar su funcionamiento.

El Anexo del Protocolo de Ouro Preto denominado Procedimiento general para las reclamaciones ante la Comisión de Comercio del Mer-

2. PÉREZ OTERMIN, Jorge. "Solución de Controversias en el MERCOSUR", Ediciones del Instituto Artigas del Servicio Exterior, Ministerio de Relaciones Exteriores, Montevideo, 1992, citado por LIPOVETZKY, Jaime C.; LIPOVETZKY, Daniel A., *ob. cit.*, p. 251.

3. DAVEREDE, Alberto Luis, *art. cit.*

cosur, consta de siete artículos, en los cuales se establece el siguiente procedimiento:

El Estado Parte afectado elevará su reclamo ante la Presidencia *pro tempore* de la CCM, la cual incluirá el tema en la agenda de su primera reunión siguiente a la presentación, con un plazo mínimo de una semana de antelación. Si en dicha reunión no se adoptare una decisión, la CCM remitirá los antecedentes a un Comité Técnico, el cual deberá emitir un dictamen conjunto sobre la materia en un plazo máximo de treinta días corridos. La CCM decidirá sobre la base del dictamen conjunto o, en caso de no existir éste, sobre las conclusiones de los expertos integrantes del Comité técnico, en su primera reunión ordinaria posterior a la recepción del dictamen, pudiendo también convocar una reunión extraordinaria a tal efecto. Si en la primera reunión no existiera consenso, la CCM elevará al GMC las distintas alternativas propuestas y el dictamen conjunto o conclusiones de los expertos, a fin de que se adopte una decisión sobre la cuestión planteada. El GMC, a su turno, se expedirá en un plazo de treinta días corridos, contados a partir de la recepción, por la Presidencia *pro tempore*, de las propuestas elevadas por la CCM.

En el caso que la CCM o el GMC hayan alcanzado una resolución consensuada, el Estado Parte reclamado deberá adoptar las medidas aprobadas y proceder a su instrumentación dentro de un plazo razonable determinado de antemano por estos órganos.

El incumplimiento de la decisión adoptada en el plazo prefijado o la falta de consenso en la CCM o en el GMC, faculta al Estado reclamante a recurrir directamente al procedimiento de solución establecido en el Capítulo IV del Protocolo de Brasilia, hecho que será comunicado a la Secretaría Administrativa del Mercosur.

Dada la brevedad de los plazos establecidos, vemos que en este Protocolo se ha configurado un procedimiento intermedio expeditivo para solucionar las controversias. La instauración de este mecanismo contribuye a la pronta resolución de conflictos que pueden calificarse como "cuestiones menores" y evita, también, el trámite de recurrir a las instancias de consultas y negociación, que "normalmente lleva a una vía muerta o produce resultados tardíos para quien se ha visto afectado por una situación

como las aquí prefiguradas”⁴. Es importante tener en cuenta que en los distintos plazos que estipula el Anexo los días son corridos, de esa forma se salvaría la imprecisión que en la consideración de los mismos adolece el Protocolo de Brasilia.

c. Procedimiento Arbitral

Cuando la controversia no hubiere podido solucionarse por la negociación directa, por la intervención del GMC o se hubieren vencido los plazos prefijados, cualquiera de los Estados Parte podrá comunicar a la Secretaría Administrativa la intención de recurrir al procedimiento arbitral. Este recurso ha sido diseñado para que pueda operar de manera simple y expedita, aunque ello no impide el cumplimiento de ciertas formalidades.

TRIBUNAL ARBITRAL

Integración. Este Tribunal no es permanente, sino que debe constituirse ad hoc para cada caso planteado y su jurisdicción es reconocida como obligatoria, ipso facto y sin necesidad de acuerdo especial (arts. 8 y 9). Está integrado por tres miembros, correspondiéndole a cada Estado Parte designar un árbitro de la lista de diez juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de controversia, que cada Estado Parte eleva a la Secretaría Administrativa. El tercer árbitro, que será designado de común acuerdo y no podrá ser nacional de los Estados Parte de la controversia, es quien presidirá el Tribunal Arbitral (arts. 9, 2, i, y 10). En caso que no hubiere acuerdo entre los respectivos Estados para elegir el tercer árbitro, o se hubiesen retrasado en su designación, la Secretaría Administrativa procederá a designarlo por sorteo de una lista de dieciséis árbitros confeccionada por el GMC, e integrada por cuatro árbitros por cada país miembro del Mercosur.

Procedimiento. El Tribunal fijará en cada caso su sede en algunos de los Estados miembros y adoptará sus propias reglas de procedimiento que

4. RUA BOIERO, Rodolfo. “Después de la Cumbre de Ouro Preto y antes de la Unión Aduanera”, (Segunda Parte), *Periódico Económico Tributario*, enero 31 de 1995.

deberán garantizar los principios de defensa en juicio. Podrá dictar medidas cautelares o provisionales para evitar perjuicios irreparables a una de las partes por el mantenimiento de la situación, previéndose para el caso de incumplimiento, la posibilidad de que los Estados Parte afectados adopten medidas compensatorias.

Fuentes jurídicas. El Protocolo enuncia las fuentes del derecho que podrán ser tomadas en cuenta para fundamentar los laudos arbitrales: el Tratado de Asunción, los acuerdos celebrados en su marco jurídico, las Decisiones, las Resoluciones y los principios y las disposiciones del derecho internacional aplicables a la materia. Las partes podrán prescindir de las normas jurídicas y convenir que el conflicto se resuelva *ex aequo et bono*. Los plazos fijados para que el Tribunal se expida son muy breves, sesenta días que podrán prorrogarse por un máximo de treinta, a partir de la designación de su Presidente.

Laudo Arbitral. Los laudos del Tribunal Arbitral adoptados por mayoría son inapelables, tienen carácter obligatorio para los Estados Parte en la controversia a partir de la recepción de la respectiva notificación, y tendrán respecto de ellos efecto de cosa juzgada. La aplicación directa del laudo en el ordenamiento jurídico de los países interesados, significa que no será necesario ningún procedimiento interno para ser cumplido por el Estado perdedor⁵. Los Estados Parte sólo podrán interponer un pedido de aclaratoria sobre las disposiciones del fallo o solicitar una interpretación sobre la forma en que deberá cumplirse, dentro de los quince días posteriores a su notificación (art. 22).

Relacionado con el efecto de cosa juzgada, y frente a la posibilidad de revisar ante los tribunales nacionales un laudo emitido por un Tribunal Arbitral Internacional, cabe traer a colación el fallo del 7 de julio de 1993 dictado en la causa "Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió, que el laudo contra el cual se apelaba no podía ser revisado por el Tribunal, por consiguiente, resultaba inadmisibile cualquier recurso ante la jurisdicción argentina. Conviene destacar la trascendencia que

5. PÉREZ OTERMÍN, Jorge, art. cit., p. 97.

este pronunciamiento tiene en momentos que nuestro país se encuentra comprometido en un proceso de integración. En efecto, al afirmar la Corte que los fallos arbitrales tienen carácter definitivo e inapelable para las partes en la controversia, resulta decisivo para afianzar la credibilidad y la seguridad jurídica⁶.

Los laudos deberán ser cumplidos en el plazo de quince días de su notificación, salvo que el Tribunal fije otro plazo (art.21, 2). Los árbitros votan en secreto y se emite un laudo fundado y firmado por el presidente y los demás árbitros, sin votos en disidencia (art. 20, 2).

La falta de cumplimiento del laudo en el plazo de treinta días dará derecho a la adopción de medidas compensatorias temporarias, tales como la suspensión de concesiones u otras equivalentes tendientes a obtener su cumplimiento (art. 23). Los gastos ocasionados por el procedimiento arbitral serán sufragados en montos iguales por los Estados involucrados en la controversia (art. 24).

3. RECLAMOS DE PARTICULARES.

El Protocolo de Brasilia crea un procedimiento especial para que las personas físicas o jurídicas puedan efectuar reclamos, cuando se consideren afectadas por la sanción o aplicación por cualquiera de los Estados Parte de normas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorias o de competencia desleal, dictadas en violación del Tratado de Asunción,

6. En la causa "Fibraca Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Recurso de hecho", el Tribunal puntualizó que: "La necesaria aplicación de este artículo —27 de la Convención de Viena— impone a los órganos del Estado argentino... asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria". En consecuencia, "... no habiéndose impugnado constitucionalmente ni los tratados constitutivos de la organización intergubernamental, ni el acuerdo de sede, sólo cabe concluir que la inmunidad de jurisdicción de que goza la Comisión Mixta de Salto Grande impide la revisión del laudo por este Tribunal" (considerando quinto). DE LA GUARDIA, Ernesto. "El texto constitucional y los tratados (II)", ED, febrero 17 de 1995; LIVY, Ignacio Guillermo. "Recurso ante la Corte por una sentencia del Tribunal Arbitral internacional de Salto Grande y sus consecuencias sobre las inversiones extranjeras. Relación entre el derecho nacional y el internacional", ED, setiembre de 1993.

de los acuerdos celebrados en el marco del mismo, de las Decisiones del CMC o de las Resoluciones del GMC (art. 25).

El procedimiento establecido se desarrolla en dos etapas:

a. Intervención de la Sección Nacional del GMC.

El particular podrá efectuar el reclamo ante la Sección Nacional del GMC del Estado Parte donde tenga su residencia habitual o la sede de sus negocios (art. 26, 1).

Para las personas jurídicas se ha optado por la conexión "sede de sus negocios", diferente a la de "sede principal de la administración" receptada por el Protocolo de Buenos Aires (art. 9, b), situación que, a mi juicio, merece las siguientes observaciones:

- a) La sede principal de la administración es una conexión que está arraigada en las legislaciones internas de los Estados contratantes;
- b) Al ser mucho más precisa, posiblemente evite interpretaciones discordantes frente a casos en que sean varias sedes de negocios las que se hayan visto afectadas por las medidas;
- c) La conducta orientada a prevenir tales conflictos, estará íntimamente vinculada a la tarea de elaboración de los acuerdos internacionales. Los representantes de los países miembros deben tratar de uniformar sus criterios de modo tal, que las normas contenidas en los distintos acuerdos tengan los mismos puntos de conexión. Cuanto más se avance en esta labor, más fácil será llevar adelante la armonización legislativa y jurisprudencial. Instrumentar dicha uniformidad normativa, seguramente va a reforzar la imprescindible seguridad jurídica del Mercosur.

El particular que efectúa el reclamo, debe adjuntar la prueba que permita determinar la verosimilitud de la violación y la existencia o amenaza de un perjuicio (art. 26, 2).

La Sección Nacional que admite el reclamo, en consulta con el particular afectado, tiene dos caminos a seguir:

- 1) Entablar contactos directos con la Sección Nacional del Estado Parte cuyo acto es impugnado, a fin de buscar a través de consultas, una solución inmediata a la cuestión planteada. Si vencido el plazo de quince días

no se hubiere resuelto la cuestión o hubiera fracasado el procedimiento anterior, la Sección Nacional, a solicitud del particular afectado, podrá elevar el reclamo ante el GMC (arts. 27, a y 28).

2) La otra opción es elevar el reclamo directamente al GMC.

Como vimos anteriormente, desde la elaboración del Protocolo de Ouro Preto los reclamos de las personas físicas y jurídicas deberán canalizarse a través de las Secciones Nacionales de la Comisión de Comercio, al igual que las reclamaciones efectuadas por los Estados miembros, por lo que nos remitimos al ya explicitado procedimiento general establecido en el Anexo.

b) Intervención del Grupo Mercado Común

Cuando el GMC recibe el reclamo, en la primera reunión siguiente a su recepción, evaluará los fundamentos esgrimidos por la Sección Nacional en su análisis previo a la admisión del reclamo. Si concluyere que no están reunidos los requisitos necesarios para darle curso, lo rechazará sin más trámite. Si lo acepta, está obligado a convocar a un grupo de expertos integrado por tres miembros designados por el GMC, que deberán pronunciarse acerca de la procedencia del reclamo en un plazo improrrogable de treinta días a partir de su designación (art. 29, 1 y 2).

El Grupo podrá elegir a los expertos de una lista de 24 integrantes registrados en la Secretaría Administrativa. En el supuesto que no hubiera acuerdo sobre uno o más expertos, éstos serán elegidos por votación que realizarán los Estados miembros entre los integrantes de la lista mencionada. En este último caso, uno de los expertos designados no podrá ser nacional del Estado contra el cual se formuló el reclamo, salvo que el GMC disponga lo contrario (art. 30).

Como vemos, el examen de la procedencia del reclamo se realiza dos veces, el primero por la Sección Nacional y luego por el GMC. La doctrina ha criticado este doble control, considerando más adecuada la intervención directa del GMC para determinar si es viable o no el reclamo⁷.

El particular y el Estado acusado podrán, dentro de los 30 días que tiene el grupo de expertos, ser escuchados y presentar sus argumentacio-

7. LIPOVETZKY, Jaime C.; LIPOVETZKY, Daniel, ob. cit., p. 266.

nes (art. 29, 3). Los gastos ocasionados por la intervención del grupo de expertos serán sufragados por las partes directamente involucradas, en la proporción que determine el GMC, o en montos iguales si no hubiere acuerdo (art. 31).

El grupo de expertos elevará su dictamen al GMC y si en el mismo se verificare la procedencia del reclamo formulado en contra de un Estado Parte, cualquier otro Estado miembro podrá requerirle la adopción de medidas correctivas o la anulación de las medidas cuestionadas. Si en el plazo de quince días no prosperare el requerimiento interpuesto, el Estado Parte que lo hubiere efectuado tendrá la posibilidad de recurrir directamente al procedimiento arbitral previsto para el proceso entre Estados (art. 32). Se podría interpretar, entonces, que sólo en el caso que el Estado Parte al cual pertenece el particular afectado hace suyo el reclamo, se podría considerar que está abierta la vía arbitral⁸.

Al GMC se le confiere amplio margen de discrecionalidad, y si tenemos en cuenta que no está integrado por miembros independientes, sino que está conducido por funcionarios estatales de los Estados Parte, el proceso entre particulares no tendrá incidencia y podría provocar una situación de indefensión. De allí que sea aconsejable consagrar a favor del particular una competencia procesal activa que para ciertos remedios jurisdiccionales, le habiliten a una gestión directa y efectiva⁹.

Conforme lo establece el art. 25, tampoco existiría para los particulares la posibilidad de recurrir ante el Tribunal Arbitral cuando consideren que son las decisiones del Consejo o las resoluciones del Grupo las que precisamente han sido adoptadas en violación del Tratado de Asunción o de los acuerdos celebrados en el marco del mismo¹⁰.

8. GONZÁLEZ, Florencia, "Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del Mercosur y la CEE", *Revista de Integración Latinoamericana*, diciembre de 1992, p. 35.

9. MORELLO, Augusto M.; OTEIZA, Eduardo. "El sistema de solución de controversias del Mercosur", *El Mercosur. Aspectos Institucionales y Económicos*, Librería Editora Platense, S.R.L., La Plata, 1993, p. 232.

10. Situación que ha sido calificada como otro caso de indefensión por González, Florencia, en el art. cit. en nota 8.

Se ha señalado que este acuerdo es el primero de los compromisos firmados por nuestro país que muestra el germen de un sistema supranacional. Las razones que da el autor son:

1. La posibilidad que el art. 25 confiere a los particulares de recurrir al Tribunal Arbitral cuando alguna norma interna sea contraria a los principios del Tratado o al derecho derivado;

2. La "pirámide jurídica" que establece el art. 19 coloca al Tratado y a las normas derivadas de las instituciones en la base del sistema¹¹.

El sistema arbitral previsto en el Protocolo se caracteriza por impartir justicia a través de tribunales no permanentes, quienes a su vez, podrán adoptar sus propias reglas de procedimiento. De esta manera, para solucionar las controversias que surjan entre los Estados miembros o si el reclamo es iniciado por los particulares, el procedimiento puede variar de un laudo arbitral a otro.

La justicia arbitral adoptada, según la opinión de Morello y Oteiza, constituye "un paso atrás en el trayecto que lleva a la constitución de un mercado común", ya que son escasas las posibilidades de dar seguridad en la aplicación del derecho¹². Observación que se agudiza aún más, si tenemos en cuenta que el Protocolo de Ouro Preto ha prorrogado la vigencia de este sistema de solución de controversias al comenzar el funcionamiento de la unión aduanera.

El camino a seguir en el futuro ha sido puesto de manifiesto por la Sección de Derecho Internacional Privado en sucesivos Congresos Argentinos de Derecho Internacional¹³ al declarar que resulta imprescindible la creación de un Tribunal Superior de Justicia del Mercosur que asegure un adecuado control de la supranacionalidad del derecho fundacional y derivado

11. LÓPEZ LECUBE, Alejandro Freeland. "Los procesos de integración subregional del Cono Sur y su déficit institucional: la experiencia de las Comunidades Europeas", ED, enero 22 de 1993.

12. MORELLO, Augusto; OTEIZA, Eduardo, ob. cit., p. 218.

13. Estas declaraciones han sido aprobadas en los siguientes Congresos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional: Octavo Congreso, La Plata, 1985; Primer Congreso Extraordinario, Rosario, 1992; XIII Congreso, La Rioja, 1995.

a fin de lograr la uniformidad "en esta materia esencial, eliminando una asimetría que anarquiza el sistema"¹⁴.

La interpretación efectuada por el Tribunal de alguna de las normas mencionadas, tendrá la ventaja de convertir a esa interpretación final en jurisprudencia obligatoria para todos los países miembros. En cambio, el sistema de solución de conflictos a través de Tribunales Arbitrales Ad Hoc, no resulta idóneo para la creación de una jurisprudencia uniforme, ya que además de las características señaladas, si el problema se suscita entre países diferentes, también serán distintos los árbitros que intervengan en la solución de los mismos, pudiendo arribar a posiciones contrapuestas. La doctrina considera que en caso de decidirse la creación de un Tribunal Superior de Justicia del Mercosur, su competencia puede ser tanto consultiva como contenciosa y prejudicial¹⁵.

El recurso prejudicial puede ser considerado como una de las herramientas más sobresalientes del sistema comunitario, por lo menos, desde el punto de vista de la labor integradora del Tribunal de Justicia. Este recurso ha sido previsto en la Unión Europea como nexo de unión entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y los jueces nacionales, a fin de mantener la unidad de interpretación y garantizar la correcta aplicación del derecho comunitario. Según el artículo 177 del Tratado de Roma, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse cuando se le interroga sobre la interpretación del Tratado; sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad y sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

El juez nacional del litigio suspenderá el curso principal del proceso y podrá plantear, sea de oficio o a petición de parte, el incidente prejudicial ante el Tribunal comunitario cuando en una causa exista contradicción entre normas comunitarias con normas del derecho interno, si estima necesari-

14. BERCUN, Horacio D. "Solución de controversias. Control de supranacionalidad normativa", LL, junio 15 de 1995.

15. CASSAGNE, Juan Carlos. "El Mercado Común del Sur: Problemas jurídicos y organizativos que plantea su creación", ED 145-1992-875; "El Mercosur y las relaciones con el derecho interno", LL, junio 1 de 1995.

ria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. El aspecto relevante de esta cuestión radica en que las partes no pueden instar directamente el procedimiento ante el Tribunal europeo, evitando, de este modo, que sea la Corte la que suspenda el juicio ante el juez local, lo que importaría una interferencia en los asuntos internos del Estado¹⁶. La sentencia que se dicte sólo tiene el efecto de interpretar la norma comunitaria o de apreciar su validez frente al caso, sin incidir de manera directa sobre la solución concreta del litigio, que siempre se mantiene en la competencia del juez local. No obstante, la sentencia prejudicial vincula al juez nacional en cuanto a la interpretación de las disposiciones de que se trate¹⁷.

La transferencia legislativa y jurisdiccional desembocará en una homogeneidad beneficiosa, reafirmando el principio de seguridad jurídica que es uno de los pilares básicos del derecho para lograr el tan ansiado desarrollo.

16. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "El juez frente al Derecho Comunitario", ED, 148-1992-825

17. BARRA, Rodolfo. "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de las directivas comunitarias. El caso Francovich. Una experiencia para el Mercosur", LL, octubre 6 de 1993.

LAS RELACIONES INTERNACIONALES:
GLOBALIZACIÓN POLÍTICA Y ECONÓMICA.
RELACIONES DEL MERCOSUR
CON NAFTA Y UNIÓN EUROPEA

DRA. STELLA MARIS BIOCCA

La segunda mitad del siglo XX se caracteriza por un desplazamiento de los ejes de poder internacional distinguiéndose el poder político y formal, del poder económico.

A su vez se produce el fenómeno de globalización tanto en el ámbito político cuanto en el económico.

La globalización política se advierte tanto en las relaciones Norte-Sur, cuanto en las decisiones de los organismos internacionales que exteriorizan formalmente la globalización política (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos).

La globalización económica encuentra su instrumento adecuado en las empresas multinacionales y en los consorcios o agrupaciones internacionales que determinan en relación causa-efecto, las nuevas relaciones internacionales económicas.

La realidad es por otra parte de mayor complejidad que el esquema antes mencionado aunque responde a sus pautas.

La tendencia a conformar bloques económicos y también a agruparse las regiones por fuera de las unidades políticas de los Estados, se manifiesta también en la formación de diversos núcleos de centro y periferias. Estos núcleos no están sólo conformados por Estados centrales y Estados periféricos, sino también por regiones centrales y regiones periféricas,

situación que a su turno puede darse tanto en países desarrollados como subdesarrollados y que plantea a su vez la relación centro-periferia dentro de un mismo país.

La globalización política se consolida al desaparecer el conflicto Este-Oeste. La caída del muro de Berlín, la era post-Gorbachov, son exteriorizaciones del fin del conflicto y de la fuerza globalizadora en el orden político.

No escapa en este proceso de globalización política, una mayor concentración del poder político internacional que se hace sentir en los Estados de menor potencialidad, mediante sanciones económicas o medidas indirectas para el alineamiento general. El principio de la libre determinación, y la no ingerencia en las cuestiones internas de otros Estados, ha entrado en crisis.

La integración puede constituir un proceso eficaz para insertar a Estados periféricos en una mejor situación para el desarrollo de sus relaciones internacionales, atendiendo a la globalización tanto política como económica.

La noción de integración no es unívoca, es multívoca o si se prefiere equívoca.

A ella se refieren tanto los que aluden al proceso de globalización o mundialización, como aquellos que designan con esta noción el proceso de regionalización, sea que entiendan a su vez a éste como una fase previa a la globalización o que, por el contrario, sólo comprenda la idea de continentalismo¹.

El concepto de integración se agota para algunos en lo económico, en sentido amplio (productivo-comercial-financiero); en tanto otros autores lo reservan para definir una integración abarcativa (política-económica-social-cultural).

1. LAREDO, Iris. *Estado, Mercado y Sociedad*, Universidad Nacional de Rosario, 1994. PEÑA, Félix. *Mercosur y la inserción competitiva de sus países en la economía internacional*, CEI, junio 1992. VACCHINO, Juan. *Integración Económica Regional*, Universidad Central de Venezuela, 1981.

Por consiguiente, es necesario precisar o calificar el término y optar para ello por diferenciar los procesos integrativos en función del contenido, objetivos e instrumentos ².

Si el objetivo es el desarrollo económico, facilitar el incremento de las relaciones económicas y financieras, en suma ampliar el mercado suprimiendo o reduciendo las barreras arancelarias y las restricciones comerciales, el modelo integrativo puede ser abierto en tanto prioriza el accionar de los Estados como unidades separadas, antes que la entidad asociada.

Si en cambio el objetivo es además económico, político, social y cultural, el modelo adecuado debe ser distinto pues en todos los planos se proyecta como un sistema integrado que requiere una entidad regional actuante como unidad ³.

Si la opción a elegir es aquella que responde a fines económicos, la Asociación de Libre Comercio es adecuada y suficiente; si en cambio los fines perseguidos trascienden lo meramente económico, la estructura integrativa adecuada es el Mercado Común, en tanto y en cuanto apuntan a políticas externas comunes y desarrollos sociales y culturales convergentes y equilibrados.

Esta elección entre los posibles modelos, es fundamental para decidir con acierto y coherencia las relaciones internacionales extrazonales o extraregionales.

En el sistema integrativo abierto, cada estado puede mantener relaciones internacionales con terceros países extrazonales, sean éstas bilaterales o multilaterales, sin atender a pautas comunes de interrelación externa que ni siquiera deben plantearse con sus asociados, es decir cada Estado actúa en el ámbito internacional con criterio individualista, en atención sólo a sus intereses nacionales, y en tanto no implique desnaturalizar el objetivo económico, única pauta común observable en razón de la asociación concertada.

2. BIOCCA, Stella Maris. *Derecho de la Integración*, Universidad de Belgrano, 1973 *Integración. Desafío Latinoamericano*, Colegio de Abogados de Mercedes, 1975. *Integración Latinoamericana*, San Martín, 1982. *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, pág. 61/63, Editorial Universidad, 1990.
3. BIOCCA, Stella Maris. III Encuentro Internacional de Derecho para América del Sur, Asunción, 1994.

Si el sistema integrativo elegido es amplio, para el logro de objetivos políticos, sociales, económicos, etc., las relaciones internacionales extrazonales o extraregionales, necesariamente deben adecuarse a los objetivos comunes, pues tales políticas externas comunes son la esencia de estas integraciones.

Siguiendo la metodología de clasificación en orden a los objetivos, diremos que en forma embrionaria o incompleta, el Tratado de Asunción posee elementos para que el proceso integrativo sea de Mercado Común.

Si bien procura dimensionar el mercado y acelerar el proceso económico, el desarrollo a lograr debe serlo con justicia social.

En el mismo sentido se advierte que la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico, debe tener por finalidad mejorar las condiciones de vida de sus habitantes, con preservación del medio ambiente.

Asimismo, se remarca la importancia de lograr una adecuada inserción internacional de los cuatro países.

Si el objetivo implícito del Tratado es el desarrollo equilibrado y armónico con justicia social de nuestros pueblos, la dimensión de estos objetivos excede la mera finalidad económica; por consiguiente, las relaciones internacionales extraregionales deben darse en el marco de las políticas externas comunes.

El sacrificio que para cada Estado y los diversos sectores de sus pueblos implica el Mercosur, como sistema integrativo, encuentra su justificativo en ser el instrumento eficaz para un protagonismo real en el orden internacional ⁴.

El abismo que separa a los países desarrollados de los subdesarrollados, marginales y periféricos en las tomas de decisiones de la comunidad internacional, presenta a la formación de bloques (regionalización o continentalización), como una posibilidad de cambio en el sistema de las relaciones internacionales tanto políticas como económicas.

Si en cambio, calificamos al Mercosur como un proceso de integración con finalidad económica, destinado a ampliar un mercado, limitado

4. STAHRINGER, Ofelia. "Estado, Mercado y Sociedad". "La integración del Cono Sur Americano en los 90".

a facilitar el incremento de las relaciones comerciales; si su proyecto se agota en el establecimiento del arancel externo, en la supresión de restricciones no arancelarias o la mera optimización de utilización y movilización de factores de producción para alcanzar escalas operativas eficientes, el modelo integrativo elegido en Asunción, es innecesario y excesivo, pues para ello era suficiente constituirse en una Asociación de Libre Comercio, sistema abierto elegido por Estados Unidos y Canadá, al cual se incorporó México, lo cual conlleva a un comportamiento, como se dijo, de cada Estado, en conformidad a sus intereses nacionales, sin que se den intereses regionales, sino sólo convergencias en aspectos económicos.

A partir del Protocolo de Ouro Preto, se establece una estructura institucional del Mercosur y se acuerda al mismo personalidad jurídica. Su órgano, Consejo Mercado Común, ejerce la titularidad de esta personalidad jurídica⁵.

Conforme nuestra calificación de este proceso, la relación adecuada es por tanto, entre Mercosur y los Estados Asociados (Nafta) o Mercosur y los Estados Integrados (Unión Europea).

Se plantea en consecuencia una nueva forma de interrelación, diversa de la relación bilateral o multilateral con Estados individuales para dar paso a relaciones entre regiones integradas.

En este orden se pueden incorporar los objetivos expresos del convenio 4+1 (o Convenio del Jardín de las Rosas).

Estos objetivos atienden al desarrollo del comercio internacional y las inversiones recíprocas; procura la integración económica como generadora del crecimiento sobre bases de competitividad y reconoce el papel central del GATT; se proyecta como el objetivo esencial de fomentar el Sistema de Libre Comercio en América.

En atención a lo expuesto, queda por decidir si la relación Mercosur-Nafta, será formalizada no sólo por el órgano titular del Mercosur (Consejo Mercado Común), sino, si éste adoptará una pauta común externa con objetivos regionales, o si por el contrario, actuará como si Mercosur sólo tuviese finalidades económicas y de mero desarrollo comercial.

5. C.E.I. Centro de Economía Internacional, enero/febrero 1995.

Esta decisión signa el proceso integrativo del Mercosur pues, tanto destruyen el objetivo central un eventual ingreso individual de los Estados al Nafta, como someter al Mercosur a las limitadas finalidades de un Sistema de Libre Comercio, descartando los objetivos expresos e implícitos del Mercosur.

La cuestión implica optar entre un nuevo intento fallido de integración en América Latina o profundizar los objetivos que justifican Mercosur, atendiendo a los intereses de la región que son claramente de desarrollo pleno, armónico y equilibrado.

La dinámica estructural apunta a un desarrollo que no se puede agotar en una mera transformación, si no tiene por objetivo preciso el crecimiento global en el sentido de significación humana.

El desarrollo que se procura en definitiva en esta sociedad interdependiente, no se puede por ende agotar en el solo crecimiento económico, sino que ha de tener en mira el desarrollo social, el cultural e incluso el político; acaso puede admitirse la idea de que el hombre y por tanto los pueblos, tienen un derecho al desarrollo, derecho que por tanto, pasa a ser básico de los pueblos.

Según la concepción prevalente, diremos que el art. 9, aptdo. 2 del Convenio 4+1, prevé el mecanismo de concertación al cual el Mercosur deberá procurar asignarle la finalidad que estos pueblos reclaman; caso contrario habremos adoptado el criterio de asociación meramente económica, insuficiente para el desarrollo del Cono Sur y que exige un sacrificio excesivo e injustificado para los pueblos de los cuatro Estados del Mercosur.

Claramente determinados los objetivos, no hay en cambio dificultad alguna en celebrar entre regiones o bloques convenios de cooperación.

Esto no es contradictorio porque para nuestra concepción la cooperación y la integración son formas diversas de las relaciones internacionales.

La cooperación persigue intensificar los intercambios y las relaciones internacionales en un campo determinado, y lograr algún objetivo de interés nacional coincidente. Por ello la cooperación es posible aun entre países que difieren en sus sistemas políticos, económicos y sociales.

La integración, en cambio, procura una interpenetración, armonización y unificación de las diversas políticas económicas, sociales, etc., y la creación

de organismos comunes que aseguren el logro de los objetivos propuestos y los fines regionales. Es un proceso por su naturaleza dinámico, que desplaza las fronteras a los límites del área integrada.

Visto que los objetivos de la Asociación de Libre Comercio (Nafta) y los del Mercosur son distintos, propiciamos la dinámica de éste hacia el Mercado Común; la relación entre Nafta y Mercosur, sólo puede darse en el marco de una cooperación y no de una integración en el sentido de globalización.

En este sentido, parecen orientarse las relaciones del Mercosur con la Unión Europea.

La Comisión de la U.E. propuso al Consejo de la Unión para someter a la Cumbre, celebrada el 8 y 9 de diciembre de 1994, la nueva política de relaciones de cooperación entre la Unión Europea y el Mercosur.

Por ella se considera, un sistema de consulta política, un sistema de cooperación en temas de prioridad acordada, y la adopción de pautas para alcanzar una mayor liberalización comercial, que no excluye la eventual negociación de Zona de Libre Comercio.

En mayo de 1995, el Parlamento Europeo aprobó por unanimidad el comienzo de las negociaciones con el Mercosur para integrar una Zona de Libre Comercio.

La futura negociación será clave. Mercosur podrá decidir los términos de la propuesta, atendiendo a los intereses regionales.

El poder decisorio y negociador internacional de esta región, será puesto a prueba, de forma tal que se podrán justificar los costos y sacrificios que supone el proceso integrativo.

El acuerdo entre el Mercosur y la U.E., va de suyo, deberá ser equilibrado y beneficioso para ambas partes.

Los temas negociables, los objetivos regionales y las calidades de los negociadores, deberán ser analizadas, evaluadas y decididas previamente por los órganos estructurales del Mercosur, para evitar una frustración histórica.

Los temas del sector agrícola, son de tratamiento ríspido, dado que es un sector fuertemente protegido en la U.E. y constituye una producción esencial en la economía exportadora del Mercosur.

En ocasión de la Rueda Uruguay, la Comunidad Europea propuso reducciones en la ayuda global al sector agrícola.

La propuesta, sin embargo, fue acompañada por medidas para reducir el impacto en los pequeños agricultores europeos, que no satisficieron al Grupo CAIRNS (Australia-Canadá y Argentina-Brasil-Colombia-Chile y Uruguay).

No obstante, no puede dejar de advertirse que países importadores de alimentos, como Chile, Brasil, Colombia, Perú, son conscientes de que la liberalización agrícola produciría beneficios en pocos países y, en cambio, redundaría en mayores costos para los importadores, que hasta ahora se benefician con los precios muy subvencionados de la Comunidad Europea.

El acuerdo a celebrar entre la Unión Europea y el Mercosur, a su vez, podrá ser de objetivos más amplios y no limitado a cuestiones económicas, por cuanto es posible la cooperación en temas educativos, científicos y tecnológicos, prioritarios y que podrían dar a esta nueva relación Europa-América, una característica diversa de la dada en siglos anteriores.

Tanto la cooperación amplia al desarrollo como la restringida al área económica, deberán reafirmar su empeño para impulsar el comercio pero también para reforzar las instituciones y respaldar tanto el proceso integrativo como las políticas regionales de estos pueblos del Cono Sur.

Estas posibilidades se asientan en las pautas reglamentadas sobre la cooperación con los países de Latinoamérica, en los que se hace referencia al respeto de los derechos y libertades fundamentales del hombre y la existencia y mantenimiento de estructuras democráticas pluralistas (relación de la Comisión del 21-10-92 sobre actuación de la Resolución del Consejo del 28-11-91).

Los proyectos de cooperación deberán incluir el tratamiento de cuestiones diversas como la protección del ambiente, la lucha contra las drogas, la protección de la niñez, los problemas demográficos, el mejoramiento de la situación de la mujer y de las minorías étnicas ⁶.

De esta forma se podrán encontrar objetivos regionales convergentes y coincidentes entre la U.E. y el Mercosur, los que, a su vez, constituyen ya objetivos de la Comunidad en su relación con América Latina.

6. I.R.E.L.A. Instituto de Relaciones Europeo Latinoamericanas. "Relaciones entre la Comunidad Europea y América Latina" - X Conferencia Interparlamentaria. STOCCHIERO, Andrea. CEPAL - Comisión Económica para América Latina y el Caribe. "América Latina y las fuentes europeas de Cooperación Internacional", junio 1993.

A su vez, habrá que tener en cuenta que de acuerdo con el Tratado de Maastricht, la Comunidad está orientada a consolidar procesos de integración; pero debe afrontar a su vez el ingreso de los países del norte y del este europeo.

Por otra parte, el Tratado obliga también a los países miembros a establecer una política exterior y de cooperación al desarrollo. Para la cooperación al desarrollo aplica asimismo el principio de la subsidiariedad, por lo cual subsisten a cargo de los Estados miembros, las actividades de cooperación que éstos puedan realizar en forma eficaz, integrando la cooperación al desarrollo de la Comunidad (art. 130 del Tratado).

A través de este esquema debe también evaluarse la cooperación que pueda realizar España para apoyar el desarrollo latinoamericano.

Según este principio de subsidiariedad, España podría convertirse en una suerte de caja de resonancia de los requerimientos de Latinoamérica, a través de convenios multilaterales que pueden encontrar su base en convenios bilaterales de cooperación como los que actualmente la vinculan con algunos de los países de Latinoamérica y, entre ellos, Argentina.

En síntesis, con la Unión Europea las relaciones pueden darse entre ésta y el Mercosur, es decir entre dos entidades o unidades integradas, o bien entre algunos de los países miembros de la Comunidad y el Mercosur, según el principio de subsidiariedad que establece el Tratado de Maastricht y bajo la condición esencial de que esta cooperación satisfaga los intereses regionales del Mercosur.



EL MERCOSUR EN EL TABLERO INTERNACIONAL

JACQUES GINESTA

PRIMERA PARTE

EL TABLERO INTERNACIONAL DEL MUNDO POSMODERNO. LAS NUEVAS REGLAS DEL JUEGO

1. BRAVE NEW WORLD

Con los últimos golpes de piqueta que caían sobre el muro de Berlín pareció derrumbarse definitivamente el sistema internacional que lo había hecho posible, como demarcador de límites de dos grandes imperios con vocación planetaria, cabezas de bloques político-militares ideológicamente opuestos.

El desarrollo de las armas estratégicas llevó rápidamente a un empate técnico nuclear que, al impedir dirimir la supremacía por una guerra abierta, creó una curiosa situación de conflicto y asociación de intereses entre las superpotencias. Asociación, en cuanto a que la tensión y la pugna permanentes, reducía a las relaciones internacionales a un patrón de juego de suma cero, en el cual la pérdida de una parte se interpretaba como ganancia para la otra, lo que limitaba las posibilidades estratégicas de los países menores, que en última instancia tendían a alinearse con uno o con otro grande, situación que ambos mostraron interés en mantener y que, salvo en la primera fase de la Guerra Fría, encubrió un complejo juego de motivos mixtos. También asociación necesaria respecto a las medidas mínimas que los rectores de la política internacional debían acordar para evitar el desastre atómico.

El rasgo más dramático del sistema, el conflicto, fue consecuencia de que ninguna de las partes renunció a la conquista de la hegemonía total, buscando, a través de la carrera armamentista, lograr la rendición política del adversario, mediante un ultimátum nuclear incontrastable. Este conflicto tuvo su manifestación caliente en los arrabales del mundo, en los países pobres, fuera de los límites de los santuarios vinculados a una respuesta estratégica en caso de ataque del contrario. En los espacios de guerra permitidos tuvieron lugar la guerra de Corea y la guerra de Vietnam y también los numerosos episodios bélicos revolucionarios y contrarrevolucionarios, guerrilla, terrorismo y guerras de baja intensidad, que marcaron el perfil de la política internacional desde 1950.

La resonancia de los enfrentamientos ideológicos y la progresión ominosa de los arsenales estratégicos, condicionaron a la opinión pública e incluso a los analistas de tal modo, que muchos de los fenómenos que se iban desarrollando en esa época y que contenían los gérmenes de las transformaciones actuales o bien fueron subestimados o bien contextualizados dentro de las categorías analíticas del sistema existente. No se puso en duda así, la posibilidad, que ahora, en perspectiva, parece poco probable, de una guerra nuclear, la capacidad de las superpotencias para mantener el statu quo, la primacía del estado en la conducción política y económica, la realidad del enfrentamiento ideológico como la expresión del choque ineludible de fuerzas maníqueas. Faltaba la definición de una línea de análisis que diera a los fenómenos nuevos un sentido autónomo.

El proceso por el cual Alemania y detrás de ella Francia y el resto de Europa y también Japón y el Sudeste Asiático se convirtieron en grandes poderes económicos y financieros, no corresponde al orden bipolar de política armada ideológica y belicamente, aunque hayan tenido su origen en condicionantes estructurales del mismo, sino en una dinámica diferente, basada en la modernización tecnológica y empresarial, como fuente de poder.

Al mismo tiempo, la especialización de las superpotencias en el poderío militar, cada vez más tecnificado y costoso, las inhibió de acompañar la transformación tecnológica y productiva al ritmo necesario para mantener su hegemonía mundial y, en el caso particular de la Unión Soviética, mucho más débil económicamente, produjo el colapso del sistema, por un fe-

nómeno que fue bien explicado por Brezezisnky en su libro "La era Tecnológica". Mientras que la URSS afectaba el 14% de su PBI al presupuesto de defensa, los Estados Unidos destinaban el 7% y los demás países importantes el 1% o menos ¹.

Con la caída del socialismo real, el modelo colectivista quedó en desuso e incluso los restantes países socialistas, como China Popular y Cuba últimamente, evolucionaron hacia una economía de mercado. Hoy en día son pocos aquellos que se animarían a replantearlo, a pesar de las importantes limitaciones sociales del modelo liberal. El debate político se centra en temas tales como la búsqueda de un justo medio entre el proteccionismo y el liberalismo o como lo plantean los medios socialdemócratas mundiales, de una alternativa al neo-liberalismo. Este asunto es más intrincado que lo que revela el análisis a media máquina, en razón de lo que sigue.

Otro acontecimiento importante que ocurrió durante este período, al cual no se le dio la debida relevancia, fue la pérdida del poder regulatorio del estado sobre un sistema económico cuyos ejes fundamentales funcionan fuera de su estructura y fuera de su control, en una medida sustancial. La creciente transnacionalización y mundialización de las fuerzas financieras y productivas hacen que el estado encuentre más y más dificultades en determinarlas en sus aspectos principales. La regionalización de la actividad económica, al crear centros de poder que reducen las potestades de los gobiernos, favorecen la autonomía de tales fuerzas, con lo que el Estado soberano clásico, cuyo modelo fue planteado por Bodin en el siglo XVI, estaría decayendo practica e incluso ideológicamente.

El poder político perdió a lo largo de la historia su carácter divino; luego su carácter absoluto y finalmente, esta resignando su carácter soberano ². Tal vez momentáneamente, perdió aptitud para resolver gran parte de los asuntos más cruciales por medio de la política, la diplomacia o la guerra, porque aquellos han cambiado de contenido y estas herramientas tradicionales no son ahora las más adecuadas. Este "mundo feliz" postmoderno que se in-

1. TOMASSINI, Luciano. "La transformación del concepto del poder", en *La política internacional en un mundo postmoderno*, pag. 210, Rial 1991.

2. COHEN, Elie. "¿Les Etats sont-ils souverains dans l'ordre économique?", en *Relations Internationales Strategiques*, N° 11, Automne 1993.

cubó en el capullo de la Guerra Fría, consagró la importancia de nuevas dimensiones de poder sobre las tradicionales, diplomáticas y militares. Veamos este tema más de cerca.

2. THE WEALTH OF THE NATIONS.

Hemos hablado hasta ahora de dos grandes transformaciones ocurridas por debajo de las fanfarrias de la Guerra Fría: la transnacionalización de los sistemas económicos y financieros y la pérdida de la capacidad regulatoria y - como consecuencia- de la distributiva del estado.

La tercera gran transformación, estrechamente ligada a las otras es la producida en el seno de la economía y dentro de ella en los subsistemas financiero y de producción de bienes. El auge de la economía simbólica (los activos y las transacciones financieras) sobre la real (producción de bienes) y la pérdida de control por parte de los estados sobre la gestión financiera, como consecuencia de la multiplicación de los paraísos fiscales, las transacciones electrónicas sin uso de moneda y la circulación instantánea de los capitales, es uno de los rasgos sobresalientes de las finanzas actuales.

Un segundo rasgo, señalado por Peter Drucker³, está dado por la desproporción entre el valor del producto financiero respecto del real, que calculaba en 25 a 1. Un millón de miles de millones de dólares gira permanentemente con extraordinaria rapidez y autonomía con fines especulativos y tiene un efecto desestabilizante sumamente grave, originando movimientos financieros de gran alcance, como la fuga de capitales que provocó la crisis de México, la caída de las bolsas argentinas y brasileñas y la desestabilización financiera de muchos gobiernos sudamericanos, pero asimismo asaltos cíclicos a la estabilidad monetaria, como la caída del dólar y de algunas monedas europeas y el fortalecimiento indeseado del marco alemán, problemas a los cuales no pueden hacer frente ni los mecanismos estatales ni los comunitarios.

Un tercer rasgo de la economía simbólica es, justamente su organización transnacional. El sistema financiero internacional ha conseguido un gra-

3. DRUCKER, Peter. *The new realities*, N.York, 1990.

do de organización autónoma apreciable, que le permite adoptar medidas conjuntas frente a los países deudores, de alta eficacia, incluso utilizando a los organismos financieros internacionales como intermediarios y garantes de las deudas y obligando a gobiernos y bancos centrales a ajustar sus economías a los paquetes de exigencias de refinanciación. El sistema tiene, igualmente, una gran capacidad de administrar los flujos de inversión y condicionar indirectamente el desarrollo económico.

La propia economía real ha experimentado cambios cruciales: la pérdida de valor de las materias primas naturales es uno de ellos. Por un lado, el adelanto tecnológico ha sustituido gran cantidad de materias primas naturales total o parcialmente; por otro, las biotecnologías al desarrollar métodos de cultivo y producción mucho más eficaces —clonación, combate biológico de las plagas, etc.— Han reducido considerablemente las ventajas comparativas naturales. Y finalmente, las nuevas técnicas de transformación de bienes naturales para consumo diferido y a distancia y otras con efectos similares, han reducido la participación del productor en la cadena productiva. Todo ello trae como consecuencia un brutal deterioro en los términos de intercambio entre los países productores de materias primas y los de bienes elaborados y servicios, los cuales con el excedente generado en los sectores económicos dinámicos, se encuentran en mejores condiciones para subsidiar a los sectores primarios.

Se comprueba además la pérdida relativa de incidencia del trabajo humano en muchos sectores de la producción. La modernización tecnológica en el sector agrícola, en el industrial y hasta en los servicios, reduce los empleos y las horas trabajadas, a medida que aumenta el rendimiento. El saldo neto en todo el mundo es la tendencia al aumento del desempleo estructural que, por supuesto, repercute más en los países periféricos.

Otro cambio de gran significación, relacionado con lo ya dicho, es que el crecimiento de la economía en los últimos años se ha basado no en el crecimiento del mercado interno sino en el del comercio exterior y que el comercio de la producción industrial progresó más rápido que el de la producción agrícola y extractiva; el primero representaba los 3/5 del total en 1963 y llegó a los 3/4 en 1988, habiendo aumentado, sin duda, su participación a la fecha. En ese período, Francia tuvo un incremento muy impor-

tante de sus exportaciones agrícolas, pero no así de sus exportaciones industriales, que bajaron un punto de porcentaje en el total mundial, disminuyendo su parte en el comercio global. En cambio Alemania mantuvo su participación del 15% en el mercado industrial internacional y ello le permitió aumentar su participación en las exportaciones mundiales ⁴.

Pero quizás lo más importante radica en que la competitividad en el mercado internacional de bienes y servicios no se basa ya fundamentalmente en el precio, sino en la novedad y la calidad de los productos. Tanto para los países como para las empresas, un alto desarrollo científico -tecnológico y el dominio de los mecanismos de innovación productiva reviste una importancia decisiva. La nueva dependencia esta dada por la brecha cada vez más grande entre los creadores y administradores de la innovación científico-tecnológica y los tomadores de la misma.

Una vez Stalin dijo despreciativamente del Papa "¿cuántas divisiones tiene?" Hoy, que la inversión militar en armas convencionales y estratégicas, se herrumbra en los ociosos arsenales de las superpotencias, quizás la pregunta correspondiente sea: "¿cuántos investigadores y técnicos puede pagar y en que áreas los emplea?"

3. BURNING FLAGS.

La suprema corte norteamericana dictaminó que no es una ofensa criminal quemar la bandera nacional. Quizás esta nueva visión sobre la secularización de los símbolos nacionales tenga una relación sistémica con la realidad de que hoy el capital ya no sigue a la bandera.

Durante la fase del nacionalismo imperialista y desde mucho antes, el capital necesitaba de la bandera para expandirse y establecer bajo el nombre de colonias y protectorados, condiciones de explotación monopólica de las riquezas ultramarinas y asegurar mercados para la producción metropolitana, con exclusión de las demás potencias. A la par que señalaba el auge del capitalismo financiero (cosa que al fin se dio) monopolista, basado en estas comprobaciones y en los frecuentes choques entre las potencias colo-

4. BAILLE, Pierre: "¿Quel est le poids économique de la France dans le monde?", en *L'état de la France en 1992*, pág. 582. La Découverte, Paris, 1992.

niales, Lenin auguró el fin del capitalismo debido a la multiplicación de las guerras imperialistas y fulminó a Kautsky porque, más congruente, manejaba la alternativa del ultraimperialismo. Schumpeter, unos años después, parece haber visto mejor, al atribuir el fenómeno de la guerra moderna a los resabios feudales en la sociedad capitalista y por lo tanto, no inherentes al desarrollo del capitalismo⁵.

La última guerra —que fue la segunda guerra hegemónica del siglo por el dominio de los espacios centrales del mundo y donde las colonias jugaron un papel muy secundario— al eliminar transitoriamente la competencia europea, permitió a las empresas norteamericanas una expansión sin precedentes, en forma de holdings mundiales, que se fueron eslabonando como empresas nacionales en los diversos países, muchos de ellos ex colonias independientes, pero todas ellas unidas por la dirección general de la empresa matriz, que elaboraba las estrategias, distribuía los recursos financieros y tecnológicos, asignaba las funciones y administraba las ganancias. Al recuperarse Europa y Japón y Asia Oriental, las grandes empresas locales, a través de un proceso de fusión para lograr mayor competitividad, adoptaron la misma estrategia trasnacional.

Ésta se orientó, fundamentalmente, a la creación de espacios económicos más amplios y desregulados, mucho más aptos para el funcionamiento de economías de escala, aumentando el potencial consumidor, uniformizando la producción y abaratando costos. No cabe duda de que este proceso es congruente con la formación de los mercados regionales y la reversión de las políticas de sustitución de importaciones a nivel nacional, sobre todo en las regiones emergentes, en beneficio de la creación de comercio intraindustrial a nivel regional. Tanto en la formación del mercado común europeo, como en lo poco que se logró en ALALC, en el MERCOSUR y en el NAFTA (ZLCAN), las trasnacionales jugaron un papel protagónico y cosechan los principales beneficios.

Tal evolución profundizó la diferenciación de roles y de intereses entre el estado y las trasnacionales, más aguda respecto de los países perifé-

5. SHUMPETER, Joseph A. "Sociología del Imperialismo", en *Imperialismo y clases sociales*, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1965

ricos, con cuyas necesidades de crecimiento socialmente compensado, la acción de estas presenta divergencias muy profundas. El reciente acuerdo de libre comercio de América del Norte muestra que la dialéctica Estado-Trasnacional se traslada al corazón de la propia "República Imperial" (Aron). En la gestación y aprobación del mismo se advierten intereses divergentes y convergentes entre el Estado y la Sociedad norteamericanas y las Trasnacionales.

Como lo afirman Weintraub y Brodie ⁶, hace ya tiempo que se produjo una integración silenciosa entre Méjico, Canadá y los Estados Unidos, a raíz de la instalación masiva de las trasnacionales norteamericanas en los dos primeros países, con el fin de abastecerlos desde adentro y sortear las altas barreras arancelarias impuestas a las importaciones. La saturación de los mercados locales y la baja de aranceles y con ella de la competencia externa, las llevó a ensayar una estrategia globalizadora, maximizadora de recursos y mercados. Para ello era necesario perforar las barreras proteccionistas del mercado interno de Estados Unidos, tanto arancelarias como no arancelarias, a fin de culminar la racionalización productiva, sin extender las concesiones a la competencia extrarregional; el medio apropiado según las normas del GATT, es la zona de libre comercio. Los Estados Unidos son uno de los países actualmente más proteccionistas y esa posición protege a núcleos de intereses muy genuinos de la sociedad norteamericana: PYMES, agricultura, sectores laborales y ambientalistas; por ello el Tratado prevé acuerdos complementarios que protegen dichos intereses. En este caso, aún cuando haya víctimas, se puede sostener que se conciliaron los intereses fundamentales del Estado, de la Sociedad y del Mercado, pero igualmente la moraleja de la historia es que las trasnacionales son protagonistas de primera magnitud en los actuales procesos de regionalización y globalización y que pueden actuar con independencia de los Estados, incluso de los más poderosos.

6. WEINTRAUB, Sidney. "The impact of the Agreement of Mexico" y BRODIE, Janine, "The Political economy of canadian regionalism", citados en GAIERO, José Luis. "La integración de hecho de las economías de Estados Unidos, Canadá y Méjico y la creación de un espacio económico regional norteamericano.", en obra colectiva, Univ. de Rosario, 1994.

Pero un segundo proceso, que arranca de los años 70 y que se concreta en las dos décadas siguientes, reafirma el poder trasnacional. El crecimiento económico se basa cada vez más, como se dijo, en la capacidad de crear nuevos productos y servicios, con mayores exigencias de calidad. Con el fin de satisfacer esas nuevas necesidades, se incrementó la investigación y desarrollo en el ámbito de las grandes empresas, creándose una cadena innovatoria que une en un solo circuito la investigación básica, la búsqueda de nuevas tecnologías y las aplicaciones industriales. Por supuesto que los costos devengados se suman a los de fabricación, venta y distribución de los productos y las tecnologías creadas son protegidas por patentes, celosamente reservadas en los cuarteles generales de las compañías trasnacionales y distribuidas en todo el mundo según sus estrategias de mercado, reservando los productos tecnológicos de última generación para los mercados más importantes y trasladando la producción y venta de los demás a los periféricos, con patentes con costos de I&D amortizados y aprovechando la mano de obra barata y las menores exigencias de consumo de sus poblaciones. Esta situación hace reflexionar a Helio Jaguaribe sobre la aparición de un neocolonialismo tecnológico ⁷.

El modelo de crecimiento hacia afuera que plantea el Tratado del MERCOSUR se basa en la adquisición de paquetes tecnológicos avanzados, además del desarrollo de una capacidad propia de innovación a más largo plazo y todo ello requiere la formación de grandes empresas competitivas internacionalmente. Si bien volveremos sobre este tema, interesa destacar aquí que en el mismo, los interlocutores de los países de esta región, son las trasnacionales, más que los gobiernos y las organizaciones regionales.

En la etapa actual, la estrategia general de las trasnacionales consistiría en llegar a la economía global, a través de la uniformización de la producción entre los grandes bloques económicos, con exclusión, por el momento, de los mercados secundarios, que continuarían produciendo según pautas

7. JAGUARIBE, Helio. "Significação do Mercosul", en "Mercosul, Sinopse Estatística". págs. 31-38, IBGE, Rio de Janeiro, 1993.

tecnológicas de segundo nivel hasta el agotamiento de su utilidad económica y financiera o hasta un cambio mayor de estrategia de expansión⁸.

El proceso de integración de México y del Canadá con los Estados Unidos es aleccionador en el sentido de mostrar el pasaje de México y Canadá del status de mercados secundarios, a formar parte del espacio económico norteamericano, a través de la interpenetración a lo largo de toda la cadena económica, de las casas matrices estadounidenses con sus filiales en aquellos países, como consecuencia de la creación de la zona de libre comercio⁹. La creación de una zona de libre comercio continental podría producir efectos similares respecto de la globalización de la uniformización de los procedimientos tecnológicos en el área, aumentando las posibilidades del comercio intraindustrial regional, la calidad del consumo y la competitividad internacional de la región, pero con el saldo penoso de acentuar la dependencia y reducir notablemente la autonomía de decisión de estos países. Más adelante volverá a tocarse este punto.

De cualquier forma, el estar en la antesala del mercado global, implica un cambio ideológico y político que, como dijimos, aunque advertido por muchos, quedó subsumido en la confrontación ideológico-política entre democracia burguesa y marxismo. Para no internarnos demasiado en este complejo tema, baste señalar que el eje ideológico, que ya hace tiempo que dejó de ser religioso en la mayor parte del mundo, deja de ser ahora político, en el sentido específico de la acción protagónica y excluyente del Estado y de los sistemas internacionales de interacción que estos construyeron a partir del Tratado de Westfalia. El manejo de la economía global, tiene como base la creación de estilos de vida uniformes, basados en la producción y consumo masivos de productos materiales e inmateriales y la utilización de servicios, adaptados a los requerimientos de las diversas capas de la población. El pleno éxito de la globalización del mercado requiere la creación de

8. OHMAE, Kaminichi. *The borderless world*, Collins 1990.

9. CAJERO, José L. "La integración de 'hecho' de las economías de EE.UU., Canadá y México...", pág. 84, en "Estado, Mercado y Sociedad en el MERCOSUR" (Compiladora: Iris M. Laredo), Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Diciembre 1994.

pautas culturales que acentúen el paradigma "aldea global" de McLuhan y no se puede negar que se ha avanzado muchísimo por esa senda.

Estas reflexiones no implican, ni mucho menos, hacer un panegírico del sistema internacional de producción y la civilización global que va pergeñando en torno a un materialismo muy pronunciado y a un vaciamiento de las funciones intelectuales, que abre una gran interrogante sobre su futuro. Tampoco significa tomar partido entre el Estado y el "Mercado", sino que sólo se pretende afinar el análisis de los términos en que se presenta la cuestión hoy y sus consecuencias en el mediano plazo. Las organizaciones trasnacionales administran los principales instrumentos de crecimiento económico a escala mundial y lo hacen según sus intereses y posibilidades. El estado, ya sea interventor o liberal, juega un papel cada vez menos efectivo y algo similar podría incluso decirse de los sistemas de integración.

Ahora bien; si la globalización de la economía es la tendencia que parece predominar al filo de la presente década ¿por qué el mundo evoluciona hacia un orden internacional de grandes bloques con un considerable grado de proteccionismo y no hacia una economía multilateral abierta, como aprecia deducirse de la creación del GATT? Como se señala en un trabajo reciente¹⁰, convivirían en las economías centrales "una dinámica de globalización y otra de repliegue (a partir de las aplicaciones de nuevos instrumentos económicos para revertir los efectos de la apertura considerada excesiva por algunos sectores)". Y más adelante: "ellas (las organizaciones regionales) se corresponden con una estrategia de desarrollo mixta: la Integración Regional como un primer paso dado deliberadamente hacia o como un instrumento para la integración al mercado mundial."

Pueden darse varias razones para explicar esas tendencias contradictorias. En primer lugar, no toda la actividad económica está trasnacionalizada y las empresas locales —sector tradicional, PYMES, sector agrícola, empresas nuevas, trasnacionales ya instaladas (que se benefician aún con el proteccionismo)— así como el sector laboral, presionan para mantener un grado de protección y control estatal.

10. ROMERO, María H. "Condiciones y factores nacionales que han favorecido la creación del MERCOSUR", en "Estado, Mercado y Sociedad en el MERCOSUR" (Compilado Por Iris M. Laredo), Universidad Nacional de Rosario, Rosario, Diciembre de 1994.

En segundo término, las trasnacionales siguen conservando vínculos fuertes con sus países o regiones de origen y obtienen protecciones y preferencias de muchos tipos, lo que justifica el mantenimiento de zonas de discriminación.

En tercer lugar, la especialización de las trasnacionales en tanto que empresas, les impide que tomen a su cargo la tarea de organizar globalmente los espacios sociales. No están capacitadas para desempeñar muchas funciones que incumben a los Estados, como la redistribución del ingreso, el mejoramiento de la salud y la educación, el arbitraje de intereses y la reducción de las tensiones sociales.

En cuarto lugar, las trasnacionales no constituyen un grupo homogéneo, sino que, pese a la oligopolización progresiva del sistema, es muy común la competencia entre ellas y la divergencia de intereses, cuando no el conflicto, lo que a la par que hace útil la coexistencia con otras bases de poder, dificulta el proceso de globalización, el cual podría incluso no perfeccionarse en un orden económico mundial único.

Entretanto, los actores regionales, fundamentalmente los megamercados o megabloques aparecen como actores esenciales del sistema internacional posmoderno y las interacciones entre los mismos, constituyen cada vez más un tema prioritario de atención y de estudio.

4. FROM LEVIATHAN TO BEHEMOTH.

Esta nueva especie de monstruo político, que oscurece con la sombra que arroja sobre la arena internacional, la figura del otrora poderoso Leviathan hobbesiano, es muchas veces más grande que ese su predecesor, pero también de rasgos más difusos y, tal vez, menos carnicero. Se trata de los llamados en lenguaje más técnico y menos mítico, bloques económicos o megamercados. La Unión Europea, la Zona de Libre Comercio de América del Norte, el espacio económico Japón-Sudeste Asiático y en prospectiva, los países de la CEI, con diversos grados de institucionalización formal, entrarían en esa categoría.

Un megamercado se caracteriza por ciertos órdenes de magnitud y ciertas características cualitativas sobresalientes. El perfil requiere tener entre

un 12% y un 22% del PIB y manejar entre el 10 y el 30% del comercio mundial, reunir una población de entre 200 y 360 millones de habitantes, economías de escala con una estructura empresarial y sistemas educativos de alta eficacia y un gran flujo de capitales disponibles, todo destinado en buena parte a potenciar los procesos de innovación científica y tecnológica en sectores de punta, de rápido desarrollo productivo y gran valor de mercado. Normalmente tendrán un alto poder de negociación internacional, pero limitado al área económica.

Desde el punto de vista constitucional, se presentan como asociaciones de carácter económico-comercial, políticamente laxas, de países de diferente potencial, pertenecientes a una determinada región geográfica.

Efectivamente; entre otros aspectos interesantes, el megamercado es una nueva forma de articular economías centrales y periféricas en una misma región, con un sentido de beneficio mutuo; aunque las asimetrías suelen ser grandes, tanto a nivel de países como de regiones, el resultado neto es el progreso común, en base a un sistema de distribución del trabajo.

De lo dicho, resulta claro que no todo sistema de integración pueda ser un megabloque o megamercado: no lo son el pacto andino, ni el MERCOSUR ni la ASEAN, por ejemplo. Debe tenerse especialmente en cuenta que no basta adoptar la forma integrativa para obtener los beneficios que goza el megabloque lo cual es aplicable tanto al conjunto como a los socios mayores y menores.

El análisis precedente muestra una coincidencia de objetivos, por lo menos circunstancial, entre los megabloques —y los otros sistemas integrativos— y las trasnacionales. El bloque económico amplía y potencia los mercados, como lo demostró el informe Cecchini ¹¹, permitiendo así la expansión de las empresas trasnacionales y la creación de otras; también fracciona el poder de los estados, reduciendo sus controles. En última instancia, facilita, igualmente, la uniformización de la economía mundial, al menos en el mundo desarrollado y constituye un instrumento intermedio importante de globalización de la economía.

11. CECCHINI, Paolo. *El costo de la no Europa*.

EL MERCOSUR EN EL TABLERO: ¿PEÓN O ALFIL?

1. LOS PANTALONES CORTOS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Las fatigosas peripecias de la integración latinoamericana, como todos sabemos —dejando de lado sus orígenes heráldicos— tienen por lo menos dos tiempos: el período de la ALALC y el período de los acuerdos subregionales.

El período fundacional de la ALALC se caracterizó por la influencia del pensamiento cepalino, a partir de su concepción desarrollista, basada en el protagonismo del Estado interventor y planificador. Las condiciones reinantes en el sistema internacional entre el final de la Segunda Guerra Mundial y las crisis de los años 70, facilitaron la industrialización sustitutiva de las importaciones. Se produjo una asociación natural entre la inversión privada y la acción del Estado en espacios económicos nacionales altamente protegidos, lo que dio lugar a una dinámica de desarrollo relativamente autosostenido y autorreproductivo, que en ciertos países de la región sirvió para financiar algunas demandas básicas de la población: más empleo, mejores salarios, más educación, mejor protección para la salud y más viviendas.

Bajo las altas barreras proteccionistas se crearon una multitud de empresas nacionales, tanto estatales como privadas y se instalaron las grandes empresas extranjeras para abastecer desde adentro los mercados protegidos, dando la apariencia de un desarrollo endógeno, que la literatura contestaria de la época, incluido Fernando Henrique Cardoso, estigmatizó como una forma de desarrollo dependiente, básicamente no genuino y que acentuaba las desigualdades sociales. Aún así, el período dejó saldos positivos muy importantes, fundamentalmente para los sectores laborales y sociales de menores recursos.

Las economías así construidas eran bastante ineficientes, pues su falta de productividad y baja tecnología, se compensaba con los altos precios que

el proteccionismo permitía, pero el talón de Aquiles del sistema fue el pronto agotamiento del proceso por las limitaciones y rigideces de los mercados nacionales, que muy pronto se saturaron.

Las concesiones recíprocas que se obtuvieron bajo el sistema de ALALC, se terminaron rápidamente y, en 1969, ya se había negociado el 96% de ellas, con resultados baladíos. Los pocos beneficios que se cosecharon se repartieron desigualmente: Argentina, Brasil y México fueron los países más gananciosos y las únicas empresas que tuvieron un desempeño importante en el marco de la integración económica, fueron las transnacionales, las únicas con capacidad para ordenar su actividad en espacios económicos más amplios.

La ALALC nació sin un proyecto político que la vertebrara y si de alguna manera lo tuvo, constituyó el sueño de tecnócratas, carente del compromiso de los gobiernos, que más bien alentaban proyectos geopolíticos contrapuestos, por lo menos en varios países de la región.

Sobre los cimientos inconclusos de ALALC se levantó la tienda de campaña de ALADI, que tuvo los modestos pero efectivos logros de ser el garante jurídico y archivero de las integraciones subregionales: el Pacto Andino y el MERCOSUR. Nos interesa aquí el MERCOSUR, que nace en un contexto internacional y regional muy diferente a la ALALC, al contrario del Pacto Andino.

El sistema internacional evolucionó como se dijo y al hacerlo, provocó ciertos cambios en la región en lo económico y en lo político, que unidos a las transformaciones internas experimentadas por esta, conforman el escenario en que se gestó el MERCOSUR, que es, en esencia, el actual. Trataremos de listar, para terminar esta sección, sus rasgos principales.

En lo económico, se agotaron las posibilidades del modelo sustitutivo de exportaciones y desde la década del 70 se produjo una progresiva apertura de los mercados de la región, que se acentuó grandemente en la presente. Como consecuencia, caen los aranceles y las protecciones y hasta se limita el uso de las barreras no arancelarias. El proyecto de desarrollo regional endógeno fue sustituido en una parte sustancial, por el modelo de desarrollo exógeno.

Consecuentemente, aumentó el comercio subregional en el MERCOSUR y con países vecinos, favoreciendo netamente al Brasil, pero originán-

dose corrientes de intercambio intraindustrial, más importantes en el caso de Argentina y Brasil, pero de interés para Uruguay y Chile. Esta evolución se produce a expensas de los sectores más sensibles de la industria local protegida y del aumento del desempleo industrial.

En lo político, se entrecruzan varios proyectos y diversos intereses, pero, en todo caso, hay protagonistas claramente identificables. Por orden tentativo de importancia, mencionaremos al Brasil, a las trasnacionales de origen norteamericano y europeo, las ya instaladas y luego las que pretenden hacerlo, los Estados Unidos, la Argentina, la Unión Europea, el Mercosur, Uruguay, Paraguay, Chile y Bolivia.

Los proyectos más importantes explícitos o implícitos son: el proyecto de integración económica de los países del Cono Sur, el proyecto de crecimiento y expansión brasileño (reformulado y modernizado), el proyecto norteamericano de formar un megabloque continental, el más poderoso del mundo y el trasnacional, si lo hay. De los restantes actores y de otros no mencionados, no creemos que pueda decirse que tienen proyectos propiamente dichos —el que podría tener la Argentina, aunque potencialmente importante, no aparece actualmente con suficiente especificidad—, sino expectativas.

No podemos tratar, uno por uno, los actores, los proyectos o las expectativas; nos referiremos a los que tienen mayor incidencia, entre los cuales, objetivamente, no puede figurar nuestro Uruguay.

2. MIRANDO EL MUNDO DESDE EL PALACIO DE LA ALVORADA.

Hasta los años 40, la Argentina emergía como el país sudamericano mejor dotado para pegar el salto hacia la industrialización y establecer un liderazgo político en Sudamérica, a pesar de la diferencia de población y de tamaño con su vecino del norte. Diversas circunstancias congelaron las posibilidades argentinas y propiciaron la expansión del Brasil, a pesar del siempre contradictorio y a veces extremadamente crítico panorama político, económico y social que vivió ese país durante el período y que se ha ido agravando a medida que fue creciendo.

La república oligárquica, a comienzos de los años 30 dio paso al populismo de Vargas, quien cimentó el desarrollo industrial nacional del país, con emprendimientos como la usina siderúrgica de Volta Redonda y de la compañía Vale Do Rio Doce, sin detrimento del sector agroexportador, que defendió con medidas extremas como la destrucción de los depósitos del café y los pesados subsidios a los productores. El presidente Kubitschek, electo democráticamente, asume el poder luego de un golpe legitimista del general Lott, culminando durante su presidencia la inversión de capitales públicos en sectores estratégicamente clave, como el petróleo y el acero, pero también con fuerte presencia de capitales privados brasileños y cuantiosas inversiones extranjeras, todo lo que, unido al potencial del mercado, confirió un matiz especial al proceso de sustitución de importaciones brasileño¹².

En 1957, ya era la 11ª economía del mundo, pasando al 8º lugar en la década de los 80, posición que sigue ostentando. La diversificación y los cambios cualitativos ocurridos durante todo ese período, son más impresionantes aún: los productos industrializados, que en 1968 constituían el 20% de las exportaciones, pasaron en los años 80 a ser el 56%, siendo el 45% de estos, manufacturas. En dicho período, la participación del sector industrial en el PBI total, pasó del 19% al 34% y en el de San Pablo a cerca del 50%. La participación de la industria de transformación de bienes de consumo no durables decrece y crece considerablemente la de bienes intermediarios y durables, pero no así la de bienes de capital, que queda casi estancada¹³.

Esto demuestra que estamos en presencia de una economía madura estructuralmente, pero con tremendos clivajes. Un mercado interno limitado por la enorme área de pobreza y subconsumo que alimenta y es a su vez alimentada por un marginalismo económico y social sin precedentes. Una competitividad interna y externa artificialmente mantenida hasta julio de 1994 por precios del dólar altos, compensada internamente con altas tasas de inflación; una balanza comercial con el tercer superávit del mundo, pe-

12. IGLESIAS, FRANCISCO. "Momentos democráticos na trajetória brasileira", en *Brasil, sociedade democrática*, José Olimpo, ed. Rio de Janeiro, 1986.

13. GUILHERME DOS SANTOS, Wanderley. "A posrevolução brasileira" en *Brasil, sociedade democrática*.

ro que no resistió la eliminación de barreras arancelarias y la depreciación del dólar; un parque industrial poderoso, pero que no pudo incorporar eficientemente las nuevas tecnologías y la producción tecnológica de avanzada, pese a esfuerzos tales como la ley de reserva de informática. Finalmente, una enorme concentración industrial en el estado de San Pablo, que maneja los dos tercios de la industria del país, factor que crea muchos resentimientos en otros Estados, sobre todo los sureños, que pretenden un rápido desarrollo. En resumen, una economía de gran porte, con grandes crisis de crecimiento, que los políticos y planificadores necesitan y buscan superar, entre otros medios, por la formación del Mercosur.

Esto último nos conduce al tema de la vocación de liderazgo brasileña, que es una constante histórica, cualesquiera fueran los gobiernos, porque es una respuesta necesaria al tamaño del país y a una dinámica de crecimiento de demandas y recursos extremadamente rápida. Esta búsqueda de protagonismo se refleja en los esfuerzos por lograr una presencia mundial importante, su relación ambigua con la potencia mundial hegemónica y su expansionismo en el subcontinente. Hagamos algún comentario sobre los dos últimos rubros.

La relación brasileña con los Estados Unidos pasó por diversos momentos, fluctuando entre la obsecuencia y la rebeldía, muchas veces más pretendidas que reales. Las necesidades de crecimiento y las demandas internas tendían a marcar posturas divergentes¹⁴, pero la dependencia de la inversión norteamericana y de la financiación de los organismos internacionales las reducían, en la práctica, a meros gestos. Sin embargo, el Brasil supo conservar cierta autonomía económica, a través de sus empresas públicas y privadas nacionales, la búsqueda y adquisición de nuevas inversiones y tecnologías, incluso la nuclear, a pesar del veto norteamericano y recurriendo a la inversión europea, sobretudo alemana. Estructuralmente, no puede decirse que la relación entre ambos países sea básicamente de oposición, en el actual contexto económico, aunque si hay varios pun-

14. Ver: IGLESIAS, Francisco, op. cit.; LAFER, Celso, "Una interpretación de las Relaciones Internacionales del Brasil, en *Argentina y Brasil en el sistema de las relaciones internacionales*", Nueva Visión, Bs. As., 1993.

tos de fricción, no tanto políticos, sino económicos; pero tampoco se advierten las bases para una complementariedad operativa como en los casos canadiense y mexicano, aún con todos los reparos que puedan merecer las consecuencias de esta asociación para esos países y mismo para los Estados Unidos-país.

Resulta claro que para Brasil es imperativo seguir creciendo, aún sin la participación e incluso sin la buena voluntad norteamericana, pero ello no resulta fácil, porque el acceso al mercado norteamericano, es un requisito indispensable para el salto cualitativo y cuantitativo que la producción brasileña necesita. Esto está indicando que la herramienta del Mercosur tendría un doble propósito no fácil de conciliar: a la par que apuntalar la expansión comercial, económica y tecnológica brasileña en Sudamérica, debe pavimentar el camino para la zona de libre comercio continental, por el cual Brasil pueda tener un acceso a la ZLCNA, con una producción de alto valor agregado.

La relación brasileña con sus vecinos experimentó un cambio sustancial desde finales de la década de los 70, sobre todo con la Argentina. Con este país, el otro gigante sudamericano, las relaciones tradicionales estaban enturbiadas por mutuas rivalidades y desconfianzas, alimentadas por un nacionalismo territorialmente expansivo, con objetivos geopolíticos presuntamente excluyentes, que alentaban hipótesis de conflicto regionales y fronterizos y estrategias y planes de contingencia basados en posibles ataques armados. El mutuo recelo originó gastos militares muy superiores a los necesarios y coartó muchas posibilidades de cooperación fronteriza. El deshielo comenzó a producirse por el mal motivo del común interés de los gobiernos militares en la lucha antiterrorista y la represión y luego, por el de la diplomacia brasileña, en el período de Figueiredo, en profundizar las bases de cooperación con América Latina. Ello ya supuso el abandono de las clásicas concepciones decimonónicas de expansión territorial, trocándolas por la inserción económica en los países vecinos, como uno de los medios de superar las rigideces del mercado brasileño. La solución del importantísimo diferendo sobre aprovechamiento de los recursos hídricos del Paraná, con la firma del acuerdo tripartito sobre Itaipú-Corpus y la visita de Figueiredo a la Argentina en 1980, en el marco de un programa de visitas

presidenciales a seis países de América del Sur, preludio de una ofensiva comercial, fueron elementos importantes para fomentar la cooperación. La solidaridad brasileña en el drama de las Malvinas, añadió a la relación un ingrediente emocional¹⁵.

Con el restablecimiento de la democracia, pasó a un primer plano el mutuo interés en su defensa y en la concertación política regional, así como la necesidad de enmarcar la cooperación económica y comercial en un sistema de integración bipartito, con miras a superar las asimetrías cualitativas y cuantitativas que se advertían en el comercio recíproco, reflejo del desigual crecimiento económico de ambos países en las últimas décadas. Desde la firma de los doce protocolos bilaterales en julio de 1986, hasta la aprobación del Tratado del Mercosur en marzo de 1991, pasando por el Tratado Bipartito de Cooperación, Integración y Desarrollo de noviembre de 1988, la historia es conocida.

Es difícil aún discernir si, a través de todo ese proceso de integración comercial y liberalización de mercado, Brasil está más cerca o más lejos que 10 años atrás, de sus objetivos de crecimiento económico hacia afuera, de estabilidad macroeconómica y solución de sus graves problemas internos, de aglutinar a sus vecinos sudamericanos en un espacio asociativo orquestado por él, de mejorar su status y capacidad de negociación internacionales, sobre todo frente a los Estados Unidos, en una atmósfera de creación de un mercado continental y demás problemas que debe enfrentar.

3. PANORAMAS DESDE LA CASA ROSADA.

Es más difícil que en el caso del Brasil, focalizar un proyecto argentino de largo aliento, que haya contado con el respaldo de sucesivos gobiernos, y sido aceptado por las élites poderosas, con vistas a un determinado modelo de crecimiento. El modelo tradicional, que funcionó exitosamente hasta mediados del siglo, la Argentina agroexportadora, ya no es más suficiente para desatar un ciclo de crecimiento autosostenido, que dé respuesta a las demandas de una población más exigente que la brasileña. A

15. COSTA, Gino. "A expansao da presença brasileira na America do Sul", en *"Política e Estratégia,"* vol. VII, N° 1, Jan-marzo 1989, Sao Paulo.

lo largo de los años de crisis política y económica no se articuló ninguna alternativa clara, pero se ensayaron diversos proyectos que, aún provocando diferentes cambios, buenos y malos, no tuvieron la suficiente intensidad como para promover una transformación económica proporcional a la ocurrida en Brasil.

El acumulado de esas transformaciones superpuestas arrojó como resultado que, en la década del 80, el país entrara en una situación caótica, como consecuencia de una suma de factores adversos internos y externos¹⁶. El actual gobierno, contra lo esperado, realizó el más acabado desmontaje del aparato estatal dirigista, proteccionista y regulatorio de la economía de todo el MERCOSUR, superando el intento del gobierno militar de Onganía de "constituir un país abierto, competitivo y moderno"¹⁷ y del neoliberal Martínez de Hoz, ya que se vendieron las compañías públicas, cosa que los militares, por razones de seguridad nacional, se negaron a hacer. Se logró paralelamente, la estabilidad macroeconómica, estableciendo una paridad fija con el dólar, llevar la inflación a menos de un dígito y el equilibrio presupuestal, con el dinero ingresado por la venta del sector público, pero no la reactivación del aparato productivo, pues no llegó la inversión transnacional en la medida esperada. El ancla cambiaria y la inflación acumulada hasta la estabilización de los precios internos, provocó un alza de los bienes no transables, la que sumada a la reducción arancelaria, trajo aparejado una gran pérdida de competitividad y un gran déficit del comercio exterior, como en el Uruguay y últimamente en Brasil, situación que, tarde o temprano obliga a un retorno al proteccionismo.

Mucho más aún que para el Brasil, la dialéctica inserción en el mundo (fundamentalmente en los Estados Unidos) —Mercosur marcó la política exterior argentina. La década anterior estuvo signada por la solidaridad regional en lo político e ideológico, con momentos cimeros como la cumbre de Acapulco, pero, hoy por hoy, este asunto perdió interés y las relaciones

16. STAHRINGER, Ofelia y col. "La integración del cono sur americano en los 90. los factores condicionantes y actores involucrados", pág.45., en *Estado, Mercado y Sociedad en el Mercosur*. Op. cit.

17. ROUQUIÉ, Alain. *Poder militar y sociedad política en la Argentina*, II, 1943-1973, cap.VII., Emecé ed., Bs.As., 1982.

económicas con Brasil se manifestaron parcialmente adversas a la Argentina, a pesar de ciertos logros en el comercio intraindustrial recíproco, sobre todo a partir de 1992 y de una creciente inversión brasileña en el país (se triplicó entre 1992 y 1993).

Si bien el actual gobierno desde el principio, manifestó su determinación de mantener una política exterior diversificada e independiente de los procesos de integración, buscando hacerse acreedor a una relación privilegiada con los Estados Unidos, que desemboca a veces en episodios públicos de injerencia de ese país en los asuntos internos, cabe reconocer que las circunstancias apuntan hacia la necesidad de una política exterior basada en un juego de motivos mixtos, de complejo trámite, pues es difícil saber bien que repercusión tendrán las diferentes apuestas —apertura irrestricta del mercado, alineamiento con los Estados Unidos, profundización del Mercosur, etc.— En la tabla final de costos-beneficios. En el fondo, los objetivos y necesidades argentinos no difieren tanto de los brasileños, pero a la problemática de una mejor inserción en el mundo desarrollado, que en su caso es todavía más compleja, se suma la de lograr una asociación más paritaria con Brasil, lo cual la obliga a adoptar políticas diferenciales.

4. EL MERCOSUR EN SU LABERINTO.

El "Alejadinho" de Ouro Preto.

Luego de los acuerdos de diciembre de 1994, Ouro Preto cuenta con un nuevo "Alejadinho", pero sin la grandeza del gran artista mineiro. Bautizado mercado común en su nacimiento, ha llegado a 1995 como un organismo intergubernamental, sin supranacionalidad, que configura una zona de libre comercio incompleta y una unión aduanera incompleta. Aún así, los desequilibrios macroeconómicos de sus miembros, los lleva a replantear las limitadas concesiones que se toleraron luego de arduas negociaciones. Si el Uruguay pudo obtener que se diera una sobrevida bastante generosa en agosto de 1994 en Buenos Aires, a su industria fuertemente golpeada por la apertura, fue porque todos tenían conciencia formada de que también necesitaban o necesitarían soluciones similares.

Sin duda la Argentina, que hace pocos días planteó un aumento general del arancel externo común recién aprobado; pero el mismo Brasil, aquejado por una enorme pérdida de competitividad (20%), a raíz del aumento de los precios internos, debido a la implantación del plano real, estaría por pedir el aumento de las excepciones al arancel externo común u otras medidas restrictivas.

No obstante ser estos datos poco halagüeños, se trata sólo de episodios previsibles de una integración pautada por cronogramas demasiado ambiciosos y que nadie tomaba en serio. El problema a considerar aquí es más profundo y tiene que ver con las magnitudes absolutas y relativas del MERCOSUR, comparadas con las de los megamercados y con las muy marcadas diferencias cualitativas que pueden señalarse respecto de estos. El PBI conjunto de los cuatro países del Mercosur, es diez veces menor al de la Unión Europea y de la ZLCNA (NAFTA). Teniendo en cuenta que la población total del Mercosur es poco más de la mitad de la de cualquiera de ellos, el PBI per capita es de cuatro a cinco veces menor. En términos de comercio internacional, en 1993, sólo participaba en un magro 2.9% del total mundial, del cual sólo el 18% de las exportaciones y el 19% de las importaciones se procesaban dentro del sistema integrativo¹⁸.

Otros datos son reveladores de la asimetría existente con las grandes áreas del mundo. La región es netamente tomadora de capitales y de tecnologías, no es sede central de empresas transnacionales y carece de capacidad de innovación. Utiliza aún procedimientos productivos atrasados y su reactivación requerirá importante inversión en renovación de parque industrial, que parece estar fuera del alcance de las empresas locales, sobre todo de las PYME y si ésta se produjera, desplazaría mano de obra en los sectores y ramas correspondientes. Al contrario de los megamercados, en términos relativos no hay sectores de alto rendimiento que subsidien a los demás, ni países ni regiones más ricos, que de alguna manera compensen a los más pobres. Todo ello, acompañando de que los sectores carenciados son una parte mucho más grande de la población, de que los países deben luchar contra un déficit fiscal estructural y de que cada vez hay menos dis-

18. Cálculos del autor sobre estadísticas de ALADI.

posición, adentro y afuera, para financiar el estado de bienestar y más oportunidades para sustraerse a los ajustes impositivos.

Las cifras del comercio recíproco de los países del Mercosur se han multiplicado por 2.9% en dólares corrientes entre 1980 y 1993, lo cual es muy considerable; el resultado es todavía más importante si se tiene en cuenta que en todos los casos, excepto en el caso paraguayo, aumentó la participación de ese comercio en el comercio total¹⁹. Sin embargo, el proceso de creación de comercio intramercosur no podrá continuar demasiado tiempo. Si bien, teóricamente, hay beneficios en los procesos de apertura comercial, los costos nacionales y sectoriales, incluidos los laborales, en los países subdesarrollados son difíciles de soportar, por cuanto la eliminación de las industrias ineficientes no es compensada, por lo menos en el mediano plazo, por la creación de nuevas industrias eficientes²⁰. La oposición sectorial se generaliza y trae consecuencias políticas que los gobiernos y los negociadores, como dijimos más arriba, no pueden ignorar y los obliga nuevamente, a defender la producción ineficiente, como una necesidad del conjunto. Por lo tanto, salvo imponderables, el Mercosur, aunque incorpore nuevos países sudamericanos al sistema, seguirá siendo relativamente pequeño, inestable e inorgánico.

El progreso hacia nuevos niveles de economías de escala es, pues, incierto. Pero, como vimos, actualmente se requiere para crecer, la incorporación de una capacidad innovatoria muy alta y una gran inversión disponible para convertirla en productos exportables de alto valor agregado. Para esto no es evidente, a partir de un piso mínimo, la necesidad de un crecimiento exponencial de la economía y del mercado. Japón, mucho más pequeño, y con menor población que los Estados Unidos, logró un desarrollo mucho más rápido y de altísima calidad técnica. Países aparentemente aislados, como Corea y Taiwan, también lograron resultados extraordinarios. Esta conclusión, que parece auspiciosa para el Mercosur, no lo es, porque, precisamente, carece de esta capacidad innovatoria y de

19. Ídem.

20. DE ALMEIDA MACALHAES, João Paulo. *Integrações econômicas e desenvolvimento, papel interno del IEPES*, Río de Janeiro, 1993.

fuentes de inversión. Por otra parte, el doble proceso de copia de tecnologías patentadas, su reproducción masiva a precios más competitivos y su perfeccionamiento en una etapa posterior, que impulso el desarrollo japonés, ya no es tan factible. Las nuevas reglas del GATT y de la ZLCNA incluyen la protección de los derechos de autor y las mismas se impondrán severamente en el futuro.

En realidad, el crecimiento conjunto hacia afuera, que es presentado en el Tratado de Asunción, como el objetivo central de la integración actual, no es tal. El Brasil posee una base económica madura para apoyar este tipo de crecimiento, cuya meta es la penetración de los mercados centrales y si no lo tiene, el aumento de una vez y media, más o menos, del tamaño de su economía, en términos de PBI, que le brinda el Mercosur, no es condición suficiente. Por otra parte, por tratarse de un sistema que propone una asociación para crecer en conjunto, sería del caso preguntarse que papel corresponderá en el modelo a países como el Uruguay y Paraguay y mismo a regiones como Santa Fe, Entre Ríos y Río Grande do Sul. Que sepamos, respecto de esta pregunta no hubo siquiera una reflexión seria.

Este tipo de desarrollo requiere, además de la capacidad de competir en los mercados de primera magnitud, la implantación de las tecnologías de avanzada, necesarias para hacerlo en el Mercosur, por cualquiera de las modalidades de complementación económica conocidas. A estos efectos, la negociación con el mundo transnacional es indispensable. En tal caso puede ser importante, como factor coadyuvante, la unificación del mercado subregional, pero no imprescindible. La zona de libre comercio entre países de desarrollo limitado, tiene mas valor para sustituir la producción local por la producción regional mas competitiva, al nivel tecnológico existente, que para catapultar un cambio cualitativo del crecimiento exportador. Por estos argumentos y los ya dados en la sección correspondiente al Brasil, la iniciativa del Mercosur en 1990, aparece en lo fundamental, como una estrategia para establecer un "linkage" entre Brasil y sus vecinos de la subregión con la ZLCNA, en el contexto de la Iniciativa de las Américas, que plantea la formación de un mercado continental, el cual, en su momento, se consideró como inevitable y bastante inminente, como surge de las actas de la reunión cuadripartita (Argentina, Brasil, Chile y Uru-

guay) del seis de setiembre de 1990. El bajo nivel general arancelario adoptado, con una acotada protección selectiva, abona esa conclusión. La no coincidencia de los ritmos de ambas iniciativas y las rigideces de las economías de los países del Mercosur, hacen retornar a cierto proteccionismo, que se explica por una falla de consistencia interna del modelo, como quedó explicado más arriba.

La hipótesis del crecimiento para afuera merecería mucho más examen, como por ejemplo evaluar si es posible lograr un *modus vivendi* con las transnacionales y un acceso importante a los grandes mercados con una producción de alto nivel en sectores clave. O si este camino estaría vedado, por lo que sería indispensable desarrollar tecnologías propias competitivas, gestionadas por grandes empresas del Mercosur, con apoyo de éste y de sus Estados Parte, a la manera japonesa o coreana²¹. En momentos en que Argentina vendió sus empresas públicas y Brasil se apresta a hacer lo mismo con Petrobrás, esta última alternativa parece bastante ilusoria. Por eso preferimos referirnos a otro aspecto, que no suele tener acogida en la problemática que maneja el enfoque liberal.

Casa Grande (y ordenada) e Senzala.

Una aprehensión total de los fenómenos sociales es epistemológicamente imposible. La realidad social —como cualquier otra— se representa mediante modelos simplificados, que seleccionan algunas variables clave de la misma y explícita o implícitamente excluyen o aleatorizan a las demás. Esa selección es ideológicamente inducida; lo que define las prioridades es una postura valorativa, que borra el dato impertinente a los fines buscados e ilumina aquellos que se adecuan a los mismos. En consecuencia, todos los modelos de acción son voluntaristas y cuanto mayor grado de operatividad, más voluntaristas.

El modelo liberal aplicado en Sudamérica opta por ignorar, salvo en aquellos casos excepcionales en que forman parte del mercado, en las condiciones vigentes, a las enormes multitudes que, en América Latina, están

21. DE ALMEIDA, *op. cit.*

fuera de los circuitos productivos y de consumo. No arbitra, por lo tanto, soluciones sociales o, en todo caso, las supedita al desarrollo económico que supuestamente sobrevendrá por la correcta aplicación de las leyes del libre mercado y las recetas macroeconómicas. La marginación del problema es, por lo tanto, una consecuencia del paradigma aplicado y no corresponde a las exigencias que impone la realidad. El problema social en estos países es de tal magnitud, que está transformando las condiciones de vida de toda la sociedad y generando subsociedades marginales aberrantes que ponen en peligro creciente la vida colectiva²². El neoliberalismo aplicado en estos países, del cual el Mercosur es exponente, agrava el problema, en vez de resolverlo.

En cascada, el modelo cobra un creciente número de víctimas, como efecto de la apertura del mercado y el ajuste macroeconómico. Cuanto mayor es el sector público, más amplio el sistema de seguridad social, más grande la protección brindada al sector productivo, más graves son los efectos y mayores los costos de la transformación, como ha ocurrido en Argentina y Uruguay. Cierre de empresas, despidos, desempleo, desprotección social y encarecimiento de los bienes y servicios no transables, son las consecuencias más conspicuas.

Sin embargo, la crítica liberal a las políticas proteccionistas es tremendamente pertinente. El sector público y el llamado privado, apéndice politizado y burocratizado de aquel, en economías indiscriminadamente protegidas, se convirtieron en cargas muy altas para las sociedades, que debieron generar para mantenerlas, todo tipo de subsidios, hasta naufragar, a la postre, en el llamado impuesto inflacionario y en la trampa de la deuda externa, para cubrir los déficits que, permanentemente, genera el sistema. Finalmente, es imposible pensar que economías pequeñas y medianas puedan subsistir al margen de las reglas de juego del mercado mundial y a las presiones aperturistas de los grandes países.

Pero, en sociedades básicamente carenciadas, el sistema de sustitución de importaciones dio trabajo, creó especializaciones, formó profesionales,

22. GINESTA, Jacques: "La crisis del Estado Interventor en América Latina: sus consecuencias sobre el potencial nacional y la sociedad", en *Revista de la Asociación de Ciencia Política y Relaciones Internacionales del Uruguay*, año V, jul-dic. 1988, Montevideo.

valorizó el conocimiento, dignificó el rol de los trabajadores y reforzó el de las clases medias, tan afín con la democracia, mediante la creación de pequeñas y medianas empresas.

Todo eso está a punto de perderse y no hay respuestas claras para los damnificados de cómo el Mercosur podrá generar nuevas y mejores oportunidades: para el sistema, para los países, empezando por los más pequeños, para las regiones, sobre todo las más perjudicadas, para las empresas locales, sobre todo las pequeñas y medianas, para los trabajadores y para la población en general. Paradójicamente, es posible comprobar que, para evitar la generalización de los efectos más nocivos, los gobiernos, los sectores productivos y los sindicatos, buscan frenar la plena concreción del Mercosur.

5. RESUMEN FINAL Y CONCLUSIÓN

El diseño del sistema internacional actual satisface las necesidades y las expectativas de crecimiento de las regiones más desarrolladas del mundo, dejando de lado las periféricas. Algunas regiones como América Latina y dentro de ella los países del Cono Sur, tienen posibilidades de insertarse dentro del sistema. Para ello, han adoptado el modelo de integración regional, siguiendo el ejemplo de otras regiones del mundo y una metodología liberal, que profesa un modelo de crecimiento basado en la penetración de los mercados más importantes, con productos de alto valor agregado, en condiciones competitivas.

Desde esa óptica, la negociación estaría orientada a realizar acuerdos con los mercados más importantes para obtener acceso a los mismos sin trabas, cosa que actualmente no ocurre y a lograr de las grandes empresas transnacionales, la implantación de las tecnologías y los capitales necesarios en la región, allanando todas las barreras internas para el libre tránsito de los factores de la producción.

En el primero de los campos, las perspectivas mayores se abren respecto de los Estados Unidos y de la ZLCNA, el mayor mercado del mundo y la Unión Europea. Los Estados Unidos plantearon poco tiempo antes de la creación del Mercosur, la Iniciativa de las Américas, prelude de

una zona de libre comercio continental, que aún esta lejos de viabilizarse como un proyecto global, en parte porque el interés actual no es tan grande y en parte porque los Estados Unidos prefieren las negociaciones bilaterales, para maximizar sus ventajas y manejarlas de acuerdo a los intereses en juego.

El Mercosur, naturalmente, presenta varias facetas: es una forma asociativa de afirmar el liderazgo económico y político brasileño en la zona, que ofrece, para la Argentina, la ventaja de garantizar las relaciones pacíficas con su vecino y abrirle posibilidades de inserción en su mercado para sectores competitivos de su producción agropecuaria e industrial, pero que necesita un contrabalance.

Según cómo se utilice o cómo se pueda utilizar, sería el instrumento que allanaría la penetración de la producción norteamericana en la zona sin contrapartida apreciable, cosa que el Brasil y la región tendrían el máximo interés en evitar o la posibilidad de abrir un intercambio intraindustrial provechoso para el Brasil y subsidiariamente para los demás. El resultado depende de las compañías transnacionales, que podrían optar como en los casos de Canadá y México, por realizar estrategias de racionalización productiva intraindustriales e intraempresa, que favorecerían a la región, aunque sometiéndola a más severo control, entre otras cosas por el parcelamiento de los paquetes tecnológicos. El resultado podría ser mejor si se logran acuerdos similares con la Unión Europea, con peso de mercado suficiente para servir de contrapeso a la influencia norteamericana.

Entretanto, el Mercosur esta operando más clásicamente, como una forma de sustituir producción local menos eficiente, por producción regional más eficiente, provocando una cadena de problemas de comercio exterior, productivos y sociales que se agregan a los profundos males crónicos de la región. Esto suscita, a nivel de los Estados parte, general y sectorial, reacciones contrarias a la progresión del sistema.

Como conclusión final, puede decirse que en el nuevo tablero internacional, con reglas de juego nuevas y premios diferentes, el Cono Sur de América, trata con el Mercosur, de salir del conjunto de las zonas del mundo relegadas y abrirse un camino de crecimiento, como en otras ocasio-

nes, plagado de dificultades externas e internas, de interrogantes de todo tipo y de resultado incierto. Pero, en todo caso, con la ganancia neta apreciable de un mejor y más estrecho nivel de relacionamiento y cooperación, propio de los sistemas de integración que, de por sí, abre mejores perspectivas para el futuro.

LA POLÍTICA EXTERIOR DE BRASIL EN DOS TIEMPOS

MONICA HIRST (FLACSO)

Este trabajo intenta resumir las principales iniciativas diplomáticas brasileñas entre 1990 y 1994, indicando "cuándo" y "por qué" se produjo un cambio en la política exterior de los gobiernos de Collor de Mello y de Itamar Franco. El supuesto central es que, a partir de 1993, variables de naturaleza interna y externa llevaron a una revisión y ajuste de algunas estrategias de inserción internacional del país. En este sentido, luego de la crisis de paradigmas planteada a fines del gobierno de Collor —que parecía indicar un cambio programático en la política exterior brasileña— siguió un reacomodamiento de las estrategias *vis-a-vis* la comunidad internacional, pero sin una modificación significativa de los objetivos finales.

LA POLÍTICA EXTERIOR DE COLLOR DE MELLO

Pese al breve mandato, el gobierno de Collor de Mello marcó profundamente los rumbos de Brasil tanto en lo que se refiere a opciones de política interna como a alternativas en su perfil internacional. Coincidiendo con el inicio de la fase de consolidación democrática brasileña, la etapa iniciada en 1990 corresponde, en el campo de la política exterior, a la ruptura de un consenso construido a partir de 1974 y con base en una sólida estructura burocrática y en el apoyo de las élites políticas y económicas del país (Soares, 1994). Se trataba fundamentalmente del proyecto de inserción autonomista cuyas premisas orientadoras priorizaban una actuación independiente y activa en el sistema internacional. A partir de la segunda mitad de los años ochenta, la continuidad de este proyecto se vio seriamente comprometida por transformaciones externas e internas que afectaron su base de susten-

to y legitimidad. En el primer caso, cabe mencionar el reordenamiento político del sistema internacional a partir del fin de la Guerra Fría y la profundización del proceso de globalización del sistema mundial; en el segundo, el agotamiento del modelo de crecimiento interno basado en una lógica sustitutiva y el agitado proceso de consolidación de la democracia brasileña.

De la misma forma en que se generaron expectativas en el plano interno sobre el inicio de un proceso acelerado de modernización y superación de los obstáculos creados por el viejo orden económico, se aguardaba que el gobierno electo a fines de 1989 modificara rápidamente el perfil internacional del país. En tal sentido, se fijaron ciertas prioridades que, en su conjunto, apuntaban al logro de tres metas, a saber: 1) actualizar la agenda internacional del país de acuerdo con las nuevas cuestiones y el nuevo *momentum* internacional; 2) construir una agenda internacional positiva con Estados Unidos, y 3) modificar el perfil tercermundista de Brasil.

El logro de estas metas dependía de cambios en tres temas principales. En el primer caso se destacaba la decisión de abandonar una postura defensiva con respecto al tema ambiental; en el segundo, la de alcanzar un acuerdo rápido sobre la legislación de propiedad intelectual; y en el tercero, la de elaborar un discurso que interpretaba el fin de la Guerra Fría como una fuente de oportunidades de cooperación y no de profundización de la división Norte-Sur. Cabe además mencionar la intención del nuevo gobierno de modificar su postura con respecto al desarrollo de tecnologías sensibles, lo cual significaba, en el plano internacional, ser más flexible *vis-a-vis* los regímenes de no proliferación; y, en el ámbito interno, restringir la participación de los militares en la conducción de la política nuclear. De hecho, el cambio en el área de la tecnología dual encerraba los tres propósitos anteriormente mencionados.

De este modo se adoptaron iniciativas que procuraron materializar las nuevas posiciones brasileñas (Lafer, 1993). Entre estas se destacan: el protagonismo de Brasil en la organización y conducción de la Eco '92 (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, junio de 1992); la negociación y firma del Tratado de Asunción con Argentina, Paraguay y Uruguay con vistas a la formación del Mercosur; la firma de un acuerdo para la creación de la Agencia Brasileño-Argentina de Contabili-

dad y Control de Materiales Nucleares (ABACC) y del acuerdo Nuclear Cuatripartito de Salvaguardias con la AIEA; la propuesta de revisión del Tratado de Tlatelolco; una iniciativa conjunta de Argentina, Brasil y Chile que, finalmente, conduciría a la ratificación del acuerdo; y una legislación específica para controlar la exportación de armas y tecnología sensible.

Cabe subrayar que pese a los cambios propuestos para la política exterior brasileña, se mantuvo uno de sus aspectos esenciales como es su estrecha vinculación con el modelo económico del país. De la misma manera que la política autonomista poseía un carácter fuertemente instrumental para la estrategia desarrollista brasileña, ahora se pretendía que el nuevo diseño de política exterior fuera un sostén al proceso de reformas económicas internas para enfrentar los desafíos internacionales. En tal sentido, se señaló como rasgo distintivo de la política exterior del gobierno de Collor el objetivo de constituir una herramienta para incrementar la competitividad internacional de Brasil, mejorando sus condiciones de acceso a mercados, créditos y tecnología. (Azambuja, 1991)

Luego de una etapa inicial muy dinámica, en la cual se procuró acelerar el abandono del modelo estatista, mediante la rápida implementación de medidas neoliberales, con el objetivo de seguir el ejemplo de otros países latinoamericanos —como Chile, México o Argentina— la capacidad de acción de Collor de Mello se vio restringida por la crisis política surgida en el primer año de gobierno. Del amplio paquete de reformas económicas, que incluía apertura comercial, liberalización de inversiones, privatizaciones de empresas estatales y renegociación de la deuda externa, apenas se mantuvieron en pie los objetivos en el campo del comercio exterior¹. La incapacidad del poder ejecutivo de liderar las negociaciones necesarias con las élites políticas y económicas para la implementación de una reforma de tal envergadura, sumada a la crisis ética que puso en cuestión la propia legitimidad del presidente electo, terminaron por conducir al país a un im-

1. Se adoptaron medidas tendientes a la reducción progresiva de los niveles de protección arancelaria, eliminación de incentivos y subsidios, supresión de cuotas y fin de la prohibición de importar determinados productos. Con respecto a productos sin equivalencia en el país, productos con protección natural y productos en los cuales Brasil tuviese ventajas comparativas se estableció un arancel cero.

pasaje político resuelto recién con el alejamiento del presidente, a dos años del inicio de su gobierno ².

En el plano externo, la crisis política brasileña revirtió las expectativas sobre el cambio de perfil internacional del país. A pesar del esfuerzo de Itamaraty de mantener el curso de la política exterior en forma independiente de la crisis política nacional, fue inevitable el deterioro de la imagen de Brasil en la comunidad internacional, particularmente entre las naciones industrializadas. A la decepción generada por la fragilidad interna del gobierno de Collor de Mello, las potencias occidentales —particularmente Estados Unidos— se mostraron desilusionadas con la actitud brasileña durante la Guerra del Golfo ³. En el plano económico-comercial la imagen de Brasil también se vio deteriorada *vis-a-vis* la comunidad de negocios, ya fuera por la actitud poco amistosa asumida en el inicio del gobierno de Collor en las negociaciones de la deuda externa, o por las resistencias internas —especialmente en el ámbito parlamentario— en apoyar las políticas de liberalización y de privatización propuestas por el poder ejecutivo, o por el desinterés brasileño para iniciar las negociaciones de un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos.

La crisis y el posterior derrumbe del gobierno de Collor comprometieron profundamente los ideales neoliberales de las élites brasileñas al tiempo que se observó un recrudecimiento de las posturas neodesarrollistas que procuraron ejercer una mayor influencia en la conducción tanto de temas internos como internacionales. Mientras tanto, el protagonismo asumido por el poder legislativo durante el proceso de destitución del ex-presidente amplió la capacidad de influencia del Parlamento en el proce-

2. En mayo de 1992 el Congreso Nacional estableció una Comisión Parlamentaria para acelerar las investigaciones por las denuncias de corrupción efectuadas por el hermano del Presidente contra el ex-tesorero de la campaña presidencial. El trabajo de la Comisión señaló la participación del Presidente en el caso. En septiembre de 1992 la Cámara de Diputados acogió el pedido de impeachment de Collor solicitado por la Asociación Brasileña de Prensa y por el Colegio de Abogados de Brasil. Luego de ser separado del gobierno en octubre, Collor renunció a la presidencia de la República el día del impeachment en el Senado (29 de diciembre de 1992).
3. A pesar de apoyar la posición norteamericana en el Consejo de Seguridad de la ONU, Brasil se opuso a enviar tropas al Golfo.

so decisorio de la mayoría de las cuestiones relevantes de la agenda nacional. Este hecho terminó estimulando la politización de los temas de la agenda externa, ampliando notablemente el ámbito del debate sobre los mismos. Además de la acción de los lobbies militares, empresarios y políticos, que alimentaban el debate sobre determinadas cuestiones como la ley de la Propiedad Intelectual, el Tratado Nuclear Cuatripartito con la Argentina, ABACC y AIEA, y la revisión del Tratado de Tlatelolco, se observó una mayor preocupación en torno a temas como el medio ambiente y los derechos humanos. Esta preocupación fue estimulada por diversos sectores de la sociedad brasileña que —a través de las Organizaciones No Gubernamentales— pasaron a influenciar en forma creciente a la opinión pública brasileña.

EL CONSENSO EN DEBATE

Tanto la crisis de los ideales neoliberales como el proceso de consolidación democrática afectaron el margen de maniobra de Itamaraty. Las reducidas bases de apoyo interno con respecto al conjunto de transformaciones propuestas por el gobierno de Collor así como también la ampliación del debate sobre las opciones políticas del país contribuyeron al surgimiento de controversias en el ámbito de la propia corporación diplomática. Se observó desde entonces un proceso de pérdida de paradigma, que si bien no puso en cuestionamiento la capacidad profesional de sus funcionarios (no solo en cargos de política exterior) significó un cambio importante en el ámbito burocrático civil de mayor solidez del Estado brasileño. (Soares de Lima, 1994; Batista, 1993)

Este hecho terminó con la difundida noción de que continuidad y consenso constituyeran aspectos permanentes de la política internacional del país. Además, se hizo, cada vez más difícil presentar el consenso como algo dado —en lugar de ser el resultado de un proceso continuo de negociación— limitándose la autonomía relativa de la política exterior del país. Este atributo había asegurado la continuidad y coherencia de las principales políticas. Luego de haber resistido al cambio de régimen político en 1985, por primera vez —desde mediados de los años '70— la política exterior "demo-

cratizarse", debiendo ampliar sus condiciones de transparencia y "accountability". Al mismo tiempo la agenda de política exterior ya no era solo el resultado de la voluntad del Estado sino que también incluía cuestiones suscitadas en el ámbito inter-societal.

Dentro y fuera del Ministerio de Relaciones Exteriores se pasó a cuestionar la naturaleza estatal de la política exterior, ante la necesidad de ampliar sus bases de apoyo interno. Paradójicamente, la existencia especializaciones diplomáticas como recurso organizativo de Itamarati lo expuso a las presiones de diversos grupos de intereses que comenzaron a manifestarse con mayor incidencia a partir del proceso de consolidación de la democracia. En este contexto, el fenómeno de politización anteriormente mencionado, alcanzo al ámbito diplomático dando lugar a una diferenciación entre posturas mas próximas a los ideales neo-desarrollistas y, en consecuencia, nacionalistas y posturas mas identificadas con el neo-liberalismo, con un sentido mas cosmopolita.

La división entre ambas posturas se definió en función de una temática central: la forma de relacionamiento con Estados Unidos (Soares & Hirst, 1994). Esta cuestión se convirtió en un tema clave del debate instalado dentro de la corporación diplomática a partir del fin del gobierno de Collor, extendiéndose a otros temas de la agenda externa brasileña como el medio ambiente, la tecnología sensible, la integración regional y las relaciones con Argentina.

Dos posiciones extremas se manifestaron en el ámbito parlamentario a raíz del tratamiento de la ley de Propiedad Intelectual: la primera proponía una mayor convergencia con Washington, como medio para recuperar la credibilidad internacional de Brasil; la segunda defendía el distanciamiento de Washington para preservar un espacio de maniobra necesario en el sistema internacional para defender los intereses nacionales. Ambas opciones tenían como punto en común la percepción de que Brasil se encontraba en una posición particularmente vulnerable en el sistema internacional.

En este contexto, y luego del alejamiento de Collor de Mello de la presidencia en octubre de 1992, se inició el gobierno de Itamar Franco. En medio del debate interno sobre la estrategia de inserción internacional

del país, el nuevo gobernante propuso una política exterior que promoviera "el desarrollo del país, los valores democráticos y con sentido universalista... una política exterior sin otros alineamientos que no fueran aquellos... vinculados a la ética y a los intereses del pueblo brasileño" (Amorin, 1993). Esto implicaba una política cuya ausencia de categorización o rótulos revelaba una diferenciación en relación a políticas anteriores, y al mismo tiempo la intención de no generar nuevas expectativas. También se buscaba suavizar las diferencias que venían manifestándose sobre la orientación de la política exterior con el fin de preservar la unidad corporativa. Este hecho permitió una recuperación de los espacios de poder, simbolizada en la designación de un destacado representante diplomático para conducir Itamarati.

LAS CONDICIONES INTERNAS

Itamar Franco inició su gobierno en un contexto interno e internacional notablemente desfavorable para Brasil. Durante el transcurso de 1993, el nuevo gobierno buscó superar las secuelas por el trauma político del período 1990-92, procurando encontrar simultáneamente una puerta de salida para la prolongada crisis económica de Brasil⁴. Al deterioro causado por una situación de crónico desequilibrio macroeconómico, caracterizado por un desmedido proceso inflacionario, se sumó una agenda política en la cual la confrontación entre el poder ejecutivo y el legislativo se había vuelto una constante. A diferencia de Collor de Mello que llegó al poder por el voto directo de la mayoría de la población, Itamar Franco accedió a la presidencia de la República como una contingencia de la crisis de legitimidad que sufrió el poder ejecutivo.

Frente a un cuadro político interno conflictivo, la agenda externa no constituyó un tema prioritario en los comienzos del gobierno de Itamar Franco, quien mostró escaso interés en practicar una diplomacia presiden-

4. Las previsiones inflacionarias previstas por la revista *Conjuntura Económica*, en el momento de implementarse el plan de estabilización que dio origen al Real, eran 30% para junio de 1993 y de 29,5% para el segundo trimestre de ese año. (*Conjuntura Económica*, Vol. 47, N.7, julio de 1993, p.14).

cial. Entonces la política exterior fue delegada a actores de reconocido prestigio, pertenecientes a la corporación diplomática o a otros ámbitos.

Las limitaciones en el plano externo estaban dadas por el deterioro de la situación macroeconómica del país y por el contraste generado vis-a-vis otros países de la región que habían logrado dar continuidad —con aparente éxito— a sus respectivos programas de estabilización y reforma económica. Al mismo tiempo las fisuras político-estratégicas del llamado nuevo orden suscitaban dudas sobre la viabilidad de un sistema sin control hegemónico y existía el temor de que las potencias occidentales dirigiesen sus recursos a la recuperación política y económica de los países de la ex-Europa del Este en detrimento del Sur. Por otra parte, en cuanto a las percepciones de la comunidad internacional, existía la expectativa sobre si Brasil iba a retomar una postura nacionalista, producto de la creencia de que no solo el nuevo mandatario necesitaba diferenciarse de su antecesor pero también en función de sus propios antecedentes políticos.

Transcurridos los primeros meses, el gobierno de Itamar Franco comenzó a definir la actuación internacional de su gobierno, observándose un mantenimiento de las políticas iniciadas anteriormente, paralelamente a la adopción de un posicionamiento marcado por la condición de país en desarrollo. En este contexto, algunas decisiones de la diplomacia brasileña fueron paradigmáticas del proyecto de inserción internacional del nuevo gobierno, a saber: la actuación en los foros políticos multilaterales, la reafirmación de los compromisos previamente asumidos en el campo de no proliferación, la profundización de la integración regional, la "desdramatización" de las relaciones con Estados Unidos, la reafirmación de los cambios introducidos por el gobierno anterior en el ámbito de la Ronda Uruguay, y la aproximación a pares potenciales de la comunidad internacional (China, India, Rusia y África del Sur). En conjunto, estas decisiones reflejaban -y aun reflejan- los diferentes proyectos de inserción internacional en debate en Brasil; la de un país continental ("país ballena"), la de una nación con intereses múltiples en la dinámica de globalización de la economía mundial ("global trader") y la de un actor protagónico en el proceso de regionalización en curso en el hemisferio ("socio privilegiado") (Albuquerque, 1994).

EL ÁMBITO MULTILATERAL

Fue en los foros multilaterales, y particularmente en las Naciones Unidas, donde se observó un cambio en la actuación internacional de Brasil, revirtiendo el cuadro de pasividad e imprimiendo mayor "visibilidad" al país frente a la comunidad internacional. El mayor esfuerzo se centró en el objetivo de asegurarse voz y voto en la reforma institucional del orden mundial.

En este sentido, el gobierno de Itamar Franco intensificó la acción diplomática de forma tal de lograr una inserción que garantizara al país una participación más activa y menos defensiva. Cabe destacar el esfuerzo brasileño de incluir en el seno de las Naciones Unidas, una Agenda para el Desarrollo que se sumara a la Agenda para la Paz. Bajo el supuesto de que la agenda internacional giraría alrededor de la cuestión de la democracia, del desarrollo y del desarme, comprendiendo también las áreas de derechos humanos, medio ambiente y seguridad internacional, y que la pobreza y el subdesarrollo constituían amenazas importantes, esta propuesta procuraba comprometer a las Naciones Unidas en el esfuerzo de superación del subdesarrollo y de la pobreza.

Además, se procuró asegurar un lugar en la discusión de los temas globales —derechos humanos, ecología, narcotráfico, terrorismo— en clara oposición a nuevos principios de carácter intervencionista. Estos temas acompañados de los nuevos principios de "soberanía compartida", "limitada", o de "intervención humanitaria", reivindicaban para la comunidad internacional el llamado deber de intervención, asistencia o injerencia en situaciones en las cuales los derechos humanos o la democracia se veían amenazados. Algunos episodios transformaron al gobierno brasileño en un terreno potencial para la aplicación de estos conceptos, destacándose el asesinato de menores en las calles de Río de Janeiro en julio de 1993, la masacre de los indios ianomamis en agosto de 1993, y las constantes denuncias de depredación ambiental en la Amazonía.

Al respecto, cabe mencionar dos iniciativas del gobierno brasileño. En primer lugar, el papel desempeñado por Brasil en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993) destacándose el intenso tra-

bajo del representante brasileño en la calidad presidente de la Comisión de Redacción, para encontrar un común denominador entre las diversas visiones sobre la actuación de la comunidad internacional en defensa de los derechos humanos. En cuanto a la cuestión ambiental, el establecimiento de un sistema de vigilancia de la Amazonía (Sivam), con vistas a reprimir la práctica de actividades ilícitas en la región, como el tráfico de drogas y el contrabando de riquezas minerales, como también incentivar el control ambiental y de las áreas indígenas a través del monitoreo en el uso de las tierras y del agua; y asegurar un poblamiento ordenado del área sobre la base de un proyecto de desarrollo sustentable para la región.

Asimismo, el gobierno brasileño paso a dedicar especial atención al debate de las Naciones Unidas sobre la ampliación y democratización de los procesos decisorios multilaterales. El proyecto de expansión del Consejo de Seguridad y de la democratización de sus procedimientos era considerado crucial para ampliar la legitimidad y otorgar mayor eficacia a este órgano, asegurando así su adecuación a la nueva realidad internacional. Dentro de este marco, el gobierno inició una campaña postulando a Brasil como candidato natural de América Latina para ocupar un lugar permanente en el Consejo de Seguridad.

También cabe mencionar la participación brasileña en tres operaciones de paz de las Naciones Unidas: dos en América Central (ONUCA y ONUSAL) y una en África del Sur (UNAVEM), cuyo significado traspasó el de una acción solidaria, inscribiéndose en la intención brasileña de reforzar su peso en iniciativas de seguridad colectivas convergentes con las premisas de política exterior del país. En términos comparativos, esta participación fue (y es) considerablemente menos significativa que la desarrollada por Argentina que pasó a adoptar una política mucho menos selectiva convirtiéndose en el principal aliado de los Estados Unidos en América Latina en este campo.

En el ámbito de la Organización de Estados Americanos la participación de la diplomacia brasileña apuntó a fortalecer la democracia en la región, pero también a proteger a los estados miembros contra intentos unilaterales de intervención e injerencia en sus asuntos internos, y asegurar la solución pacífica de los conflictos. Fueron ejemplos en este sentido, la in-

sistencia para reincorporar a Cuba a la comunidad interamericana y los esfuerzos por procurar una solución negociada a la crisis de Haití.

En el ámbito comercial, y específicamente en la Rueda Uruguay, el gobierno de Itamar Franco continuó la línea de acción del gobierno de Collor consistente en flexibilizar su posición a la inclusión de nuevos temas, convirtiéndose en un fervoroso defensor de la institucionalización de un régimen de comercio multilateral. Entre los motivos que justificaron esta posición estaba el temor de que la discusión sobre estas nuevas áreas desviara la atención con relación a los problemas de acceso, agricultura y textiles y de temas normativos relacionados a la necesidad de superar las falencias institucionales del GATT. La fragilidad económico-financiera del país en los años 80, había abierto el primer flanco en la posición brasileña, que abandonó las banderas proteccionistas de otros tiempos. Como resultado, Brasil finalmente aprobó el "draft final act" que, pese a no contemplar la totalidad de los intereses brasileños, aseguraba un acceso más diversificado del país al sistema de comercio internacional. (Abreu, 1993) Así, a pesar de que al cierre de la Rueda, Brasil obtuvo importantes victorias en el área de las exportaciones de metales, café, té, cacao, azúcar y oleaginosas vegetales, cabe señalar que el país terminó por abrir su mercado de servicios, sin reducción sustancial de los subsidios agrícolas como contrapartida.

Además, vale destacar que al final de la Rueda Uruguay nuevos temas comenzaron a adquirir importancia en los debates sobre el comercio mundial, tales como la cuestión de las condiciones sociales de trabajo, o "dumping" social percibidas en Brasil como una nueva modalidad de presión y exclusión. Existía una vez más el riesgo de que los países en desarrollo que se vieran perjudicados por medidas retaliatorias aplicadas por naciones industrializadas sobre la base de que los bajos costos de mano de obra en los primeros generan condiciones desiguales de competitividad en el mercado mundial⁵. No obstante, la existencia de un Mecanismo de Solución de Controversias en la nueva organización que reglamenta el comercio mundial de

5. En los últimos tiempos se ha vinculado la protección del medio ambiente con medidas proteccionistas dando lugar al denominado "ecoproteccionismo". Entre los sectores brasileños sujetos a enfrentar restricciones figuran el papel y la celulosa.

bienes y servicios (OMC), supone que estas cuestiones podrían recibir un tratamiento menos sujeto a discriminaciones dado el carácter de "rules-based system" de la OMC.

SEGURIDAD INTERNACIONAL

En tanto fue posible observar un cambio de estrategia de la diplomacia brasileña en los foros políticos multilaterales, el gobierno de Itamar Franco continuó con la política desarrollada por la administración anterior en el área de seguridad internacional —particularmente en el campo de la no proliferación. En febrero de 1994 el Senado finalmente aprobó el Acuerdo Cuatripartito de Salvaguardias Nucleares firmado entre Brasil, Argentina, ABACC y AIEA, permitiendo su entrada en vigencia. A continuación el gobierno brasileño manifestó su voluntad de adherir al Régimen de Control de Tecnología de Misiles (MTCR), remarcando que esta decisión no implicaba ningún tipo de restricciones al programa espacial brasileño y tampoco afectaba la cooperación internacional relacionada con tales programas. Con ello, además de asegurar mayor confiabilidad al gobierno norteamericano, aumentó las posibilidades de Brasil de ser eliminado de la lista que limitaba el acceso del país a la tecnología sensible, y mejoró las condiciones generales del país en sus negociaciones comerciales y políticas con Estados Unidos.

Es necesario recordar que estas iniciativas atravesaron por un lento proceso de negociación interna. Recién en agosto de 1994, Brasil pudo ratificar el Tratado para la Proscripción de Armas Nucleares en América Latina y en el Caribe (Tlatelolco), luego de varios intentos previos de Itamaratí en el Parlamento brasileño.

INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y POLÍTICA REGIONAL

En cuanto a la integración regional, se advierte un cambio de perspectiva importante entre el gobierno de Itamar Franco y el de Collor de Mello. La integración latinoamericana, y particularmente el Mercosur, ya no constituía solo un instrumento útil para acelerar el proceso de liberalización de la economía brasileña sino que también adquirió un sentido estratégico. De

este modo, la integración económico-comercial subregional se constituyó en una prioridad, ya que se buscaba a través de la regionalización, "...imponer reglas a la globalización, aunque costara la pérdida de algunas de sus prerrogativas tradicionales... [tales como] la subordinación de decisiones sobre políticas macroeconómicas nacionales a un compromiso negociado entre las partes que componen la unidad regional". (Martins, 1993). Además de demostrar mayor firmeza en las negociaciones finales del Mercosur para lograr establecer una unión aduanera a partir de enero de 1995, Brasil propuso nuevas iniciativas integracionistas en la región. Su primer paso en este sentido fue lanzar la Iniciativa Amazónica (diciembre de 1992) en la VI reunión del Grupo de Río en Buenos Aires, con vistas a la creación de un área de libre comercio entre Brasil y los países amazónicos. En realidad, se trataba de reeditar un viejo proyecto brasileño de crear un agenda positiva con sus vecinos amazónicos, vinculando el tema de la cooperación al de la seguridad en un área particularmente problemática. Un año más tarde, en la reunión del Grupo de Río en Santiago, Brasil promovió la formación de un área de libre comercio sudamericana (ALCSA) que comprendería el Mercosur, el Pacto Andino, la Iniciativa Amazónica y Chile. En este caso se buscaba crear una zona de libre comercio plena en el plazo de diez años, mediante la reducción lineal y automática de aranceles, sin perjudicar la participación de los países miembros del Mercosur en otros esquemas de liberalización comercial. Aunque interpretada por numerosos observadores como una respuesta a la creación del NAFTA, la propuesta de la ALCSA pretendía dar mayor "visibilidad" política a la creciente presencia de Brasil en el comercio intrarregional observado en los últimos años.

Con respecto al Mercosur, cabe subrayar la importancia que el intercambio comercial con la subregión representó para Brasil, principalmente en la colocación de sus productos manufacturados. En el periodo 1991-1994 la participación de las exportaciones brasileñas hacia los países del Mercosur sobre el volumen total de exportaciones del país saltó del 4% a casi 14%. Cabe señalar que el hecho de que el interés político y cultural por el Mercosur en Brasil resida básicamente en los estados del sur del país, generaba un desequilibrio en el ámbito económico-comercial. Desde el punto de vista empresarial, se observó un incremento en el número

de empresas brasileñas operaban en los países vecinos. Por ejemplo, a fines de 1994, figuraban aproximadamente 300 firmas con sede o representación en la Argentina.

En cuanto a las relaciones entre Argentina y Brasil, no hubo una convergencia entre ambos países con respecto a la participación de Brasil en el Mercosur. Al mismo tiempo que los vínculos económico-comerciales se expandían, creando por primera vez condiciones de interdependencia entre ambos países, el diálogo político presentó dificultades y diferencias no siempre fácilmente superables. En lo referente a política internacional, Argentina buscó establecer una alianza con la coalición vencedora de la Guerra Fría —especialmente con los Estados Unidos— en tanto que Brasil mantuvo una postura de relativo distanciamiento político de Washington y de no involucramiento en las iniciativas lideradas por el gobierno norteamericano en el campo de la seguridad internacional. Cabe mencionar que esta diferencia no impidió que Argentina y Brasil consolidaran sus iniciativas de confianza recíproca en el campo de la no proliferación nuclear.

En el ámbito latinoamericano, el gobierno de Itamar Franco procuró estrechar lazos políticos y económicos con otros países de la región. Son ejemplos de este esfuerzo la firma de los Acuerdos de cooperación bilateral con Venezuela (agosto de 1993 y marzo de 1994) que buscaban superar los problemas fronterizos que provocaron un distanciamiento entre ambos países; la creación de la Comisión de Vecindad Brasil-Colombia (enero de 1994); las conversaciones con Uruguay para oponerse al comercio de productos subsidiados; la hidrovía Paraguay-Paraná; y los esfuerzos para el desarrollo de la región fronteriza, el avance en las negociaciones con Bolivia sobre la construcción del gasoducto entre los dos países y el consecuente abastecimiento de gas natural; y finalmente, el intento de incorporar a Chile al proyecto de integración latinoamericana, así como también reactivar las relaciones económicas entre ambos países.

Cabe finalmente destacar el tratamiento dado a la crisis en Haití y a las relaciones con Cuba. En cuanto al primer punto, Brasil apoyó el embargo económico aprobado por el Consejo de Seguridad de la ONU (mayo de 1994), en contra del gobierno Emille Jonassaint-Raoul Cédras, pero posteriormente se opuso, junto con otros treinta y dos países, a la intervención

militar en el país caribeño, comprometiéndose sólo a integrar una fuerza de paz luego de la destitución del gobierno militar haitiano.

En relación a la cuestión cubana, el gobierno brasileño paso a defender abiertamente la reincorporación del país al sistema interamericano y particularmente a la OEA. Incluso, el presidente Itamar Franco ofreció en 1994 la mediación brasileña para agilizar este proceso al tiempo que condenó el embargo económico de los Estados Unidos contra la isla. También se procuro intensificar las relaciones entre los dos países, mediante un incremento en la cooperación científica, técnica y tecnológica y una mayor la cooperación en la lucha contra el trafico de drogas.

LAS RELACIONES CON ESTADOS UNIDOS

A fines del gobierno Collor de Mello las relaciones entre Brasil y Estados Unidos atravesaron por un nuevo momento de dificultades. Mas allá de enfrentar la reversión de las expectativas creadas a partir de la crisis del gobierno de Collor, Brasil tenía por delante una agenda compleja que venía afectando el relacionamiento con Estados Unidos, tanto en el plano interestatal como intersociatal (Hirst & Lima, 1994). Por otra parte, las nuevas circunstancias del contexto interamericano, caracterizado por un proceso de creciente convergencia ideológica entre los gobiernos latinoamericanos y Estados Unidos —especialmente México, Argentina y Chile— habfan indirectamente reforzado la imagen de Brasil como país problemático dentro de la región. Así se generó en los últimos años una dinámica trilateral entre Argentina, Brasil y Estados Unidos que terminó reforzando una postura defensiva por parte del gobierno brasileño.

Fue en este cuadro que se observó durante la etapa inicial del gobierno Itamar Franco una exacerbación de la agenda negativa entre Brasilia y Washington. En primer lugar, se debe mencionar la politización en el tratamiento de la Ley de Propiedad intelectual por el Congreso nacional vinculada al uso de una diplomacia coercitiva por parte de la administración norteamericana. A esto se sumó todavía una imagen prejuiciosa sobre Brasil por parte de diferentes grupos de intereses en los Estados Unidos (ONGs, legisladores, académicos) vinculados principalmente con temas

de medio ambiente y derechos humanos. El hecho de que el gobierno de Clinton haya atribuido particular importancia al temario político de su agenda latinoamericana también constituyó una fuente de tensión en las relaciones entre Washington y Brasilia, principalmente en la etapa de preparación de la agenda para la Cumbre Hemisférica realizada en Miami en diciembre de 1994.

Este panorama comenzó a revertirse con las primeras señales de éxito del plan de estabilización de la economía, gradualmente implementado por el gobierno de Itamar Franco. Quedó claro entonces que, a pesar de la preocupación manifestada por la administración Clinton por el tema de la democracia, las relaciones con los países de la región dependían más de sus opciones económicas que de sus vocaciones políticas. Del lado brasileño, se procuró —desde la formulación e implementación de la nueva política— transformar el plan en un instrumento de credibilidad vis-a-vis los países industrializados, en especial Estados Unidos. La muestra de que Brasil “finalmente” daba inicio a su proceso de estabilización favoreció la decisión del USTR de suspender las investigaciones con relación a la propiedad intelectual y la conclusión de un plan Brady con los acreedores privados norteamericanos.

De hecho, el gobierno de Itamar Franco logró distender las relaciones entre Brasilia y Washington manteniendo al mismo tiempo posturas, particularmente en el terreno político-diplomático, que preservaban la autonomía de Brasil frente a las premisas orientadoras de la acción norteamericana. La posición con respecto a Cuba y a la intervención en Haití constituyeron claros ejemplos en este sentido.

CON LOS PARES EXTRACONTINENTALES

1) *China*

Las relaciones entre Brasil y China registraron un notable incremento con vistas a la formación de lo que se denominó “asociación estratégica” en sectores de infraestructura, energía y materias primas, industria pesada y servicios de consultoría e ingeniería. En este contexto, se firmó en noviembre de 1993 un protocolo de intenciones para el incremento del co-

mercio bilateral de mineral de hierro y su exploración conjunta. También fue formalizado un protocolo de cooperación en el campo espacial, en el marco del Acuerdo de Cooperación Científica y Tecnológica (1992), en el cual se destaca el proyecto sino-brasileño de construcción de satélites.

2) *India*

Las relaciones entre Brasil e India se vieron favorecidas por crecientes similitudes entre ambos países en el campo de la política y del comercio mundial, permitiendo la coordinación sobre diversos ítems de la agenda internacional en el plano multilateral, como por ejemplo el tema del desarrollo sustentable y la inclusión de la cuestión de la propiedad intelectual en la agenda de la Rueda Uruguay. Esta sintonía, entre tanto, no generó mayor interacción bilateral entre ambas naciones. Aunque tímidamente, hubo, un intento de revertir este cuadro por parte del gobierno de Itamar Franco, ejemplificado con la firma de un Acuerdo en el área de ciencia y tecnología (septiembre de 1993).

3) *Rusia*

Las relaciones entre Brasil y Rusia se caracterizan en la década del 90 más por sus potencialidades que por sus iniciativas concretas. De hecho, la diplomacia brasileña reconoce la existencia de un considerable campo para la cooperación, sea en el terreno comercial, o en el de emprendimientos conjuntos, en el cual Brasil podría obtener de Rusia acceso a tecnologías de punta en energía nuclear, industria aeroespacial, combustible, mecánica de precisión, química fina, etc., a cambio de su conocimiento en los campos de modernización bancaria, agricultura capitalista moderna, gerenciamiento global (inclusive marketing) de pequeñas, medianas y grandes unidades de producción y distribución, bolsas de valores y mercado financiero (Barros, 1993). Pese al esfuerzo de aproximación realizado por ambos países, el contexto político interno de Rusia, los problemas de su transición a una economía de mercado y las dificultades enfrentadas en las relaciones con ex-repúblicas soviéticas vienen dificultando mayores avances en esta dirección. Sin embargo, se

debe resaltar el aumento del intercambio comercial ruso-brasileño desde 1992 a partir del fin del período de mayor inestabilidad política en aquel país.

RETOMANDO UNA POLÍTICA AFRICANA

Habiendo constituido en el pasado un campo importante de la diplomacia brasileña, las relaciones con las naciones africanas sufrieron una significativa retracción a partir de los años '80. Las dificultades económicas y la inestabilidad política en el continente africano y el menor activismo internacional del lado brasileño llevaron a una notable reversión de la agenda de cooperación y de contactos políticos —tanto con los países de lengua portuguesa como con las naciones de mayor peso de la región.

No obstante ello, el gobierno de Itamar Franco adoptó algunas iniciativas recientes con vistas a revertir parcialmente esta tendencia como por ejemplo la aproximación con África del Sur y la participación en el proceso de pacificación de Angola. Con el fin del "apartheid" en África del Sur y la elección de Nelson Mandela, Brasil pasó a tener una mayor presencia en África austral, relanzando la propuesta de creación de la Zona de Cooperación del Atlántico Sur tendiente a abrir un canal común entre los países del Cono Sur y esta región. Se debe destacar la búsqueda de cooperación en el área tecnológica, agropecuaria y de lucha contra el narcotráfico; y, principalmente, el esfuerzo de la diplomacia brasileña —a través de su Departamento de Promoción Comercial— de aproximar al empresariado de los dos países con vistas a emprendimientos conjuntos basado en la creencia de que África del Sur habrá de liderar un proceso de integración económica en el continente semejante al Mercosur.

En el caso de Angola cabe mencionar la actuación de Brasil a favor de la pacificación nacional, habiendo incluso apoyado la advertencia por parte del Consejo de Seguridad de la ONU (julio de 1993) al líder de la UNITA, de un embargo en el caso que no abandonara la acción militar y respetara el resultado de las elecciones de septiembre de 1992. Al respecto, un oficial brasileño se desempeñó como el primer comandante militar de la

UNAVEM, en Angola, al igual que en Mozambique, cuando Brasil designó a un general del ejército para comandar el contingente de las Naciones Unidas encargado de supervisar el proceso de pacificación.

Otra iniciativa importante en el proceso de revitalización de la política africana de Brasil fue la propuesta de creación de la llamada Comunidad de los Pueblos de Lengua Portuguesa (marzo de 1993). Definida por su naturaleza histórico cultural, la Comunidad pretende una mayor coordinación en el manejo de temas de política internacional entre sus miembros.

LAS PERSPECTIVAS POST 95

El fin del gobierno de Itamar Franco no coincide con el agotamiento de un patrón de actuación del país en el sistema internacional. Un análisis comparativo entre el periodo de Collor de Mello y de Itamar Franco corrobora en la mayoría de los casos, mas un patrón de continuidad pero también de ajustes en la política exterior que de rupturas. Las previsiones para el actual gobierno de Fernando Henrique Cardoso son que la política exterior se mantenga en la misma dirección.

En el plano de las relaciones con los Estados Unidos, por ejemplo, las expectativas son de que el gobierno de Fernando Henrique Cardoso propicie condiciones mas favorables para la construcción de una agenda positiva. Sin embargo estas condiciones habrán de satisfacer las expectativas norteamericanas más en el terreno económico-comercial que en el de la política internacional, en el cual Itamarati procurará mantener las premisas orientadoras que han venido guiando su actuación en los últimos años. Concluida la fase de la "desdramatización", cuando finalmente parece que Brasil y Estados Unidos acordaron en el derecho de diverger, el gobierno de Fernando Henrique Cardoso busca inaugurar la fase de la gestión de los "conflictos modernos", pretendiendo un relacionamiento de perfil semejante a aquel que los Estados Unidos viene manteniendo con países como Japón y Francia.

Cabe tener presente, entre tanto, los efectos que la crisis mejicana podría imponer al rumbo de los programas de estabilización de América Latina.

De la misma manera, el proceso de profundización de la unión aduanera del Mercosur y de la integración regional de una forma más amplia, a pesar de encontrarse en una fase marcadamente expansiva podrá ser afectado por prioridades de política interna. La expectativa es de que Brasil permanezca en los caminos de la integración, procurando extender el campo para perfeccionar los mecanismos de cooperación regional.

La designación del ex Ministro de Relaciones Exteriores Celso Lafer como representante de Brasil, además de representar un acto de deferencia del actual gobierno tiene un significado político importante. La presencia de un no-diplomático con una trayectoria reconocida en el medio empresarial para este cargo refuerza la comunicación entre la comunidad de negocios del país y la corporación diplomática, en un momento en que Brasil enfrenta el desafío de desarrollar una estrategia económica externa que compatibilice su vocación industrialista con las nuevas reglas de juego del sistema de comercio internacional.

En cuanto a las relaciones de Brasil con los llamados países continentales (Rusia, India y China) se prevé mayor aproximación, basándose en la creencia de que las similitudes entre Brasil y estos países los convierten en socios privilegiados en una economía globalizada.

Finalmente, con respecto a la ONU, los esfuerzos se centraran en dos temas fundamentales: el acceso a un lugar permanente en el Consejo de Seguridad, por un lado; y el establecimiento de una Agenda para el Desarrollo. La posición brasileña es que la paz o los procesos de pacificación deben ir acompañados de procesos de desarrollo dado que la raíz de numerosos conflictos reside en las condiciones de subdesarrollo.

Para concluir, es necesario señalar el creciente número de actores que influyen y eventualmente participan de la formulación de políticas. Pese a las evidencias de que el nuevo gobierno privilegia a la corporación diplomática, la recurrente mención del presidente a la incorporación de actores de la sociedad civil (sindicatos, universidades, empresas, ONGs, etc.) al de-

bate sobre el perfil internacional del país, podrá permitir innovaciones en el proceso decisorio de la política exterior brasileña.

De hecho, los primeros signos en esta dirección se registraron en ocasión de la preparación de la Eco '92, como también dos años después, durante los trabajos de la Conferencia de El Cairo sobre Población y Desarrollo. En ambas ocasiones, el relacionamiento entre el Itamarati y las ONGs resultó positivo. El problema reside en la institucionalización de este proceso que, por un lado podría contribuir para crear mecanismos de solución al dilema de "accountability" que sufren las ONGs, y por otro, podría enriquecer el trabajo cotidiano de la actividad diplomática. Cuanto más eficaz sea el gobierno brasileño para tratar con grupos de intereses y actores no gubernamentales mejor será la convivencia con los mismos en las naciones industrializadas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABREU, Marcelo de Paiva. "O Brasil na Rodada Uruguay do Gatt: 1982-1993" en G. FONSECA & S. H. NABUCO DE CASTRO, *Temas de Política Externa Brasileira II*, IPRI, Paz e Terra, Brasilia, 1993.
- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. "Tres modelos para o Brasil: 'escoteiro', 'baleia' ou 'integracao continental'", *Carta Internacional*, Sao Paulo, Diciembre 1994.
- AMORIM, Celso Luiz Nunes. "Uma Diplomacia voltada para o Desenvolvimento e a Democracia" en G. FONSECA & S. H. NABUCO DE CASTRO, *Temas de Política Externa Brasileira II*, IPRI - Paz e Terra, Brasilia, 1993.
- AZAMBUJA, Marcos Castrioto de. "A Política Externa do Governo Collor" *Colección Documentos de Asuntos Internacionales*, Centro de Estudios Avanzados, USP, Sao Paulo, 1991.
- BARROS, Sebastiao de Rego. "O Brasil e Russia" en G. FONSECA & S. H. NABUCO DE CASTRO, *Temas de Política Externa Brasileira II*, IPRI - Paz e Terra, Brasilia, 1993.

- BATISTA, Paulo Nogueira. "A Política Externa do Collor: Modernização ou Retrocesso", *Política Externa*, Vol. 1, N. 4, USP - Paz e Terra, São Paulo, 1993.
- FUNDAÇÃO CETULIO VARGAS. *Informe do Comércio Exterior*, N. 8, Instituto Brasileiro de Economia, Centro de Estudos de Economia e Governo, Rio de Janeiro, 1995.
- HIRST, Monica & Ma. Regina SOARES DE LIMA. "Realinhamento, Autonomia e Cooperação Equilibrada: Alternativas do Relacionamento com os EUA", *Cadernos do IPRI*, FUNAG/IPRI, Brasília, novembro de 1994.
- LAFER, Celso A. *Inserção Internacional do Brasil*, MRE, Brasília, 1993.
- MARTINS, Luciano, "Um mundo em transformação" em João Paulo REIS VELLOSO & Luciano MARTINS (Orgs.), *A Nova Ordem em Questão*, José Olímpio, Rio de Janeiro.
- SOARES DE LIMA, Maria Regina, "Ejes analíticos y conflicto de paradigmas en la política exterior brasileña", *América Latina Internacional*, Vol. 1, N. 2, FLACSO/Argentina, 1994.

LAS RELACIONES COMERCIALES DE ASIA-PACÍFICO
CON AMÉRICA LATINA.
POSIBILIDADES DE VINCULACIÓN INTRAININDUSTRIAL

CARLOS J. MONETA

I. ASIA-PACÍFICO EN LOS AÑOS NOVENTA: COMERCIO
Y DIVISIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

Sin contar con la especificidad ni grado de articulación institucional que caracterizan al Mercado Único Europeo y al "Tratado de Libre Comercio de América del Norte" (TLCAN), uno de los acontecimientos más significativos al iniciarse la década del noventa, es la pujante presencia del Sudeste Asiático y sus áreas adyacentes con carácter de nueva zona de gran dinamismo económico en el cambiante escenario internacional. La consolidación en el Pacífico de un espacio comercial que supera al del Atlántico, es acompañada por el nacimiento de un nuevo núcleo productivo de relevante dimensión en Asia-Pacífico.

Pese a las dificultades que enfrenta actualmente la economía japonesa; problemas de carácter estratégico, político-étnico y socio-económico (ej.: Corea del Norte, Camboya, Myanmar) y los conflictos por la utilización de los recursos naturales (ej.: petróleo, en el mar de China Meridional), existe consenso en Asia Oriental sobre un punto: la región va a continuar en el futuro su rápida expansión económica. Centros de investigación económica nipones estiman que el producto interno bruto (PIB) de los PARI (Corea del Sur, Taiwan, Hong Kong y Singapur) entre 1990 y el 2000 alcanzará un incremento promedio de 6,3% anual y el de los principales miembros de la Organización de Países del Sudeste Asiático (ASEAN) —Indonesia, Malasia, Filipinas y Tailandia— será

aún mayor: 6,61%. China Popular, por su parte, presenta un 12,8% de incremento del PIB en 1992 y 13,4% en 1993, estimándose un crecimiento superior al 10,0% para 1994 y 8,2% para 1995¹. Esas cifras se comparan, con ventajas, con un crecimiento estimado del PIB, en lo que resta de la década, del 3% (o menor) para las economías de los países industrializados, común 3,5%, como tope, para Japón y valores alrededor del 4,5% (en el más que optimista de los escenarios del Banco Mundial), para América Latina.

Esta alta y continuada expansión en el Este de Asia ha sido impulsada por el desarrollo de una estructura de creciente articulación intraindustrial y de inversiones productivas en "cascada" entre tres grupos de países: Japón, los PARI y ASEAN. Avanzada la década del ochenta, gradualmente va incorporándose China Popular y comienzan su proceso de vinculación países de Indochina (ej.: Vietnam). En los noventa, ya puede percibirse la intención y posibilidades de expandir el proceso hacia Asia del Sur (Pakistán, India) y las principales islas del Pacífico Sur.

En este contexto, al examinar el comercio asiático, se destacan tres tendencias importantes: 1) la preponderancia del comercio intra-Pacífico sobre el comercio intra-Atlántico; 2) la expansión del comercio intrarregional en Asia-Pacífico; 3) la intensificación del comercio intraindustrial en Asia-Pacífico².

Con respecto al primer punto, actualmente los vínculos comerciales entre Estados Unidos y Asia-Pacífico se fortalecen, creciendo más rápidamente que los correspondientes a los EE.UU-Europa. En cuanto al comercio intrarregional en Asia-Pacífico, aumenta del 31% al 43% de su comercio total entre 1986 y 1992. A la par, se reducía el papel hasta entonces rector que desempeñaba el mercado estadounidense para las exportaciones de esa región: la presencia de los EE.UU disminuye del 34% al 24% del total de las exportaciones en el período considerado³.

1. Ver *Pacific Economic Outlook (1994-95)* Table 1.

2. SELA (1992).

3. Naya (1994).

Por último, vinculado al cambio estructural de sus economías, se observa en los PARI —y en menor grado, pero con tendencia equivalente, en los países ASEAN— los siguientes factores: i) el incremento alcanzado por la industria manufacturera en el total del PIB; ii) el aumento del porcentaje de maquinarias en el total de la producción manufacturera; iii) el crecimiento del porcentaje de los productos industriales en las exportaciones e importaciones. Esos elementos señalan que la complementariedad intraindustrial adquiere rápidamente mayor importancia en la integración económica de Asia-Pacífico.

Ese crecimiento, que estará sostenido por un enorme empuje exportador, del orden del 12% de la expansión del volumen total del comercio internacional, también significa que las economías más dinámicas de Asia constituyen un enorme mercado importador (aproximadamente, el 10,5% del aumento del volumen total de las importaciones globales). En la actualidad, la dimensión de esa región, como destino de las importaciones mundiales, es superior al mercado estadounidense y equivale al triple del mercado de América Latina. Su tasa de crecimiento anual de las importaciones aumentó del 9,5% en 1986 a casi 15% en 1992. Salvo para Chile y Brasil, las exportaciones de América Latina al Asia-Pacífico no crecieron a esa velocidad. En 1992, once países asiáticos del Pacífico importaron 564.000 millones de dólares (15% del total del comercio mundial), duplicando su participación con respecto a 1980⁴.

Dado que varias economías de Asia-Pacífico, pese a que continúan su crecimiento, han entrado en una fase de ajuste, en virtud de los cuellos de botella generados por la rápida expansión que experimentaron desde mediados de los años ochenta, China Popular se ha convertido en la fuerza impulsora de Asia-Pacífico. Sólo la "Zona Económica China" (China Popular, Hong Kong y Taiwan) constituye el tercer mercado global de importación. El cuadro N° 1 ofrece un panorama del comercio exterior de la región durante 1992 y el cuadro N° 2 permite apreciar la participación de los países asiáticos y latinoamericanos en el total del comercio mundial durante el mismo año.

4. Nihon Zeizai Shimbun (1994) y IMF (1993; Table 3.1.1. Annex).

CUADRO Nº 1

COMERCIO EXTERIOR EN LA REGIÓN ASIA-PACÍFICO - 1992
(En miles de millones de U\$S)

	IMPORTACIONES	EXPORTACIONES	SALDO
China	81,7	86,2	4,5
Hong Kong	123,4	119,5	-3,9
Taiwán	72,3	81,4	9,1
ZONA ECONÓMICA CHINA	277,4	287,1	9,7
Cambodia	0,5	0,2	-0,3
Corea	81,4	74,8	-6,6
Filipinas	16,1	10,2	-5,9
Indonesia	27,6	33,8	6,2
Laos	0,2	0,1	-0,1
Malasia	39,9	40,7	0,8
Myanmar	1	0,6	-0,4
Singapore	76,1	49,6	-26,5
Tailandia	40,7	32,4	-8,3
Vietnam	3,4	2,2	-1,2
ASIA PACÍFICO (EXCL. JAPÓN)	564,3	531,7	-32,6

FUENTE: Direction of Trade Statistics 1993-IMF.

II. EL INTERCAMBIO COMERCIAL ENTRE ASIA-PACÍFICO Y AMÉRICA LATINA: CARACTERÍSTICAS Y TENDENCIAS⁵

I) A pesar de la crisis de la "década perdida" que experimentara América Latina entre 1980 y 1990, el comercio exterior en los países asiáticos creció a un ritmo inusual. Entre las regiones en desarrollo, Asia-Pacífico se convirtió en la más importante para el comercio latinoamericano. Ocupa-

5. Agradezco a Fernando Porta sus valiosos comentarios sobre algunos de los temas considerados en este documento y la utilización de uno de sus trabajos (Porta, 1993).

CUADRO N° 2
 PARTICIPACIÓN DE PAÍSES Y REGIONES EN EL COMERCIO MUNDIAL, 1992
 (en porcentajes)

Importac.	EE.UU.	NAFTA	Japón	PARI	ASEAN	China Popular	Asia Oriental	U.E.	EFTA	América del Sur y Central	M. Oriente	África	Mundo
Exportac.													
EE.UU.	3,55		1,20	1,34	0,38	0,20	1,02	2,80	0,30	2,06	0,54	0,15	12,16
NAFTA	3,68	7,31	1,50	1,44	0,41	0,26	2,10	3,15	0,35	2,18	0,57	0,20	16,93
Japón	2,63	2,53		1,50	0,75	0,33	3,07	1,71	0,23	0,41	0,40	0,15	9,24
Asian NIEs	2,10	2,32	0,77	1,19	0,67	1,06	2,92	1,87	0,16	0,21	0,24	0,17	8,70
ASEAN	0,62	0,66	0,65	0,76	0,14	0,07	0,97	0,50	0,03	0,03	0,10	0,03	3,10
China Popular	0,23	0,26	0,32	1,15	0,06		1,21	0,22	0,02	0,02	0,05	0,03	2,34
Asia Oriental	2,96	3,24	1,74	3,10	0,87	1,13	5,09	2,00	0,22	0,26	0,30	0,23	14,15
U.E.	2,59	3,08	0,73	0,95	0,43	0,25	1,66	24,14	3,74	0,85	1,43	1,15	30,43
EFTA	0,41	0,50	0,14	0,20	0,07	0,04	0,31	3,71	0,74	0,12	0,18	0,05	6,15
América del Sur y Central	1,95	2,13	0,22	0,15	0,05	0,05	0,24	0,90	0,09	n.d.	n.d.	n.d.	4,54
M. Oriente	0,47	0,40	0,79	0,48	0,12	0,03	0,63	1,17	0,07	n.d.	n.d.	n.d.	3,94
África	0,40	0,42	0,09	0,08	0,03	0,01	0,12	1,22	0,09	n.d.	n.d.	n.d.	2,28
Mundo	14,32	19,32	5,86	8,54	2,83	2,31	13,73	39,76	5,74	4,61	4,52	2,20	100,00

FUENTE: D.O.T. y JETRO, White Paper on International Trade, 1993, Tokyo, dic. 1993, pg. 17.

NOTA: n.d.: no hay datos. Asia Oriental incluye PARI, ASEAN y China Popular.

ba un 6% de las exportaciones de América Latina al mundo (1991) y el crecimiento anual de las exportaciones a esa región fue aproximadamente 10%, mientras las importaciones desde Asia-Pacífico se expandieron un 11% anualmente. Además, las exportaciones latinoamericanas hacia los PARI durante la década del ochenta crecieron relativamente más que hacia cualquier otro destino en el mismo período. El cuadro N° 3 permite observar el alto grado de expansión del intercambio durante esa década, concentrado en el Mercado Común Centroamericano (MCCA) y en algunos países de la ALADI por parte de América Latina y en los PARI, en Asia-Pacífico.

II) A lo largo de la década 1980-90 se generó una importante modificación de quienes asumen el papel de principales contrapartes comerciales en el intercambio. Además del notable caso de Corea del Sur, Provincia China de Taiwan, Singapur y Hong Kong (ver cuadro N° 3); se destacan China Popular (4% del total de las exportaciones regionales hacia América Latina y 7,1% del total de las importaciones regionales desde América Latina) y Tailandia (3,9% del total de las importaciones de esa región asiática desde América Latina) como nuevos y activos socios comerciales. En particular, cabe señalar que las exportaciones latinoamericanas en el período 1985-90 a Tailandia estuvieron compuestas en un 81% por manufacturas, alcanzando éstas 60% en el caso de las exportaciones a Singapur y 59%, en el de Hong Kong⁶.

III) En su conjunto e incluyendo el intercambio de América Latina con Japón, Australia y Nueva Zelandia, a fines de la década del ochenta esa área de Asia absorbía aproximadamente el 12% de las exportaciones totales latinoamericanas de productos manufacturados, presentando porcentajes mayores Argentina (18%), Brasil (17%) y Chile (16%). En cuanto a las importaciones de América Latina en el período 1985-90, sólo Brasil y Argentina presentan menos de un 80% de sus importaciones desde Asia-Pacífico concentradas en productos manufacturados, si bien también éstas han relativamente decrecidos en ese período para Chile, Colombia y Venezuela⁷.

IV) En las exportaciones de nuestra región hacia Asia-Pacífico se destacan dos factores: la creciente importancia de los productos manufactu-

6. Mattos (1983).

7. *Ibíd.*, pg. 18.

CUADRO N° 3

RELACIONES COMERCIALES ENTRE LOS PAÍSES DE AMÉRICA LATINA (ALADI Y MCCA)
(AÑOS 1980 Y 1990)

(Variación en porcentaje, valores en millones de dólares)

Rep. de	Exp. hacia ALADI y MCCA		Imp. desde ALADI y MCCA		Comercio Total (Exp. + Imp.)		
	1980	1990	Var. (%)	1980	1990	Var. (%)	
Corea	ALADI	1093,2	288,6	320,3	594,5	346,6	
	MCCA	21,2	406,2	2,9	24,1	531,5	
	Total	295,4	1219,6	312,8	323,2	2807,7	353,8
Taiwan	ALADI	458	754,7	64,7	1281,5	2038,2	213,8
	MCCA	30,1	98	225,5	8,1	49,6	113,8
	Total	488,1	852,7	74,6	1289,6	2142,3	206,7
Singapur	ALADI	237,3	273	0	605,8	878,8	146,7
	MCCA		12,5		8,7	21,2	
	Total	237,3	285,5	20,3	614,5	900	152,7
Hong Kong	ALADI	263,9	265,6	0,6	609,6	875,2	132,8
	MCCA	8,8	30,7	248,8	2,7	12	178,3
	Total	272,7	2966,3	8,6	612,3	387,8	134,2
PARI (total)	ALADI	1233,4	2386,5	93,4	4059,2	1975,2	225,3
	MCCA	60,1	267,6	345,2	45,3	85,7	265,1
	Total	1293,5	2654,1	105,1	4104,5	2060,9	227,9

Fuente: COMTRADE y diversos, en SELA, Documento SP/CCXVIII, O.D.I.N° 10 Secretaría Permanente, Caracas, 7-11/AM92, p. 39.

rados (cubrieron más del 50% de las exportaciones a siete de los países de los grupos Japón-Australia-Nueva Zelanda-PARI-ASEAN) y, en menor grado, de los minerales, metales y productos agrícolas no alimenticios y el hecho que países latinoamericanos de distinto grado de desarrollo y tamaño (ej.: Brasil y Uruguay) han logrado incrementar la participación de las manufacturas en sus exportaciones a Asia-Pacífico⁸. Estos factores señalan las posibilidades futuras del sector manufacturero en el intercambio y que las exportaciones en el sector no tienen por qué quedar necesariamente limitadas al grupo de países más avanzados de nuestra región.

En efecto; las exportaciones latinoamericanas al Asia-Pacífico (con la excepción del mercado taiwanés) comienzan a presentar un mayor grado de diversificación. En 1980, el comercio consistía en un intercambio inter-

CUADRO N° 4
COMERCIO DE ASIA PACÍFICO CON AMÉRICA LATINA:
BALANCE COMERCIAL
(en millones de U\$S)

	1985	1990	1992
Total mundial	245,7	-4.445,5	-23.447,7
América Latina	-1.518,2	-513,5	-895,6
Argentina	-435,3	-798,1	654 *
Brasil	-1.069,6	-2.588,1	-2.666,2
Chile	-297,9	-521,4	-649
México	-180,1	587,7	1.852,3
Panamá	645,4	1.559,9	1.557,1
Perú	-170,9	-224,7	-462,7

FUENTE: Direction of Trade Statistics 1993, IMF y M. de Economía, Secretaría de Programación Económica, *El Horizonte de Complementación de la Argentina con la Región Asia-Pacífico*, ob. cit., Vol. I, Bs. As., 1994, pg. 61.

NOTA. Las cifras negativas representan déficits de los países asiáticos.

8. *Ibid.* pg. 21.

sectorial e intrasectorial de productos primarios; en 1990, el intercambio se basaba ya, en mayor medida, en la complementariedad intersectorial.

V) El balance comercial de su intercambio con América Latina desde mediados de la década del ochenta ha sido negativo⁹ para Asia-Pacífico (ver cuadro N° 4). Las importaciones de recursos de origen mineral desde Brasil, Chile y Perú dan cuenta de ese déficit, mientras Panamá (como centro de distribución en la subregión) y México, durante los últimos años, le han permitido obtener superávits individuales, junto a la Argentina, en 1992.

VI) La distribución de las exportaciones globales de Asia-Pacífico y de América Latina señala la existencia de situaciones diferentes: 1) el porcentaje que ocupan las exportaciones intrarregionales es mayor en Asia-Pacífico que en América Latina (casi 30% del total para la primera, frente a un 18,5% para la segunda); 2) EE.UU concentra cerca del 22% del total de las exportaciones de Asia-Pacífico y Japón, un 13%. En el caso de América Latina, se observa su ya conocida concentración de las exportaciones en los EE.UU (42%) y sólo un 5% de comercio con Japón¹⁰. Por consiguiente, Asia-Pacífico mantiene una situación más equilibrada que la de nuestra región, en sus relaciones comerciales con los EE.UU y Japón.

VII) Los cuadros N° 5 y 6 permiten apreciar la evolución del intercambio comercial, en términos de la participación de las importaciones y exportaciones, sobre el total del comercio de un grupo de países seleccionados de América Latina (los más importantes en el comercio interregional). Se observa que: 1) México, Brasil, Argentina, Chile y Perú (en ese orden) concentraban en 1992 la mayor parte de las exportaciones al Asia-Pacífico (cuadro N° 5); 2) en términos de porcentaje de exportación a esa región con respecto al total de lo exportado por cada país, ese orden varía. Así, las exportaciones al Asia-Pacífico cubren el 15% del total de lo exportado por Perú; el 13,3% para Chile y el 8,3% del Brasil y el 5,9% de Argentina, siendo sólo de 1,7% para México¹¹; 3) en cuanto a las importaciones (cuadro N° 6), en 1992 México resulta nuevamente, en valor, el mayor comprador de productos de Asia-

9. M. de Economía, Arg. (1994, pg. 6).

10. Moneta (1991, cap. V).

11. IMF (1993, cit. M. de Economía).

CUADRO N° 5
PARTICIPACIÓN DE LAS EXPORTACIONES
A LA REGIÓN ASIA PACÍFICO
SOBRE EL TOTAL EXPORTADO POR CADA PAÍS
 (en millones de dólares - FOB)

	1980	1985	1990	1991	1992
ARGENTINA					
Exportaciones Totales	8021,4	8396,1	12339	11974,9	12365,5
Exportaciones a la Región	236,5	437	767,2	702,2	725,7
BRASIL					
Exportaciones Totales	20132	25639	31358	31620	36207
Exportaciones a la Región	311	1399	2668	2855	2992
CHILE					
Exportaciones Totales	4670,7	3822,9	8588	9028,3	9955,6
Exportaciones a la Región	194,6	282,4	761,7	933,6	1327,7
MÉXICO					
Exportaciones Totales	1557	22112	27164	39175	42700
Exportaciones a la Región	121	228	267	785	713
PERÚ					
Exportaciones Totales	3508,3	2978,5	3275,9	3329,1	3484,4
Exportaciones a la Región	136,8	159,1	217,9	430,3	521,8
PANAMÁ					
Exportaciones Totales	360,5	333,5	322	341,8	474,2
Exportaciones a la Región	0,1	0,1	0,5	1,4	1,2
TOTAL AMÉRICA LATINA					
Exportaciones Totales	83670	99429	127446	137705	149357
Exportaciones a la Región	1123	2961	5272	6455	7347

FUENTE: Dirección of Trade Statistics 1993, IMF y M. de Economía, Secretaría de Programación Económica, *El Horizonte de Complementación de la Argentina con la Región Asia-Pacífico*, Vol. III, Bs. As., 1994, pg. 11.

La Región Asia-Pacífico comprende: Corea del Sur, China Popular, Taiwan, Hong Kong, Tailandia, Malasia, Singapur, Vietnam, Indonesia, Myanmar y Filipinas.

CUADRO N° 6
PARTICIPACIÓN DE LAS IMPORTACIONES
DESDE LA REGIÓN ASIA-PACÍFICO
SOBRE EL TOTAL IMPORTADO POR CADA PAÍS
 (en millones de dólares)

	1980	1985	1990	1991*	1992
ARGENTINA					
Importaciones Totales	10.541,0	3.814,2	4.076,6	8.275,3	15.556,5
Importaciones de la Región	249,5	32,0	165,1	746,6	1.287,1
BRASIL					
Importaciones Totales	24.961,0	14.332,0	22.642,0	23.210,0	23.260,0
Importaciones de la Región	408,0	671,0	650,0	741,0	658,0
CHILE					
Importaciones Totales	5.123,7	2.742,5	7.312,5	7.683,0	11.691,4
Importaciones de la Región	90,1	83,0	328,8	566,1	950,6
MÉXICO*					
Importaciones Totales	2.499,5	1.529,2	2.882,4	2.475,9	3.744,0
Importaciones de la Región	13,7	51,0	53,4	105,2	278,3
PANAMÁ					
Importaciones Totales	1.448,6	1.391,8	1.509,7	1.695,0	2.023,5
Importaciones de la Región	26,5	49,5	65,8	90,6	93,7
TOTAL AMÉRICA LATINA					
Importaciones Totales	102.800,0	73.322,0	115.043,0	142.991,0	176.822,0
Importaciones desde la Región	1.211,0	1.714,0	3.486,0	6.158,0	8.914,0

FUENTE: Direction of Trade Statistics 1993, IMF y M. de Economía, Secretaría de Programación Económica, *El Horizonte de Complementación de la Argentina con la Región Asia-Pacífico*, ob. cit., Vol. III, Bs. As., 1994, pg. 13.

La Región Asia-Pacífico comprende: Corea del Sur, China Popular, Taiwan, Hong Kong, Tailandia, Malasia, Singapur, Vietnam, Indonesia, Myanmar y Filipinas.

* Los datos de importación están expresados en valores FOB.

Pacífico, seguido por Argentina, Chile, Brasil y Perú. Con referencia a los porcentajes que ocupan las importaciones desde Asia-Pacífico sobre el total de lo importado por cada país, el primer lugar corresponde a la Argentina con 8,3%, seguida por Chile (8,1%); Perú (7,4%); Panamá (4,6%); México (4,3%) y Brasil (2,8%)¹².

VIII) Con referencia al comportamiento de las exportaciones al Asia-Pacífico de las principales contrapartes latinoamericanas, se observa que en el período 1980-1990 (cuadro N° 5) Brasil ha aumentado en más de nueve veces sus exportaciones a esa región. Las exportaciones de Chile casi se cuadruplican y las de Argentina, se triplican en el mismo lapso; sólo las exportaciones mexicanas se duplican, con un crecimiento más lento. No obstante durante los primeros años de la década del noventa la expansión de las exportaciones se acelera sustantivamente para México (crecen 2,7 veces — probablemente, en un proceso vinculado con el TLCAN—) y para Chile (aumentan 1,7 veces) y Brasil (1,2 veces), mientras disminuye ligeramente para Argentina.

IX) Cabe señalar la importancia que adquieren los dos primeros países del Mercosur (Brasil y Argentina) en el total de las exportaciones latinoamericanas al Asia-Pacífico: en 1990 representaban el 65% de las exportaciones de nuestra región a ese destino; en 1992 descendieron al 50,6%.

X) En cuanto a las importaciones latinoamericanas desde Asia-Pacífico (cuadro N° 6), Argentina redujo en un 66% sus importaciones en el período 1980-90, mientras México las aumentó 5 veces; Perú, 3,9 veces; Chile, 3,6 veces; Panamá, 2,5 veces y Brasil, 1,6 veces. Las compras argentinas en la región asiática se incrementaron notablemente entre 1990 y 1992 (7,8 veces), seguidas por Perú (5,2 veces); Chile (2,9 veces); México (2,4 veces) y Panamá (1,4 veces) mientras Brasil mantenía sus valores. Con referencia a los socios principales del Mercosur —Brasil y Argentina— su papel en el total de las importaciones latinoamericanas desde Asia-Pacífico es mucho menor que en el ámbito de las exportaciones y parece mostrar una tendencia declinante: en 1990 ocupaban el 23,4% del total; esa cifra se redujo al 21,8% en 1992.

A modo de resumen: durante la década pasada se produjo un incremento considerable del comercio intraindustrial entre América Latina y Asia-

12. *Ibíd.*

Pacífico. Subsisten, además de los obstáculos de carácter más general — falta de conocimiento mutuo; carencia de agentes, de redes de comercialización; costos e insuficiencias del transporte, etc. — las siguientes dificultades: 1) El patrón intersectorial de intercambio aún presenta una fuerte disparidad de contenidos tecnológicos y de valor agregado en las exportaciones, desfavorable a América Latina; 2) Se observa una mayor diversificación relativa de las exportaciones de Asia-Pacífico hacia el mercado latinoamericano que a la inversa; 3) El comercio continúa concentrado en un pequeño número de países latinoamericanos de mayor desarrollo relativo, si bien el intercambio con Centroamérica ha aumentado a partir de las inversiones allí realizadas por los PARI para aprovechar el potencial del mercado de América del Norte; 4) Subsiste una importante asimetría en la importancia relativa que cada región tiene para su contraparte como socio comercial. No obstante, como se señalará en la próxima sección, existen ya numerosos factores que permitirían construir un nuevo patrón de relaciones tecnoindustriales y económicas, mutuamente beneficioso.

III. TENDENCIAS DE LAS RELACIONES COMERCIALES

Los rasgos más característicos de la evolución en la última década del intercambio comercial entre los países latinoamericanos y los de Asia-Pacífico, pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

I) El comercio interregional total aproximadamente se triplicó, siendo especialmente dinámico el crecimiento de las exportaciones latinoamericanas, por lo que el saldo del comercio entre ambas regiones pasó a ser superavitario para estos países.

II) El ajuste externo emprendido por la mayoría de las economías de América Latina en la década de 1980 explica esta tendencia del saldo interregional. Sin embargo, en ese marco el fuerte crecimiento de las importaciones provenientes de los países de Asia-Pacífico es una señal inequívoca de un mayor relacionamiento estructural entre ambas regiones. Su importancia relativa como socio comercial difiere: mientras para Asia-Pacífico el intercambio con Latinoamérica promedia el 2% de sus exportaciones e importaciones totales, para América Latina responde por aproximadamente el 5% de sus corrientes de comercio.

III) El intercambio comercial entre ambas regiones está particularmente concentrado entre algunos países. El conjunto de los exportadores latinoamericanos sólo Brasil y Chile han incrementado de manera relevante en los últimos años su participación en el mercado de los países asiáticos. Por otra parte, son las principales economías exportadoras de nuestra región, Brasil, México y Argentina, además de Chile, las que concentran y han incrementado más que proporcionalmente al resto del mundo las exportaciones hacia el SE de Asia.

IV) Es significativo el hecho de que las exportaciones de Asia-Pacífico hacia América Latina hayan crecido fuertemente, aun en la fase de ajuste recesivo y de caída global de las importaciones por la que esta región atravesó hasta más allá de mediados de la década pasada. La competitividad-precio de las manufacturas asiáticas explica esa tendencia. En términos agregados, a pesar de su crecimiento relativo, la participación de las exportaciones de Asia-Pacífico en el mercado latinoamericano permanece reducida, en comparación con los proveedores tradicionales.

V) La recuperación del sendero de crecimiento en países importantes de América Latina y la mayor apertura de sus economías en los años recientes, ha provocado un salto en sus importaciones, cuyo nivel global está comenzando a superar el alcanzado en los años previos a la crisis de la deuda. En este contexto, profundizando la tendencia señalada, la competitividad de las exportaciones Asia-Pacífico y el incipiente desarrollo de una estructura de comercialización propia en algunos países latinoamericanos ha favorecido un fuerte crecimiento de su participación en el mercado.

VI) La fuerte divergencia en el desempeño de ambas regiones en la última década ha reforzado la lógica intersectorial de intercambio. En los años ochenta, el SE de Asia cuadruplicó la tasa de crecimiento global de la industria de América Latina. La productividad y el empleo de la manufactura se incrementaron en Asia-Pacífico, mientras decrecían en Latinoamérica; los contenidos tecnológicos y de valor agregado se reforzaron en la primera de las regiones nombradas gracias a la "revolución microelectrónica", y se deterioraron en la segunda.

VII) Considerando sólo el comercio intraindustrial entre 1985 y 1990, los intercambios de América Latina con Asia-Pacífico son más dinámicos que con

cualquier otra región que se considere. Resulta, de todas maneras, prematuro, señalar como un hecho la eventual aparición de un nuevo patrón de comercio entre ambas regiones, aun cuando parece avanzarse en ese sentido. Cabe tener en cuenta que, por una parte, tales intercambios indican complementación industrial de carácter vertical, más que estrictamente intrarama. Por otra parte, en los años más recientes, con el estancamiento de las exportaciones latinoamericanas y el fuerte crecimiento de sus importaciones, los índices agregados de comercio intraindustrial han tendido a reducirse.

VIII) El mayor dinamismo del comercio intraindustrial suele estar asociado a corrientes de inversión. Las reformas estructurales en curso en América Latina pueden facilitar un ciclo de esa naturaleza. La región presenta una serie de "ventajas de localización" para la inversión directa de los países asiáticos, tal como la proximidad geográfica al mercado latinoamericano, el tamaño del mercado interno, el dinamismo reciente de algunos procesos de integración subregional y disponibilidad de mano de obra calificada. Estas ventajas potenciales se han reforzado con la adopción de incentivos específicos a la IED. De hecho, ha existido en los últimos años un ingreso importante de capitales del Asia-Pacífico en la manufactura latinoamericana.

IV. TENDENCIAS DE LAS CORRIENTES DE INVERSIÓN¹³

Desde principios de la década de 1980, y de un modo acelerado a partir del último lustro, los países de Asia-Pacífico se han convertido en activos inversores fuera de sus fronteras. Las razones de este desempeño han sido varias: a) apreciación relativa de la moneda local; b) incremento de los costos laborales locales; c) búsqueda de aprovechamiento de mercados importantes; d) búsqueda de materias primas; e) búsqueda de asociaciones para mejorar los estándares tecnológicos. La mayor parte de estas inversiones se

13. Al referirse a las inversiones, se tiene realmente en cuenta al grupo PARI, a Malasia y a China.

Los criterios y perspectivas de inversión han sido analizados personalmente por el autor del presente trabajo con empresarios y funcionarios gubernamentales en Malasia y Singapur y con especialistas coreanos.

Para la preparación de esta sección se ha tenido particularmente en cuenta el trabajo de Porta (1993) y los debates mantenidos con ese economista.

han orientado a los países de la misma región, generando un círculo activo y virtuoso de inversiones y comercio intrarregional.

Entre los países de Asia-Pacífico, los mayores inversores en el exterior han sido Corea del Sur, Hong Kong y Taiwan. Su motivación principal residió en ampliar sus posibilidades de exportación de productos del complejo textil a los países desarrollados, ya que éstas habían sido sometidas a cuotas por las disposiciones del Acuerdo Multifibras. El proceso de relocalización de la industria con cuotas no utilizadas les permitió mantener su participación en el mercado. En un segundo movimiento, sus inversiones tendieron a internacionalizar las producciones de los complejos electrónico y automotriz.

Hacia finales de la década de 1980, América Latina comenzó a recibir crecientes flujos de inversiones de los países de Asia-Pacífico, multiplicándose por diez el stock de capital de este origen en apenas cuatro años. Así, por ejemplo, el notable aumento del comercio con los PARI (ver cuadro N° 3), estuvo acompañado por inversiones de esos países en México y Centroamérica, para mejorar posiciones en el TLCAN¹⁴. Sin embargo, los montos absolutos aún son mínimos si se los compara con los flujos dirigidos hacia los propios países de Asia-Pacífico o a los Estados Unidos. Esta primera oleada de inversiones de Asia-Pacífico en América Latina presenta dos rasgos esenciales: se concentra en los sectores de producción de textiles y calzados y en pocos países de la región. Otras inversiones —tal, el caso de China Popular— se localizan en recursos naturales (ej.: Perú y Brasil) pero también incursionan en los ámbitos de la alta tecnología¹⁵. De igual modo, Corea del Sur ha invertido alrededor de 70 millones de dólares en maquila (la mayor parte, en electrónica), en México.

Los factores de localización más importantes residen en ventajas de costo de mano de obra, la proximidad del mercado norteamericano, la dispo-

14. China Popular también ha activado cierto flujo —aún pequeño— de inversiones durante los últimos años (10 millones de dólares en Brasil; 300 millones en Perú y 45 millones de dólares en el resto de América Latina). (Conversaciones con autoridades chinas en Beijing, junio de 1994).

15. No obstante, China ha firmado un acuerdo para la construcción de satélites con compañías brasileñas, por valor de 200 millones de dólares.

nibilidad de materias primas con ventajas de precio y calidad y la existencia de incentivos de diverso tipo para la radicación de inversiones. En el contexto de estos elementos de carácter general, el factor de atracción más específico estaba constituido por las preferencias otorgadas por los EE.UU para acceso a su mercado en el marco de la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (CBI, en su sigla inglesa). Las inversiones se han concentrado en algunos países de Centroamérica y el Caribe y las producciones han tenido como destino el mercado norteamericano. La modificación de las reglas de juego establecidas por la CBI, en virtud de negociaciones posteriores de los gobiernos de esa región con la Administración y el Congreso estadounidense y el eventual ingreso futuro a esquemas del tipo de la "Iniciativa para las Américas", están cambiando las ventajas relativas para esas inversiones.

La recuperación reciente del nivel de actividad y demanda y el sostenimiento de equilibrios macroeconómicos en varios de los países medianos y grandes de América Latina, ha estimulado también el ingreso de capitales de Asia-Pacífico para aprovechar el crecimiento consiguiente del mercado interno. En esos casos, las inversiones dirigidas al sector manufacturero también han tendido a concentrarse en el sector textil y de confecciones. Pero, al mismo tiempo, se han multiplicado las inversiones para crear una infraestructura de comercialización en los sectores de electrónica, informática y automotriz.

El avance de los programas de reformas estructurales en los países latinoamericanos, la multiplicación de las iniciativas subregionales de integración productiva y libre comercio y las perspectivas de concreción de un área hemisférica de libre comercio o esquemas equivalentes, iniciada por la puesta en marcha del TLCAN, constituyen nuevas "ventajas de localización" que pueden estimular flujos crecientes y más significativos de capitales de Asia-Pacífico. Los beneficios potenciales de esta nueva relación para los países de Asia-Pacífico podrán ser más sustantivos, en la medida en que se superen algunos rasgos presentes en aquella etapa inicial. En este sentido, deberían procurarse en los países latinoamericanos mecanismos que diversifiquen el rango de actividades localizadas, que promuevan una menor especialización en sectores intensivos de mano de obra barata y que multipliquen las iniciativas que no tengan un carácter exclusivamente comercial.

En el caso de los países latinoamericanos que han sido receptores importantes de IED en los últimos años, una vez establecido el ingreso neto de capital externo, sus expectativas están concentradas en mejorar la "calidad" de tales flujos. En ese sentido, existe una preocupación creciente por vincular activamente la inversión externa y ampliar el proceso de formación de capital, mejorar el desempeño en los mercados externos, incorporar y generalizar innovaciones tecnológicas en procesos y productos y mejorar la calidad de los recursos gerenciales y de gestión empresarial.

Dos rasgos presentes en el proceso de internacionalización de las economías de Asia-Pacífico pueden contribuir positivamente al desarrollo de esos objetivos. Por una parte, la experiencia de esos países subraya el dinamismo de las inversiones tendientes a crear especialización y complementación intraindustrial en sectores de cierta complejidad tecnológica y a fortalecer la posición exportadora de las economías receptoras. El incremento de vínculos entre ambas regiones debería orientarse sobre ese patrón. Por otra, las pequeñas y medianas empresas han venido constituyéndose en actores importantes de la expansión internacional de los países de Asia-Pacífico, lo que supone, en principio, posibilidades de convergencia y complementación con la vasta gama de unidades productivas similares, muy difundida en los países de nuestra región.

Ambas características favorecen el despliegue de las llamadas "nuevas formas de inversión" en el caso de la radicación de capitales originados en los países de Asia-Pacífico. Las inversiones a través de subcontrataciones, licencias, joint-ventures, franquicias, contratos de gestión y otros mecanismos que prevén participación conjunta con inversiones locales son las que han predominado en las corrientes intra-asiáticas. Varios estudios han señalado las consecuencias positivas de este tipo de inversiones sobre el desarrollo del país receptor. Los países latinoamericanos deberían alentar en el futuro inmediato la reproducción de esas formas de complementación.

Por último, la escala de pasaje de industrias intensivas en trabajo a las intensivas en capital y tecnología, junto a los requerimientos de la competitividad derivados de los nuevos conceptos de industrias "flexibles", requieren ineludiblemente aplicar un esfuerzo central a la educación y a la inves-

tigación y desarrollo. En ese contexto, se destaca la importancia que se le ha asignado en Asia-Pacífico.

Según estimaciones basadas en fuentes nacionales, los gastos en investigación científico-tecnológica en Corea del Sur como porcentaje del producto nacional bruto, se elevará del 2,5% a un 5% hacia finales de este siglo, mientras el de Singapur, Hong Kong y Taiwan alcanzará un 2,5% en el próximo par de años. Por su parte, en China Popular existen grandes proyectos en estos campos, como el "Plan 863" (destinado a crear tecnología de punta) y el "Plan Antorcha", cuya tarea principal consiste en investigar y difundir nuevas tecnologías¹⁶. Las exitosas experiencias de los PARI y ahora, de algunos de los países ASEAN y de China ofrecen una amplia base para la cooperación con América Latina en este campo.

V. FACTIBILIDAD DE LA COOPERACIÓN INTERREGIONAL VÍA LA VINCULACIÓN INTRA-INDUSTRIAL

Uno de los principales factores que caracteriza la complejidad e interdependencia del comercio mundial se expresa en el creciente intercambio intraindustrial. En ese marco, mientras los países industrializados realizan entre sí un intercambio entre distintas variedades de un mismo tipo de productos, con los países en desarrollo establecen generalmente una relación distinta: exportan partes y componentes para ser ensamblados allí y re-exportados a los países de origen.

En el caso de América Latina, el comercio intraindustrial adquiere cada vez mayor relieve, correspondiéndole, en la actualidad, aproximadamente el 30% de las exportaciones de la región en algunos sectores importantes¹⁷. América Latina en su conjunto y cada una de sus subregiones muestran un alto coeficiente de comercio intraindustrial con los Estados Unidos. Igual situación presentan los países de mayor industrialización relativa de la región (ej.: Brasil, México, Argentina). La participación de ese tipo de comercio en

16. Agradezco al Profesor Zhenxing Su, Director del Instituto de A. Latina de la Academia Nacional de Ciencias, sus comentarios y la información brindada sobre este punto (Beijing, 6/94).

17. Kuwayama (1993).

el conjunto del intercambio entre América Latina y los Estados Unidos supera el correspondiente al de los países asiáticos con esa potencia, a pesar de que estos últimos también mantienen un importante grado de vinculación intraindustrial con ella¹⁸.

En cuanto a la composición sectorial del comercio, los productos más importantes son los manufactureros (productos textiles, vestimenta, minerales no metálicos y metálicos y agrícolas). Se trata generalmente de industrias de mano de obra intensiva, con bajo contenido tecnológico relativo o industrias nuevas con alta intensidad de mano de obra y mediano contenido tecnológico¹⁹.

En el caso de los países de Asia-Pacífico, se destaca particularmente la intensidad adquirida por el comercio intraindustrial. Las tendencias de este último señalan la progresiva consolidación de un fuerte intercambio manufacturero en el comercio de los PARI y ASEAN con el Japón y los EE.UU, al igual que en el intercambio intragrupo de los PARI y en menor medida, de ASEAN.

Por otra parte, Estados Unidos ha cumplido en las décadas anteriores un papel relevante como articulador de un sistema de relaciones comerciales que involucra a América Latina y al Grupo PARI. A partir de la década de los setenta se configuró un triángulo comercial donde Estados Unidos exportaba manufacturas, principalmente bienes de capital, a América Latina; los países de nuestra región le vendían a su vez materias primas y ciertas manufacturas, y los PARI adquirían materia prima en América Latina y vendían productos manufacturados a Estados Unidos, Japón y la CE²⁰. Ese esquema, que constituye una simplificación del proceso vigente hasta principios de los ochenta, presenta importantes modificaciones, en virtud de la rápida elevación del nivel tecnológico-industrial en Asia-Pacífico y del inicio de las relaciones de intercambio directas entre esa región y América Latina, que incorporan un creciente porcentaje de comercio intraindustrial en el comercio total entre ambas regiones.

18. BID (1992, pg. 20).

19. *Ibid.*

20. Moneta (1990).

Así, por ejemplo, la variación de porcentaje del comercio intraindustrial a lo largo de la década del ochenta entre Colombia, México y Chile con países del Sudeste Asiático, es mayor que la tendencia de variación porcentual que se observa entre esos países sudamericanos y Estados Unidos y Canadá. Además, para esos países (sin incluir al Brasil), la importancia del comercio intraindustrial en el sector manufacturero con el Asia-Pacífico es de 15 a 20 veces mayor que con Europa²¹. Esos hechos proveen algún soporte a la interpretación²² de que se ha iniciado ya un proceso de relaciones comerciales intraindustriales durante la década pasada entre algunos países de nuestra región y el Asia-Pacífico.

En ese marco, se destacan dos ejes: para Asia-Pacífico, la potencialidad que le ofrece su creciente integración intraindustrial con respecto a su principal mercado extrarregional de exportación, los Estados Unidos y, el nuevo papel que asume el comercio intrarregional e intraindustrial en el marco de la Cuenca del Pacífico. El crecimiento económico de Asia-Pacífico parece derivar de la articulación exitosa entre esos dos ejes. A partir de allí, y teniendo en cuenta los nuevos flujos de inversiones a países de Asia en localizaciones seleccionadas de nuestra región, existen razones para esperar un incremento de las actividades productivo-exportadoras de Asia-Pacífico en zonas no tradicionales para su anterior patrón predominante de inserción internacional. En ese contexto, el sostenimiento de un eje articulador con los Estados Unidos parece requerir una mayor triangulación con América Latina. En otros términos, el interés por un fortalecimiento de los vínculos Asia-Pacífico-América Latina podría tener bases netamente compartidas y ser, por lo tanto, más fructífero para ambas partes.

La mayor o menor firmeza de esa alternativa dependerá de la evaluación que se haga del impacto probable de la aplicación del TLCAN sobre las exportaciones de Japón y Asia-Pacífico al mercado de América del Norte²³. Por el momento, ese enfoque ha dado lugar a la instalación de

21. SELA (1992, pg. 20).

22. La viabilidad y conveniencia de aplicar una estrategia de vinculación intraindustrial entre América Latina y Asia-Pacífico y el Japón, ha sido planteada en distintas oportunidades por Dae Won Choi y Carlos J. Moneta. Ver, por ejemplo, SELA (1992).

23. El autor del presente trabajo está preparando un estudio sobre ese punto.

zonas de procesamiento de re-exportación a los Estados Unidos por parte de los PARI y algunos países ASEAN en México, América Central y el Caribe y a una cauta espera de como se aplicarán en la práctica ciertas normas del Tratado que se consideran perjudiciales y discriminatorias (ej.: incremento del 50% al 62,5% en el porcentaje de autopartes de origen en los países miembros del Tratado; regulaciones en los sectores textil y electrónico).

En principio, los países de Asia-Pacífico enfrentan la perspectiva de que se genere cierta desviación de comercio y aumente la competencia con México por la localización de inversiones extranjeras directas. El primer factor parece que causará sólo efectos negativos marginales; el segundo, puede afectar las industrias de exportación de los PARI y ASEAN orientadas al mercado de EE.UU. Además, teniendo en cuenta que, pese a lo reducido de su monto en el total de las inversiones externas de los PARI, lo invertido en maquila en México (ej.: Corea del Sur) adquiere cierta importancia, la finalización de los programas de incentivos para el año 2001 contempladas para las inversiones productivas extranjeras en la maquila mexicana, pueden incidir negativamente en las ventajas comparativas de las plantas de países de Asia-Pacífico instaladas bajo ese régimen.

Cabe señalar que, en su forma actual, las IED en México, Centroamérica y el Caribe procedentes de los PARI y de algunos ASEAN ha contribuido sustantivamente a obtener un rápido crecimiento de las exportaciones en algunos nichos (ej.: sector textil en Centroamérica). Sin embargo, no parecen haber tenido un impacto considerable como factores de transformación productiva y elevación del nivel tecnoindustrial de esos países. Si la expansión de las exportaciones constituye un avance, no resulta en sí suficiente ni totalmente adecuada, la forma en que actualmente se concibe y obtiene ese incremento. La consideración del punto siguiente, relativo a las inversiones conjuntas y transferencia tecnológica, permitirá articular los elementos principales destacados en este trabajo y presentar sugerencias sobre una posible orientación —que parece conveniente a sus intereses— de la estrategia y políticas que podría aplicar América Latina en esos ámbitos de sus relaciones con Asia-Pacífico.

VI. INVERSIONES CONJUNTAS ASIA-PACÍFICO – AMÉRICA LATINA Y TRANSFERENCIA TECNOLÓGICA

En el contexto de América Latina, los siguientes factores contribuyen a la atracción de la IED de los PARI²⁴: 1) bajo costo de mano de obra; 2) la proximidad geográfica del mercado estadounidense; 3) la posibilidad que abre la potencial integración hemisférica bajo la "Iniciativa para las Américas" y los incentivos de la CBI (Caribbean Basin Initiative) y el SGP (EE.UU); 4) incentivos fiscales en la zona de procesamiento de las exportadoras; 5) facilidad de abastecimiento local en materias primas; 6) acceso al mercado interno; 7) mayor estabilidad económica y política en América Latina; 8) mejor recepción de las tecnologías provenientes de los PARI, dado su carácter de rápido reciclaje y su mayor adaptación al contexto local en comparación con las tecnologías provenientes de los países desarrollados; 9) la creciente apertura del mercado de capitales, con la modificación de las legislaciones, que han hecho más flexible el marco regulador de la IED.

En la presente década y en la próxima, los siguientes factores pueden influir en la generación de mayores corrientes de IED provenientes de Asia-Pacífico hacia América Latina:

I) la primera oleada de inversiones de los PARI (ej.: Corea del Sur y Taiwan) en Centroamérica, efectuada para aprovechar las ventajas del C.B.I. para exportar a los E.E.UU, se enfrentará en los próximos años con crecientes limitaciones (ej.: imposición de cuotas a las exportaciones centroamericanas; generación de nuevos acuerdos de esa región con los EE.UU; alta concentración de las inversiones en los rubros textil y confecciones²⁵;

II) Eso puede conducir a: 1) la relocalización de los IED en otros países que gocen de preferencias; 2) una necesaria diversificación de actividades hacia otros rubros que no dependan del SGP o de beneficios equivalentes (ej.: área eléctrica-electrónica); 3) la reorientación de parte de la IED de Asia-Pacífico y China Popular hacia mercados en América Latina de di-

24. SELA (1993, pgs. 21-22).

25. SELA (1993, pgs. 22-23).

mensiones atractivas y que gocen de buenas perspectivas de crecimiento (Mercosur + Chile).

En consecuencia, la región debería procurar mayores flujos de IED de los PARI y posteriormente, de algunos países ASEAN, hacia otros sectores manufactureros de mayor contenido tecnológico. Se trata de generar una "segunda oleada de inversión" que se localice en las industrias intensivas no sólo en mano de obra sino también en tecnología y en espacios económicos subregionales que cuenten con una dimensión más adecuada de mercado. Eso podría contribuir sustancialmente a la reestructuración tecnológica de la región²⁶, debido al alto contenido tecnológico de los productos y a la gran velocidad de reciclaje de ese grupo de países asiáticos. Si se tiene en cuenta que los sectores automotriz y electrónico han constituido los ejes de la integración intraindustrial entre Japón y Asia-Pacífico y la base de su estrecha vinculación económica con los EE.UU, resulta relevante examinar las posibilidades de que alguno de esos sectores —además del aprovechamiento industrial de los recursos naturales de la región— constituya un eje de articulación intraindustrial dinámico entre Asia-Pacífico y América Latina.

VII. LA ARTICULACIÓN INTRAININDUSTRIAL CON ASIA-PACÍFICO: UN FACTOR NECESARIO EN UNA ESTRATEGIA DE INSERCIÓN INTERNACIONAL DE AMÉRICA LATINA

Los elementos aquí presentados conducen a reconsiderar cuáles podrían resultar los tipos, modos y estrategias de vinculación y los actores con los cuales parece conveniente y viable establecer una inserción virtuosa de América Latina en el sistema económico mundial. Si bien en ese contexto se encuentran comprendidos necesariamente los EE.UU, la UE y Japón, un proceso de reestructuración tecnológica que vincule estrechamente a la región con Asia-Pacífico parece sumamente conveniente, dados los siguientes factores:

1) ofrece otra vía para insertarse en los mercados de Japón y Asia-Pacífico, algunos de los cuales (ej.: Japón), son de difícil abordaje directo;

26. *Ibíd.*

2) facilita la incorporación de tecnología, gestión e inversiones en condiciones más favorables (dependiendo de la capacidad de negociación y de la elección de estrategias y socios adecuados);

3) se presentan menores asimetrías relativas con el estadio de desarrollo latinoamericano;

4) permitiría beneficiarse de los programas de transferencia de tecnología y gestión que organiza Japón con los PARI y algunos países ASEAN;

5) facilitaría el acceso y la inserción de los países latinoamericanos a la compleja malla de interacciones políticas, tecnológicas, económicas y culturales que caracterizan al proceso que actualmente tiene lugar en la Cuenca del Pacífico;

6) apoyaría los esfuerzos integradores regionales en el enfoque de un "regionalismo abierto".

A ese efecto, como ha sido ya señalado, no puede limitarse la acción latinoamericana a constituirse sólo en receptora de flujos de inversiones externas acompañadas o no de cierta transferencia tecnológica. La imprescindible diversificación de las vinculaciones económicas de la región, requiere una doble vía de relación con los países de Asia-Pacífico, que incluya joint-ventures e inversiones latinoamericanas en sectores productivos y servicios seleccionados de esos países. La Zona de Libre Comercio (AFTA) acordada por los países ASEAN, que sería efectiva a principios del 2000 y los avances en el seno de APEC en pos de una gigantesca área de libre intercambio en la Cuenca del Pacífico, constituyen sólo algunos de los ejemplos que ilustran dramáticamente la necesidad de poner en marcha una estrategia de mutuos asentamientos productivos y financieros.

En efecto, la aplicación de un enfoque unidireccional, sólo orientado desde Asia-Pacífico hacia nuestra región, hace depender fundamentalmente las corrientes de IED y el tipo de transferencia tecnológica de la evolución que tenga el mercado estadounidense, el TLCAN, la IPA y otras iniciativas de ese tipo. Esos factores configuran, sin duda, una parte sustantiva de la situación. No obstante, América Latina podrá incrementar sus posibilidades de obtener una reestructuración tecnológica y un crecimiento económico que responda a sus propias orientaciones, en la medida en que sea capaz no sólo de aprovechar y canalizar adecuadamente esos flujos de IED,

sino de expandir el comercio y modificar profundamente sus patrones de intercambio en Asia-Pacífico.

Para ello, es imprescindible involucrarse —aun cuando fuera en escala modesta— en los procesos productivos y financieros de Asia-Pacífico, mediante inversiones y joint-ventures. En ese marco, debe tenerse en cuenta un factor fundamental: una presencia mutua de inversiones constituye uno de los factores que promueven la reducción de las asimetrías actualmente existentes en torno a la respectiva capacidad financiera, de gestión y tecnológica.

Corresponde entonces a nuestra región desarrollar una estrategia múltiple (como de hecho lo hicieron los PARI y ahora, ASEAN que, sin minimizar la importancia del mercado estadounidense y sus posibilidades tecnológicas y financieras, intenten también una activa participación en Asia. En ese marco, Asia-Pacífico puede jugar un papel relevante en la estrategia global de América Latina, compatible con el que esos países desarrollan, desde su propia percepción, con respecto a nuestra región.

BIBLIOGRAFÍA

- Pacific Economic Outlook* (1994-95): Preliminary Release, PECC; US National Committee for Pacific Economic Cooperation, 1994.
- NAYA, Seiji. "Interdependence and Asia-Pacific Integration", Paper prepared for the Third Biennial Conference of Asia Corresponding Institutes of the International Center for Economic Growth, Jakarta, Indonesia, 6-9, abril de 1994.
- SELA (1992): Doc. SP/CL/XVIII. O/Di N° 10, Caracas, 7-11/9/92 (elaborado por Dae Won Choi y Carlos J. Moneta).
- Nihon Zeizai Shimbun* (1994) y IMF (1993, Table 3.1.1, Annex): *Nihon Zeizai Shimbun*, Tokio, varios números, 1994, y International Monetary Found, Direction of Trade Statistics, Washington, DC, 1993.
- PORTA, Fernando. "Notas sobre comercio e inversiones entre América Latina y Asia-Pacífico", CENIT, Buenos Aires, dic., 1993.

- MATTOS, José C. "Economic Relation between Latin American and Asia-Pacific. Recent trends and Futures Challenges", working paper N° 14, ECLA, January 1993, Table 9 y pgs. 18 y 21.
- MINISTERIO DE ECONOMÍA, Secretaría de Programación Económica, "El Horizonte de Complementación de la Argentina con la región Asia-Pacífico", Vol. 1, Cuadro XVII, Buenos Aires, 1994, pg. 61.
- MONETA, Carlos J. *Japón y América Latina en los Años Noventa. Nuevas opciones económicas*, Cap. V. Planeta, Buenos Aires, 1991.
- IMF (1993). Dato del Direction of Trade Statistics, 1993, cit. en M. de Economía, *El Horizonte de Complementación...*, ob. cit., Cuadros I.4.1.4 y I.5.
- BID. Progreso económico y social de América Latina: Informe 1992, 2ª Parte, Washington, DC, 1992.
- KUWAYAMA, Mikio. "Regionalización abierta de América Latina para su adecuada inserción internacional", CEPAL, Documento de trabajo (borrador), setiembre de 1993, pgs. 19 y 20.
- MONETA, Carlos J. "Corea del Sur y los Países de Reciente Industrialización (PARI)", *Estudios Internacionales*, N° 88, Santiago, 1990.

DERECHO INDUSTRIAL Y MARCARIO EN EL MERCOSUR

DRA. ROSA MARÍA ARÉVALO DE RUIZ DÍAZ

Si el propósito fundamental del Tratado de Asunción es la construcción de un Mercado Común, como meta final de su estructura jurídica y, a corto plazo, una unión aduanera, se deben crear las condiciones jurídicas para que la libre circulación de bienes y servicios sea efectiva. En este sentido el Art. 1 del Tratado del Montevideo tiene como una de sus finalidades "la armonización de las legislaciones de los Estados Partes". No existe otro modo de hacer progresar un esquema de integración sino por este medio.

Uno de los campos más sensibles en la construcción de un "espacio comunitario" y donde se percibe casi inmediatamente los efectos de la construcción en un nuevo sistema de relaciones internacionales entre los Estados Partes y entre terceros, es el económico, en el a su vez existen áreas donde la armonización legislativa se manifiesta con verdadera urgencia porque se presenta como presupuesto ineludible para que un esquema de integración como el Mercosur evolucione hacia las ambiciosas metas que se ha propuesto.

Así se deben tener en cuenta diferentes factores. Cada Estado tiene un sistema sobre el cual integra su orden jurídico, esto es, además de la clásica división entre los sistemas romanistas y el derecho anglosajón, internamente las instituciones jurídicas tienen su particularidad y su caracterización, el alcance y protección jurídica son encarados de forma diversa o hasta el método del ordenamiento jurídico puede ser diferente. Tal la unificación de las obligaciones civiles y comerciales, en algunas legislaciones y la diferenciación existente en otras.

Si se suma a ellos que no todos los Estados, aún en el mismo campo han suscrito y ratificado las Convenciones y los Tratados internacionales, y que

éstos tampoco pueden eliminar las normas internas sustantivas, el propósito de la integración encuentra un difícil obstáculo pero al mismo tiempo acelera la búsqueda de soluciones y estimula a los juristas a la investigación, más aún en el caso del Mercosur en que los plazos son especialmente cortos y en que la realidad de los hechos nos obliga a encontrarlas lo más pronto posible.

Al mismo tiempo los procesos de integración generan innovaciones importantes, entre ellas la del enfoque jurídico. Forzosamente debemos plantear el estudio y análisis normativo ya no basta el método comparativo, sino como el propósito fundamental es la armonización y en algunos casos hasta la unificación, servirán las fórmulas aportadas por el Derecho Internacional Privado la suscripción de Convenios y Tratados, y otros modelos integracionistas como el de la Unión Europea por ejemplo.

Así pues entre las medidas que se deben tomar para realizar la integración económica existen varias que se refieren al entorno de la empresas y en particular al régimen de la propiedad industrial, comercial e intelectual. Estos son llamados en conjunto derechos intelectuales y son tradicionalmente divididos acompañando precisamente el campo civil y el comercial, en derechos intelectuales vinculados a la actividad científica, artística y literaria y por otro los derechos de invención y el marcario ofrecen hoy un desarrollo tal que su influencia internacional, especialmente en el campo comercial ha alcanzado una trascendencia que lo convierte en uno de los temas más urgentes de armonización legislativa para la solución de los casos prácticos que se están planteando en nuestros mercados.

Es que tanto la tecnología como la computarización o informática, en especial ha revolucionado todo el campo de la producción industrial, el desarrollo de nuevos productos de nuevas técnicas y ha influido también en el desarrollo de la actividad empresarial de comercialización introduciendo nuevas formas de diseño de creación y generación de imagen que tiene un valor incalculable, en muchos casos superando el producto mismo.

El nuevo campo que ofrece la creación y comercialización de software en el campo informativo y por otra la tecnología en continua expansión y desarrollo, hacen que los derechos de actor y de inventor sean hoy la gran preocupación, para los países desarrollados buscando su protección y para

los países no desarrollados el acceso a los mismos y la posibilidad de su amplia utilización.

La protección de la propiedad industrial, comercial e intelectual responde a un interés social evidente puesto que fomenta el esfuerzo de creación, innovación y de inversión. Tradicionalmente esta asegurada por disposiciones nacionales que al variar de un país a otro tiene aplicación en el territorio del estado que las ha promulgado. Tropieza ello pues con los conceptos de mercado común como un entorno unificado para la actividades económicas.

A pesar de que la especialización jurídica señala campos diferentes, lejos de acentuar la división de los derechos intelectuales o inmateriales como algunos gustan denominar, la interpretación de sus elementos, texto, imagen, sonido, diseño y producto esta indicado la necesidad de reencontrar el **nexo común** en nuestras respectivas legislaciones y a partir del mismo buscar o ubicar las soluciones que requieren los procesos de integración y la globalización de las relaciones comerciales internacionales.

No podemos olvidar que en nuestros países el desarrollo tecnológico, intelectual e industrial no han alcanzado un nivel significativo a pesar de los esfuerzos que aisladamente se han realizado, de modo que tal vez encontrarán en el actual esquema de integración la perspectiva cierta de unir esfuerzos lo que podría marcar la verdadera diferencia. Es este el campo donde debemos captar la experiencia de los países altamente desarrollados.

En este ineludible proceso de armonización, creemos se debe considerar:

1. La diferencia de los sistema legislativos internos.

2. La adhesión o no a los tratados internacionales.

3. La dificultad de conciliar los intereses que prima-facie parecerían contrapuesto.

En este último punto se centraliza, por la contraposición de principios, intereses a proteger y soluciones que plantear, el verdadero punto de discusión de este tema dentro de un proceso de integración.

Se debe conciliar el principio de libre circulación de bienes, servicios, y los diversos factores de producción dentro del espacio comunitario, que implica esencialmente la libre competencia, con el sistema proteccionista con base territorialista, que conceden los Estados a través de su legislacio-

nes al propietario de una creación intelectual con finalidad económica que da al titular derechos de explotación exclusiva o ciertos privilegios en su utilización sobre determinada patente industrial o determinada marca dentro del ámbito nacional .

4. La necesidad de adecuarse a los nuevos conceptos en la materia que ya no permiten una separación drástica entre derecho intelectual en su sentido estricto de aquel derecho que pertenece al género pero que tiene una finalidad económica, tal es el caso de la creación de software, hardware, etc.

En este proceso teniendo en cuenta los cuatro puntos señalados y partiendo de la llamada etapa de transición se procedería a:

1. Tratar de conciliar la existencia de las diversas legislaciones procurando que en su aplicación —que se realizara por jueces nacionales— no aparezcan restricciones no arancelarias que vayan en contra del principio de libre circulación de bienes ya que el tratado no establece ninguna excepción al principio de la libre circulación de bienes y servicios tal como si lo hiciera el Tratado de Roma.
2. Otorgar soluciones que provengan del Derecho Internacional Privado.
3. Utilizar principios propios de la materia como el de agotamiento de los derechos de propiedad industrial por el cual el titular del derecho, lo fabrica, lo vende o lo da en licencia, puede emitir en un mercado libre que otro utilice el derecho pues el ya lo agotó.
4. En la última e ideal fase, se busca la unificación de las normas en la materia con criterio regional, la armonización de las Convenciones y Tratados Internacionales de las cuales son partes los países componentes del Mercosur, de modo que se permita el acceso y no la restricción del desarrollo comercial e industrial, salvaguardando los derechos del autor o inventor, de un modo tal a compatibilizar los dos principios contrapuestos antes mencionado. Además se hará necesario la existencia de un Tribunal Supranacional que interprete el tratado y sus normas.

En esta etapa —tal como habíamos mencionado— no se debe olvidar la educación en los nuevos conceptos sobre la materia, evitando el error de caer en definiciones o en conceptos cerrados, pues la labor intelectual y

creativa que con la tecnología manifiesta una avalancha de derechos, irrumpen en el intercambio mundial siendo necesario calificarlos y protegerlos.

El impacto de este fenómeno incide en la economía mundial con tal fuerza que algunos actores se han llegado a preguntar cuales son los criterios con que se debe medir actualmente la pujanza de la naciones desarrolladas, hasta donde la clásica balanza de pagos como señalan Johan Naisbitt y Patricia Aburdene (*Mega Tendencias 2000*), refleja verdaderamente la realidad económica.

Recordemos que el pago de royalties, el pago por licencias, representación y distribución, la participación en sociedades extranjeras en diversos niveles y la transferencia de tecnología, ponen en verdadero aprieto las fórmulas de cuantificación y verificación del intercambio mundial. Es esta la realidad económica que debe manejar el legislador con miras a la unificación y armonización.

No se puede tampoco descuidar el tratamiento de los contratos de franquicias que trae aparejado no solo la licencia para el uso de las marcas sino todo lo que envuelve, como la tecnología aplicada el mercado al cual se dirige, etc.

En cuanto a las diferencias de las legislaciones de los países miembros, sin entrarlas a analizar en forma muy profunda se puede concluir que ellas existen sin ser sustanciales. Así, todos los países están adheridos a la **convención de la Unión de París (Paraguay lo hizo este año) para la Protección de la Propiedad Industrial** en virtud de ello protegen los derechos del usuario anterior.

El uso de las marcas registradas tiene carácter obligatorio en la Argentina y en el Brasil, o sea que en estos países el registro es constitutivo de derechos, no así en el Uruguay y en el Paraguay, donde se adquiere la marca por el uso de la misma. El Brasil permitiría, en principio, el uso de marcas notorias si fueren registradas en el país. En el Paraguay se establece el derecho de uso exclusivo no el derecho de propiedad y contiene normas sobre la competencia desleal. Estas son algunas de las asimetrías, pero que no obstaculizan la posibilidad de armonización legislativa.

Resulta un parámetro válido para encontrar el mecanismo adecuado analizar la experiencia comunitaria del Tratado de Libre Comercio y de

Unión Europea, como modelos a los cuales recurrir, sin olvidar la propia realidad de nuestros pueblos.

TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Así en el North American Free Trade Agreement Tratado de Libre Comercio de América del Norte más conocido como Nafta con la incorporación de México a su estructura, algunos temas han sido altamente definidos y especificados. En el Mercosur, a pesar de que su propósito es de creación no solo de una zona de libre comercio sino alcanzar a construir un Mercado Común, estos aspectos han quedado relegados a las negociaciones y acuerdos dentro del mismo,

Desde esta forma mientras en el NAFTA, se estableció previamente el sistema que habría de regular el sistema de propiedad intelectual e industrial y dada la importancia que los Estados del Norte atribuyen a estos temas es conveniente detenerse a analizar como el TLC ha encarado estos temas y analizar los puntos que pudieran ser de utilidad en el MERCOSUR.

En ese sentido la integración y armonización legislativa de este grupo constituye un ejemplo de cómo economías, sistemas y filosofías, distintas pueden llegar a una efectiva integración.

Tal el caso de México y Estados Unidos, donde a modo de ejemplo podemos señalar lo ocurrido en el campo de la propiedad intelectual. México adhiere a la teoría latina de propiedad intelectual que reconoce el derecho moral del autor sobre su obra y la doctrina Anglosajona de los Estados Unidos niega y desconoce tal derecho reconociendo como único propietario de la obra a la corporación, es decir el autor se diluye en su obra, a raíz de ello ocurría pues lo siguiente:

Al no observar ciertas formalidades establecidas por la Ley americana como una leyenda que hiciera referencia a los derechos autorales correspondientes, adherida en la copia despoja de protección a la obra aún cuando el país del que era originario la obra no tuviera tal exigencia.

Fue así como muchas películas de la llamada época de oro del cine mexicano, al no hacerse acreedoras de la protección por no observar las formalidades, cayeron en el régimen de dominio público conforme a la legisla-

ción estadounidense. Ahora, sin embargo, con el Tratado de libre comercio se obliga a Estados Unidos de América a proteger las obras cinematográficas producidas en el territorio de **Canadá y México** que hayan sido declaradas de dominio público bajo la legislación estadounidense.

El Tratado destina todo el capítulo XVII del TLC propiedad intelectual con 21 disposiciones que engloban tanto la propiedad industrial como los derechos de autor.

En este Tratado se percibe fácilmente que la estructuración jurídica o protección jurídica sigue en algún sentido el campo específico técnico destinado a ser protegido, a diferencia de estos países tenemos la tendencia de adaptar a las grandes estructuras las divisiones jurídicas y las reglas, definiendo campos jurídicos que muchas veces dificulta encontrar la fórmula jurídica adecuada.

UNIÓN EUROPEA

Tiene una política comercial común, su artículo 110 dispone "Mediante miembros se proponen contribuir, conforme al interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias.

La política comercial común tendrá en cuenta la incidencia favorable que la supresión de los derechos de aduana entre los Estados miembros pueda tener en el aumento de la capacidad competitiva de las empresas de dichos Estados".

Respecto de la industria en sí, el artículo 130 establece las grandes líneas diciendo que la Comunidad y los Estados miembros asegurarán la existencia de las condiciones necesarias para la competitividad de la industria comunitaria.

Dentro del seno de esta política y en el campo de la protección de la propiedad industrial, comercial e intelectual ha incorporado Tratados de dimensiones Europea, precisamente frente a las desigualdades de las legislaciones nacionales y las deficiencias que presentan los Convenios Internacionales firmados en este campo.

Así, el Tratado de Munich de 1973 que trata de la patente europea, ha establecido un sistema europeo de concesión de patentes a saber:

– Se ha creado una oficina Europea de patentes, cuya sede esta en Munich, que expide patentes que protege la invención en todos los países que se hayan adherido o solamente en los países escogidos por el solicitante.

En cada uno de estos países la patente Europea tiene el mismo efecto que una patente nacional, sometida a las disposiciones nacionales y a algunas reglas comunes que hacen a su duración a las causales de nulidad.

– Las solicitudes se estudian desde el punto de vista formal y desde el punto de la vista de la novedad del producto o procedimiento.

– Se expide y se publica la patente en uno de los idiomas oficiales, cualquier persona puede oponerse en el plazo de nueve meses a contar de la fecha de su concesión.

– El derecho que confiere una patente de un procedimiento alcanza a los productos obtenidos de él.

Este Tratado fue complementado por el convenio de Luxemburgo de 1975 sobre la patente comunitaria, firmando solo los estados miembros de la comunidad. El mismo prevé el establecimiento de un derecho unitario de patentes, de modo que tenga los mismos efectos en todos los países de la comunidad.

Además, esta previsto que toda solicitud de patente Europea de un país se aplique automáticamente a los demás. Crea además un Tribunal común para el tratamiento de litigios. Para los inventores que solo se interesan por su mercado nacional, se mantienen las patentes nacionales, pero combinado con disposiciones que limiten lo menos posible las repercusiones de este mantenimiento con el funcionamiento del mercado común. La puesta en vigencia de este tratado ha tenido algunos obstáculos.

En cuando a las marcas la Comunidad se ha lanzado en dos direcciones:

1. **El acercamiento de las legislaciones nacionales con una directiva:** El derecho exclusivo concedido al titular de una marca para impedir a toda persona o sociedad utilizar en los negocios y sin su consentimiento, todo signo distintivo, idéntico o similar que se aplique a productos o servicios idénticos o similares a los que están cubiertos por la marca registrada.

Se definen también los signos y los caracteres distintivos susceptibles de ser protegidos, motivo del rechazo para oponerse a una marca etc.

2. **La creación de una marca comunitaria:** Existe un proyecto para crear en beneficio de los productores y de los consumidores en el seno de la comunidad condiciones que respondan a las de un Mercado Interior Europeo, para los productos de marca, concedida por una oficina comunitaria única, de acuerdo con una legislación comunitaria única. La aprobación está frenada por divergencias relativas a la sede de la oficina y a los idiomas del tratado.

Prevé en particular:

- a) Una duración de registro de diez años, prorrogable por periodos iguales.
- b) La denegación de registro cuando la posea otro propietario, vaya desprovista de carácter distintivo o sea ilícita (inducir a error).
- c) Un procedimiento de solución de los conflictos en caso de falsificación o de impugnación de la validez de una marca anterior.
- d) Mantenimiento paralelo de las marcas nacionales para empresas de actividad restringida.

LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y MARCARIA EN EL MERCOSUR

De acuerdo a las herramientas que nos ha proporcionado el Tratado de Asunción a los países miembros del Mercosur, estamos obligados los países miembros, no solo a hacer realidad la libre circulación de bienes y servicios entre los países, eliminando igualmente cualquier restricción no arancelaria sino también y por ende coordinar políticas a fin de asegurar las condiciones adecuadas de competencia.

Como es sabido el Grupo Mercado Común, órgano ejecutivo del MERCOSUR, constituye sub-grupos de trabajo. El grupo siete se ocupa de la política industrial y tecnológica, con una comisión que forma parte del mismo y que se ocupa de los derechos de propiedad intelectual.

Dicha comisión ha venido realizando encuentros de estudio cuyas decisiones deberán ser incorporadas al Tratado en forma de protocolos adi-

cionales, acuerdos sectoriales o directamente incorporarlos a la legislaciones nacionales, según se resuelva.

En las reuniones se han tocado temas referidos a informática, químicos, gráficas, farmacéuticas, telecomunicaciones, obras audiovisuales.

Sobre la política industrial y tecnológica en la reunión del 14 y 15 de marzo realizada en Montevideo-Uruguay, en la cual se reunieron los expertos gubernamentales, organizada por la OMPI con el Grupo Mercado Común del Mercosur, los países miembros han decidido solicitar apoyo técnico a la **Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI)**.

Conforme a lo solicitado por los representantes gubernamentales, la OMPI ha elaborado dos documentos que contienen disposiciones legales en materia de protección del derecho de autor y en materia de patentes y diseños industriales respectivamente, comprendiendo aspectos de derechos sustantivos y procesal con vistas precisamente a identificar los puntos de **Armonización** esenciales.

El Anexo I contiene la propuesta de disposiciones legales en materia de invenciones y diseños industriales de armonización prioritaria.

El primer capítulo trata de la protección de las invenciones y derecho a la patente, define lo que debe entenderse por invención, cual es la materia que se excluye, los requisitos, su aplicación industrial, el requisito de novedad, el requisito de nivel inventivo, el derecho a la patente y la mención del inventor.

El segundo capítulo señala los derechos y obligaciones y limitaciones relativos a la patente. Su plazo, las tasas anuales, los derechos conferidos por la patente, las limitaciones al derecho de patente, el derecho del usuario anterior de la invención, la nulidad de la patente y su renuncia.

El tercer capítulo habla de las licencias obligatorias y otras medidas, las licencias obligatorias, las solicitud y concesión de la licencia, la revocación y modificación de la licencia obligatoria.

El cuarto capítulo se refiere a la protección de diseño industrial, define la superposición de regímenes de protección, el derecho a obtener protección, la adquisición de derechos, las materias excluidas, los requisitos, alcances y limitaciones.

El quinto capítulo establece el plazo, la prórroga, y la nulidad. Por último entre las disposiciones generales el Art. 34 establece el derecho de prioridad.

El Anexo II contiene una propuesta de disposiciones legales en materia de invenciones y diseños industriales para una posible armonización.

En cuanto a las invenciones, estudia el cumplimiento de un contrato en ejecución por un empleado inventor. También el procedimiento de concesión de la patente.

Sobre los diseños industriales, se refiere al procedimiento de registro, los diseños creados en ejecución de un contrato, solicitud, fecha de presentación, examen, publicación, etc.

Es importante el capítulo de disposiciones generales pues se refiere al derecho de prioridad, su modificación o corrección, su retiro, la clasificación de patentes y diseños industriales.

Por último un importante capítulo sobre las acciones y sanciones por infracción de derechos. Reivindicación y protección durante la tramitación, prescripción, presunción de empleos, indemnizaciones y medidas en la fronteras.

Este importante proyecto y primer intento de unificación legislativa aunque parece establecer un mecanismo denso comparado con los demás bloques integrados y define conceptos tales como "nivel inventivo", mecanismo legislativo que pone trabas a los avances porque encasilla y limita, fue tratado en la reunión de junio en Asunción, pero lamentablemente no se decidió nada al respecto, en realidad no se estudió el proyecto bajo el pretexto de la ausencia de uno de los expertos de la OMPI y la oposición del Brasil, sin mayores explicaciones.

Concluyendo, podríamos preguntarnos el porqué de estos acuerdos regionales en materias específicas existiendo por ejemplo acuerdos internacionales como el GATT en aras de la liberalización de la economía.

Pues bien, los acuerdos regionales son un catalizador de los acuerdos globales que marcan el paso de la liberalización global mediante la fijación de precedentes para un más difícil y amplio proceso de negociación. Así, el Tratado de Asunción declara ser consiente de que debe ser un instrumen-

to tendiente al desarrollo en forma progresiva de la integración de América Latina conforme al objetivo del Tratado de Montevideo de 1980.

Además no debemos olvidar que las negociaciones que realicemos en bloque resultarán más favorables para nuestros países.

Del mismo modo el esfuerzo conjunto nos servirá para desarrollar tecnologías que hoy día no están a nuestro alcance, o negociar mejor la transferencia entre nuestro países y los no miembros del bloque Mercosur.

Como ejemplo válido podemos citar el problema de los productos farmacéuticos que deben ir munidos obligatoriamente de sus fórmulas y sabido es que muchas veces no están pagando en nuestros países las regalías correspondientes, existiendo una fuerte presión para la regularización de esta situación (Chile-Paraguay). Pues bien, negociando en bloque se podría obtener un plazo de gracia para el pago de la misma o la oportunidad de acceso a esta tecnología por su contenido social o el incentivo para la investigación en nuestros propios países.

Finalmente, la base de interpretación de todas las situaciones que se presenten tanto en esta materia como otras deberá ser el preámbulo del Tratado de Asunción porque contiene las razones programáticas del Mercosur.

En dicho preámbulo se expresa que los **Estados Miembros impulsan el Mercado Común** *"Convencidos de la necesidad de promover el desarrollo científico y tecnológico de los Estados Partes y de modernizar sus economías para ampliar la oferta y la calidad de los bienes y servicios disponibles a fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes"*.

Entendemos que en esta difícil tarea está comprometido, el presente y el futuro no solo de la Sub-región sino de toda Latinoamérica.

ALGUNOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE PLANTEÓ
LA ADOPCIÓN DEL "PROTOCOLO INTERPRETATIVO
DEL ARTÍCULO 44 DEL TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1980".
SUS SOLUCIONES DE ACUERDO
AL DERECHO INTERNACIONAL. NUESTRA OPINIÓN

DR. BELTER GARRÉ COPELLO

El análisis del Protocolo Interpretativo planteó durante su negociación en el comité de Representantes de la ALADI diversos problemas jurídicos que no se habían presentado anteriormente en la Asociación durante los años de su funcionamiento.

El objeto de esta exposición es analizar someramente dichos problemas y como fueron solucionados, partiendo de la base de que el Protocolo Interpretativo es conocido por Uds., dado que no dispongo de tiempo para comentarlo detenidamente. Les facilitará entender estos comentarios el anexo a los mismos, que consiste en el citado Protocolo.

Tampoco comentaré su azarosa aprobación después de ser rechazado en la VIII Reunión del consejo de Ministros de la ALADI, celebrada en Montevideo el 11 de febrero de 1994, después de un año completo de negociaciones en que los polos antagónicos fueron Brasil y México. En esa época era México el que no cumplía con el artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980, aunque el Protocolo no mencionaba país alguno. Hoy en día el grupo de países del MERCOSUR parece hallarse en las puertas de una situación similar —en caso de que celebre un tratado libre comercio con la Unión Europea— y se da el caso de que Brasil podría ser uno de los países beneficiados por el Protocolo Interpretativo, cosa que no podía preverse durante su negociación.

En fin, el citado Protocolo Interpretativo después de su rechazo, fue re-negociado y finalmente aprobado por la Primera Reunión Extraordinaria

de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALADI, celebrada en Cartagena de Indias (Colombia), el 13 de junio de 1994, durante el curso de la IV Cumbre Iberoamericana.

Respecto al Protocolo mismo diré solamente que consiste en una nueva aplicación del artículo 44 de la Carta de la ALADI (cláusula de la nación más favorecida), permitida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (entre Estados) de 1968 (Parte III, Sec. 3, artículo 31, párrafo 3).

Esta nueva aplicación consiste en que un país que celebre un acuerdo no contemplado en el artículo 44 del Tratado de Montevideo (cláusula de la nación más favorecida), ya no tendrá que hacer extensivas las ventajas obtenidas en dicho acuerdo a los demás países miembros de la ALADI, sino que podrá negociar la no aplicación de dicho artículo con el país o países que se sientan perjudicados por la celebración del acuerdo de referencia (el caso inicial fue el del ingreso de México al TLC o NAFTA). El país que celebre, entonces, un acuerdo no contemplado en el Tratado de Montevideo de 1980, podrá solicitar no cumplir con el artículo 44 del mismo por un plazo renovable de cinco años, celebrando con los países que se sientan perjudicados por el nuevo tratado celebrado y no contemplado en la Carta de la ALADI, negociaciones para compensar dichos perjuicios. Estas negociaciones pueden llegar a ser bastante complicadas, e incluso el Protocolo crea un Grupo Especial para el caso de la falta de acuerdo, a cuya decisión deben someterse las partes. Logrado el acuerdo de partes o decidido el problema a través del Grupo Especial, se podrá otorgar la autorización solicitada para no cumplir con el artículo 44 antes mencionado ¹.

1. México solicitó la autorización respectiva para no cumplir el artículo 44 de la Carta de la ALADI una vez firmado el Protocolo Interpretativo por el Consejo de Ministros y emitidas la Resolución ("decisión") 43 (1-E) sobre aplicación provisional del Protocolo y 44 (1-E) que regula el Grupo Especial.

Sin embargo una vez solicitada la iniciación de negociaciones con dicho país por los países miembros del MERCOSUR, México comunicó a los mismos en la ALADI —que sirve de sede y apoyo técnico a las negociaciones— su decisión de suspender las mismas. El motivo alegado para ello por dicho país fue su necesidad de observar la evolución de la Unión Aduanera del MERCOSUR, como requisito necesario para comenzar las negociaciones. Parece que la voluminosa cifra del comercio exterior de Brasil con México y su peso en las negociaciones a celebrar tiene mucho que ver con la decisión mexicana.

El artículo 44 subsiste, pero se lo cumple de otra forma, lo que está permitido por la convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ya mencionada.

Comencemos pues a analizar qué problemas jurídicos planteó la adopción del Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980 y sus soluciones de acuerdo al derecho internacional y a las disposiciones específicas de la Carta de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

I. El carácter interpretativo del "Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980" y sus fundamentos.

La opción de negociar un protocolo que sea de carácter interpretativo o de carácter modificativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980 es una opción política de los Estados miembros, que una vez adoptada trae consecuencias jurídicas de importancia en relación al Tratado indicado y al Protocolo mismo.

La decisión tomada fue la de negociar un protocolo interpretativo, como lo muestra la denominación "Protocolo Interpretativo..." adoptada y las instrucciones dadas al Grupo Ad Hoc que negoció el texto respectivo, por la Resolución 36 (VII) del Consejo de Ministros de la ALADI, para que este procediera a analizar la efectividad de su funcionamiento y en caso de corresponder "proponer pautas para proceder a su perfeccionamiento o al diseño de nuevos mecanismos *dentro del marco del Tratado*".

Pero estas pautas formales no son las únicas que nos llevan a sostener el carácter interpretativo del protocolo en análisis, ya que existen razones sustanciales de teoría general y de derecho positivo internacional que llevan a la misma conclusión.

En primer lugar debemos señalar que nos hallamos ante una situación absolutamente nueva, ya que en 1980 no se previó la posibilidad de un tratado de integración entre un país desarrollado y un país en desarrollo miembro de la ALADI. Si esta situación se hubiera dado el país en desarrollo respectivo hubiera quedado fuera de la Asociación; además la concepción de la integración entre países en desarrollo en esa época no permitía que se considerara posible la integración entre un país latinoamericano y un país desarrollado de la región.

Pero los tratados internacionales no permanecen "congelados" y como suspendidos en el tiempo; sobre ellos inciden las nuevas situaciones internacionales y sus normas deben interpretarse de una manera evolutiva, de acuerdo a esas nuevas situaciones internacionales y a las nuevas normas de Derecho Internacional Público que van surgiendo paulatinamente.

Un claro ejemplo de esa interpretación evolutiva de los textos de los organismos internacionales lo da el artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas relativo al funcionamiento del Consejo de Seguridad, que establece que las decisiones no procesales del Consejo se toman por el voto afirmativo de nueve miembros incluidos los votos afirmativos de todos los miembros permanentes. La abstención de un miembro permanente parece que —según el texto de la Carta de la ONU— impide el nacimiento de una decisión del Consejo de Seguridad. El artículo 27 de dicha Carta requería, en las circunstancias, el voto de los cinco miembros permanentes a favor. Sin embargo, con el paso del tiempo, las circunstancias internacionales llevaron a interpretar que se debían computar solamente los votos de los miembros permanentes que votaban realmente y no los de aquellos que se abstendían, que como se interpreta actualmente, no votan en contra ni a favor.

Así, la jurisprudencia del Consejo de Seguridad ha admitido que se adoptaran muchas decisiones no procesales con el voto afirmativo de sólo cuatro miembros permanentes, lo que significó un reajuste del artículo 27 de la Carta de la ONU a las cambiantes circunstancias internacionales.

También en los casos de los Tratados de París de 1951 creador de la CEECA y de Roma de 1957 creador de la CEE y de la CEEA, la intervención de la Corte de Luxemburgo llevó a desarrollar progresivamente dichos tratados al interpretar los mismos en un sentido no contemplado en los textos respectivos y aún contra la voluntad de algunos Estados miembros.

En efecto, los Tratados de París y de Roma no tenían indicación alguna sobre el efecto directo de sus disposiciones en el ámbito interno de los países miembros, ni sobre la supranacionalidad del derecho comunitario. Sin embargo, un órgano de las Comunidades Europeas —el Tribunal de Justicia— dictó dos fallos famosos interpretando que en los tratados de las Comunidades Europeas se consagraba el efecto directo de las disposicio-

nes comunitarias (Caso Van Gen en Loos, 1963) y su supranacionalidad (Caso Costa versus Enel, 1964).

El Protocolo Interpretativo del artículo 44 de la Carta de la ALADI que comentamos no ha contemplado -decíamos- la posible integración de un país de la Asociación con un país desarrollado. Pero el hecho ha ocurrido y como un hecho nuevo ha influido en la interpretación del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980.

Esta nueva interpretación del artículo 44 citado está permitida por las normas sobre interpretación de los tratados de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1968, y es la que nos permite sostener como argumento de fondo que el "Protocolo Interpretativo..." que comentamos es ciertamente interpretativo dentro del sentido que a ese término otorga la citada convención en su Parte III, Sección 3.

El sistema de la Convención de Viena de 1968 está contemplado en el artículo 31 de dicho tratado, incluido en la Parte III sobre "Observación, Interpretación y Aplicación de los Tratados", específicamente en la Sección 3: "Interpretación de los Tratados".

El artículo 31 párrafo 1 prescribe las reglas generales de interpretación en el contexto del tratado. El contexto se define en el párrafo 2 del artículo 31 indicado. Finalmente el artículo 31 párrafo 3 establece que "Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:

a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca *de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones*".

De modo que en un acuerdo (Protocolo Interpretativo) sobre la manera de aplicar el artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980 realizado ulteriormente entre los Estados miembros, puede atenderse al surgimiento de circunstancias o hechos internacionales nuevos que afecten al tratado respectivo, como ocurre con un tratado de integración no contemplado en el Tratado de Montevideo de 1980.

Ésta debe entenderse como la correcta aplicación de la Convención de Viena de 1968 en materia de interpretación de los tratados, según su Parte III, "Observancia, Aplicación e Interpretación de los Tratados", específicamente en su Sección 3: "Interpretación de los tratados", artículo 31, párrafo 3,a).

El "Protocolo Interpretativo del artículo 44..." que analizamos no es un protocolo modificativo, porque entonces estaría regido por la Parte IV, "Enmienda y Modificación de los Tratados", de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1968 (artículo 39 y s.s.) y no por el artículo 31 parágrafo 3,a), que está comprendido en la Parte III, Sección 3, relativa a la Interpretación de los Tratados.

Y como el artículo 31 parágrafo 3,a), indica que interpretar puede consistir en un acuerdo ulterior "*acerca de la interpretación*" del tratado "*o de la aplicación*" de sus disposiciones, el "Protocolo Interpretativo del artículo 44..." está aplicando a las nuevas circunstancias el artículo citado, estrictamente dentro de una de las hipótesis de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1968.

Debemos observar que el artículo 31 parágrafo 3,a), de la convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, celebrado el 21 de marzo de 1985, mantiene exactamente el mismo texto que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (entre Estados de 1968), refiriéndose ambas convenciones en dicho artículo y parágrafo como interpretativo, "a todo acuerdo ulterior entre las partes *acerca de la interpretación del Tratado o de la aplicación de sus disposiciones*."

II. Procedimiento para la entrada en vigor del "Protocolo Interpretativo".

En principio, todo acuerdo del tipo del proyectado entra en vigor de la manera y fecha que determinan las partes contratantes (artículo 24, inciso 1, de la Convención de Viena de 1968).

Pero dado el régimen constitucional de los Estados miembros de la ALADI, para entrar en vigor el Protocolo Interpretativo, necesariamente deberá contar con la ratificación y, en general, ésta requerirá aprobación interna previa por los respectivos parlamentos.

El principio general constitucional aplicado por los Estados latinoamericanos exige la aprobación de los tratados por el Poder Legislativo. No es posible la entrada en vigor de un tratado en el derecho constitucional comparado de los países de la región sin el cumplimiento de sus requisitos constitucionales, de los cuales es parte fundamental la aprobación por el Poder

Legislativo. La falta de dicha aprobación constituiría un vicio del consentimiento, del Estado respectivo, que éste podría alegar de acuerdo al artículo 46 del Convenio de Viena de 1968.

Se configuraría un vicio del consentimiento y podría pedirse la nulidad del tratado ya que se trataría de una violación manifiesta (objetivamente conocible por cualquier Estado) y que afecta una norma de importancia fundamental (la Constitución), lo que daría entrada a la excepción al principio de que el Estado no puede alegar su derecho interno (artículo 46 incisos 1 y 2 de la Convención de Viena de 1968). De manera que el no cumplimiento de los requisitos constitucionales -de los cuales es parte esencial la aprobación legislativa- pone en funcionamiento la excepción al principio de que un Estado no puede alegar una violación a su derecho interno al otorgar su consentimiento en obligarse por un tratado, como vicio de su consentimiento. En este caso, siendo una "violación manifiesta" y que "afecta una norma de importancia fundamental" de su derecho interno, el Estado puede solicitar la nulidad del tratado respectivo.

III. Situación de los Estados no ratificantes del Protocolo Interpretativo, una vez que el mismo haya entrado en vigor por la ratificación del número de Estados que el mismo disponga. Posibilidad de que se adopte una resolución ("decisión") interpretativa provisional por el Consejo de Ministros.

Si se aprueba el Protocolo Interpretativo en el Consejo de Ministros de la ALADI, comienza el trámite para su ratificación y entrada en vigor. Mientras ésta no se produzca respecto de todos los Estados miembros, se planteará un problema que surge del hecho de que unos Estados estarán obligados por el "Protocolo Interpretativo" y otros no, por estar este aún en trámite de ratificación.

Hasta que el Protocolo Interpretativo no entre en vigor para todos o para algunos de los Estados miembros, el régimen aplicable para los que no lo hayan ratificado es el del actual artículo 44 del Tratado de Montevideo, sin tener en cuenta la nueva aplicación de dicho artículo prevista en el "Protocolo Interpretativo".

No obstante si el Consejo de Ministros ha aprobado el "Protocolo Interpretativo", y más aún si lo ha hecho por unanimidad, surgen para los Es-

tados miembros algunas obligaciones: Las partes no deben frustrar el objeto y fin del acuerdo antes de su entrada en vigor mientras no hayan manifestado la intención de no ser partes del mismo o su trámite se haya retrasado indebidamente (artículo 18 de la Convención de Viena de 1968).

Podría también disponerse la aplicación provisional de lo acordado. En la teoría general esto puede disponerse de dos maneras: incluyéndola en el texto del mismo o de otro modo que se conviniere. Esta aplicación provisional se extiende hasta que una de las partes notifique a las demás que ha decidido no ratificar el acuerdo (artículo 25 de la Convención de Viena de 1968).

De estas dos formas la primera no es posible en el caso del "Protocolo Interpretativo" porque el principio general constitucional de las constituciones latinoamericanas exige en todos los tratados la aprobación previa a su ratificación por el Poder Legislativo. Debe aclararse que las normas del Convenio de Viena de 1968, se aplican a todos los tratados, incluso a los protocolos los que caen dentro de la definición genérica de tratados, contenida en el inciso a) del artículo 2. En consecuencia, en este caso se caería en la hipótesis ya analizada del artículo 46 de la Convención de Viena de 1968 que establece los vicios del consentimiento en la celebración de tratados.

En cambio puede sí dictarse una resolución dentro de las facultades del Consejo de Ministros de la ALADI, como voluntad de la organización internacional sujeto de Derecho Internacional Público distinto de los Estados, por la cual se establezca la aplicación provisional del "Protocolo Interpretativo" mientras éste no haya sido ratificado por todos los Estados Partes, o el número de ellos que se decida en el Protocolo para que éste entre en vigor.

La validez de una resolución de este tipo del Consejo de Ministros de la ALADI que interprete el artículo 44 de la Carta constitutiva de la misma, descansa en varias disposiciones de ésta. El Consejo de Ministros es el órgano supremo de la Asociación y es quien adopta las decisiones que correspondan a la conducción política superior del proceso de integración económica de la ALADI (artículo 30 de su Carta constitutiva).

Aunque el caso de la integración entre países latinoamericanos y países desarrollados no estuvo previsto cuando se creó la ALADI, ante el surgimiento de esta hipótesis en el caso del acuerdo de integración denominado NAFTA (México-Estados Unidos-Canadá), el Consejo tiene las compe-

tencias que le fija el artículo 30, algunas de las cuales le permiten dictar normas relativas a organismos de integración en que sus miembros se asocien a países desarrollados, a saber: artículo 30 inciso a), "Dictar normas generales que tiendan al mejor cumplimiento de los objetivos de la Asociación, así como al desarrollo armónico del proceso de integración"; inciso e) "Fijar las normas básicas que regulen las relaciones de la Asociación con otras asociaciones regionales, organismos o *entidades internacionales*"; (estas últimas incluyen las organizaciones de integración entre países desarrollados y en desarrollo); inciso j) "Acordar enmiendas y adiciones al Tratado en los términos del artículo 61" (esto incluye las adiciones interpretativas o enmiendas al Tratado de Montevideo que contemplen sus relaciones con organismos de integración que formen parte de países de la ALADI y países desarrollados).

Además para el caso de que una competencia determinada no estuviere prevista entre las que un organismo internacional puede ejercer, la jurisprudencia internacional ha elaborado principios hoy fijamente establecidos. En la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso de Reparación de los Daños sufridos al servicio de la ONU, la Corte desarrolló la teoría de los poderes implícitos por la que admitió que una organización internacional podía ejercer todos aquellos poderes que le estuvieren implícita o explícitamente permitidos.

Avanzando aún más, la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre Gastos de las Naciones Unidas en el Congo, admitió que una organización internacional puede hacer todo aquello que le esté expresamente permitido y todo aquello que tenga por fin el cumplimiento de sus propósitos siempre que no le esté expresa o implícitamente prohibido. Esta posición se denominó posteriormente doctrina de la capacidad inherente.

De manera que en el caso que analizamos la norma interpretativa puede ser objeto de un protocolo adicional lo que crea los problemas considerados respecto a los países que no lo ratifican inmediatamente. Pero ese inconveniente es obviado si la interpretación del texto respectivo se realiza mediante una resolución provisoria del Consejo de Ministros de la ALADI que es obligatoria para todos los Estados en tanto miembros de la Organización.

El dictado de una resolución interpretativa provisoria del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980, resulta pertinente por cuanto se trata de una resolución interna de una organización internacional en uso de sus facultades conferidas por la Carta constitutiva respectiva.

Por otra parte, en el caso no se trata de una obligación definitiva para los estados sino a término, de la cual éstos pueden liberarse por el solo mecanismo de notificar a la Asociación que han decidido no ratificar el Protocolo.

Interpretativo (art. 25 de la Convención de Viena de 1968). Esta "decisión" del Consejo de Ministros, que actuaría como órgano supremo adoptando las decisiones que correspondan a la conducción política superior del proceso, permitiría superar una situación no prevista en la Carta Constitutiva de la ALADI, como lo es todo tipo de integración entre los miembros de la Asociación en forma no prevista por el Tratado de Montevideo de 1980. Así se cumple además acabadamente, con la finalidad prevista en la Carta (artículo 30 inciso e) de servir de foro regulador de las relaciones internacionales de la Asociación con otros organismos y "entidades internacionales", y además se cumple la clara voluntad política formulada reiteradamente por el Mecanismo Permanente de Consulta y Concertación Política (Grupo de Río) de que la ALADI se transforme en foro regulador y mecanismo articulador de la integración en el área.

Las "decisiones" que según el artículo 30 puede tomar el Consejo de Ministros de la ALADI son siempre obligatorias en la teoría general de las organizaciones internacionales, que establece que las resoluciones adoptadas por una organización internacional pueden ser "decisiones" o "recomendaciones". En forma general, las "decisiones" del Consejo de Ministros de ALADI son obligatorias según el artículo 30 de la Carta de la misma; pero debemos agregar que pese a que la Carta de la ALADI no prevé que el Consejo de Ministros dicte "recomendaciones", este puede hacerlo si así lo desea y lo decide expresamente. Por lo tanto el Consejo de Ministros hubiera podido adoptar una mera recomendación que incluyera el texto interpretativo del Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de la ALADI.

Debe señalarse no obstante, que para el caso que nos ocupa (adopción transitoria del régimen de aplicación del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980 por el Consejo de Ministros), como el mismo debería ser apli-

cado inmediatamente por los órganos de la Asociación a efectos de no dejar un vacío jurídico hasta que se apruebe o se rechace por los Estados la adopción del "Protocolo Interpretativo"; recomendar la adopción de un régimen provisional no hubiera sido de efecto práctico alguno. Los órganos de las ALADI no podrían actuar transitoriamente durante el interregno y quedaría en manos de los Estados definir la existencia o no de un régimen jurídico a aplicar hasta que se adopte una solución definitiva, situación que no es la que se pretende.

En consecuencia creemos correcta la adopción de una resolución ("decisión") del Consejo de Ministros de la ALADI disponiendo la aplicación provisional del "Protocolo Interpretativo", lo que hubiera podido realizar ya sea hasta que los Estados Miembros expresaran su voluntad de aceptar el Protocolo o no hacerlo; por un plazo prudencial; o por un término determinado.

IV. Número de ratificantes para la entrada en vigor del Protocolo Interpretativo.

En principio un tratado entra en vigor "tan pronto haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el Tratado" (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1968, artículo 24, inciso 2). Esta regla se aplica automáticamente si nada se dice en el acuerdo.

Pero los Estados negociadores tienen la potestad de alterar el sistema expuesto y convenir otro cualquiera acerca de la manera y de la fecha de la entrada en vigor... (Convención de Viena de 1969, artículo 24, inciso 1).

El "Protocolo Interpretativo" requiere en su artículo 7° un total de ocho ratificaciones para su entrada en vigor. Sin embargo el artículo 61 del Tratado de Montevideo de 1980 admite que el citado Protocolo pudiere haber dispuesto otra cosa, o sea su entrada en vigor con menor número de ratificaciones. De hecho, el propio Tratado de Montevideo de 1980 entró en vigor con sólo tres ratificaciones (artículo 65 del Tratado de Montevideo de 1980).

Los primeros Estados que ratifiquen quedarán obligados a partir de que se alcance el número previsto, y los posteriores desde que cada uno ratifique el Protocolo (artículo 24, inciso 3 de la convención de 1968).

En el caso de que el "Protocolo Interpretativo" entrara en vigor con algunas ratificaciones, pero sin esperar a que todos los miembros de ALA-

DI lo hubieran ratificado, en tanto esa situación se produzca: a) el "Protocolo Interpretativo" se aplicará sólo a los ratificantes; b) los no ratificantes continuarán rigiéndose por el régimen del artículo 44 del Tratado de Montevideo en su aplicación anterior al "Protocolo Interpretativo". Por lo tanto, en este supuesto, para aplicar el nuevo sistema será imprescindible que entre las ratificaciones se encuentren el Estado vinculado a un tercero desarrollado y que pida la suspensión temporal de las obligaciones del artículo 44 ("waiver") y aquel que expone que tal suspensión le causa un perjuicio y pide compensación.

Estas serían las conclusiones que se desprenden de una aplicación estricta de Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en las disposiciones mencionadas anteriormente. Estas conclusiones se verían alteradas si se siguiera el criterio expuesto supra en el numeral anterior, en cuanto a la aplicación provisional del Protocolo a partir de una Resolución anterior ("decisión") del Consejo de Ministros de la ALADI.

V. Quórum para adoptar las decisiones del artículo 5 del "Protocolo Interpretativo", relativo al otorgamiento de la suspensión temporal del cumplimiento del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980.

Una vez aprobados, sea la Resolución provisoria del Consejo de Ministros, sea el "Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980" mediante las ratificaciones respectivas, resta decidir el quórum necesario para aprobar las medidas de suspensión temporal ("waiver") de la aplicación del artículo 44 y sus consecuencias.

La norma general del acápite del artículo 43 del "Tratado de Montevideo de 1980" establece que las decisiones de los órganos de la ALADI se toman con el voto afirmativo de los dos tercios de los países miembros, sin la exigencia de que no haya votos negativos. En cambio en el caso de las excepciones previstas en el mismo artículo, se exige que tales decisiones sean adoptadas por el voto afirmativo de dos tercios de los países miembros y sin que haya voto negativo.

Para el caso en análisis la solución debe ser exigir el quórum de dos tercios de votos afirmativos y sin que haya votos negativos. El "Protocolo Interpretativo" del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980 al indicar que es "interpretativo" se incluye dentro de las excepciones del artículo 43 inciso

a) del Tratado de Montevideo de 1980: "Enmiendas o adiciones al presente Tratado", ya que se estará agregando al mismo una decisión interpretativa. No rige por consiguiente el criterio general, sino el de las excepciones del artículo 43 del Tratado de Montevideo de 1980. Y esto no solo basado en la designación de "Protocolo Interpretativo", sino en la argumentación realizada supra en el numeral 1, al analizar el derecho positivo que confirme el carácter interpretativo del Protocolo en cuestión.

Esta posición concuerda con lo ordenado por la Resolución 36 (VII) del Consejo de Ministros de la ALADI que convocó a un Grupo Ad-Hoc de Representantes Gubernamentales con objeto de evaluar el Tratado de Montevideo de 1980 en cuanto a la efectividad de su funcionamiento y de proponer pautas para proceder a su perfeccionamiento o al diseño de nuevos mecanismos "dentro del marco del Tratado", es decir, utilizando los procedimientos previstos en el mismo entre los cuales la mayoría establecida para que los órganos se pronuncien.

En definitiva, para otorgar un "waiver" que se haya solicitado según el artículo segundo del "Protocolo Interpretativo", la decisión del Comité de Representantes -por tratarse de una "adición interpretativa" al Tratado de Montevideo de 1980 que debe además ser hecha "dentro del marco del tratado" (Resolución 36 (VII) del Consejo de Ministros) de acuerdo al procedimiento del artículo 43, párrafo segundo, inciso a) para las excepciones previstas en el mismo- debe adoptarse por dos tercios de votos afirmativos sin que haya voto negativo.

Sin embargo, el proyecto de "Protocolo Interpretativo" en su artículo quinto *in fine* adoptó una solución diferente, aunque creemos que no está de acuerdo con la naturaleza interpretativa del Protocolo en cuestión. El Comité de Representantes según el artículo citado podrá otorgar un "waiver" solamente con el voto afirmativo de "los dos tercios de los países miembros respecto de los cuales rija el presente Protocolo".

Se adopta así en el proyecto de "Protocolo Interpretativo" en su artículo quinto *in fine* una solución diferente, aunque creemos que no está de acuerdo con la naturaleza interpretativa del Protocolo en cuestión. El Comité de Representantes según el artículo citado podrá otorgar un "waiver"

solamente con el voto afirmativo de "los dos tercios de los países miembros respecto de los cuales rija el presente Protocolo".

Se adopta así en el proyecto citado una posición flexible con respecto al tema del quórum para el otorgamiento del "waiver" que se solicite según el artículo segundo del mismo, punto que dividió fuertemente a las delegaciones en el Grupo Ad Hoc y posteriormente tampoco fue objeto de acuerdo entre los miembros de la VIII Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALADI.

La solución actual fue políticamente posible solamente al lograrse, un acuerdo en cuanto a la nueva secuencia del procedimiento contemplado en la versión actual del Protocolo para el otorgamiento de la solicitud de "waiver" del artículo segundo del Protocolo, cambiando totalmente la primera versión de éste, presentada sin éxito en la VIII Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de la ALADI. La nueva secuencia de los procedimientos también llevó a un acuerdo sobre una solución más flexible para el otorgamiento del "waiver", ya que de seguirse el procedimiento de exigir que no existiera ningún voto negativo bastaría la oposición de cualquier país por cualquier motivo para que el mismo no fuera otorgado. Se logró con las nuevas secuencias en los procedimientos del acuerdo sobre todos los puntos relativos a la concesión del "waiver" incluidos sus sistemas de votación, un acuerdo sobre todos los puntos pendientes de negación en el "Protocolo Interpretativo". En esta oportunidad se presentó a la Primera Reunión Extraordinaria del Consejo de Ministros de la ALADI celebrado en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994, un acuerdo totalmente consensuado.

Sin embargo, esta posición políticamente flexible, no está de acuerdo con el carácter Interpretativo del Protocolo en análisis, ni con los textos del Tratado de Montevideo de 1980 ya analizadas.

Estamos ante una modificación del Tratado de Montevideo de 1980 en lo relativo a "Enmiendas o adiciones al presente tratado" (Artículo 43, párrafo segundo, inciso a), que se plantea como único punto modificativo dentro de un Protocolo Interpretativo del artículo 44 de la Carta de la ALADI. Claro está que la cuestión no tiene consecuencias prácticas, ya que dentro del sistema del Tratado de Montevideo de 1980 para probar tanto enmiendas como adiciones (artículo 43, párrafo segundo del acápite respectivo, in-

ciso a) se requiere la votación por dos tercios de votos afirmativo, sin que haya voto negativo (artículo 43 ya citado). Esto se cumple en el "Protocolo Interpretativo" que exige para su aprobación (artículo séptimo) iguales exigencias que el Tratado de Montevideo de 1980 en las normas examinadas.

Otra variación del Protocolo Interpretativo con respecto a las normas generales del Tratado de Montevideo, pero permitida expresamente por éste, es la relativa a que las enmiendas o adiciones al Tratado de Montevideo de 1980, entran en vigor, según el criterio general, "cuando hayan sido ratificadas por todos los países miembros y depositados los respectivos instrumentos", y se agrega, "salvo que en ellos se estableciera otro criterio". En el Protocolo Interpretativo (artículo 30, inciso j y artículo 61 de la Carta de la ALADI), valiéndose de la autorización concedida por el artículo 61 *in fine*, se establece que éste entrará en vigor cuando lo ratifiquen ocho miembros.

VI. Incidencia del "Protocolo Interpretativo del artículo 44 del Tratado de Montevideo de 1980" respecto de la situación de la ALADI en relación al GATT.

Otro posible planteo a realizarse es si el Protocolo Interpretativo plantea alguna modificación de las relaciones de la ALADI y el GATT.

En este sentido consideramos que no se produce cambio alguno. En efecto, la integración realizada no cambia el texto del Tratado de Montevideo de 1980, que se admitió por el GATT en virtud de la "Cláusula de Habilitación" (Decisión I/4903 del 28 de noviembre de 1979) adoptada por la Ronda Tokyo de dicha organización internacional.

El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio prevé como excepción a la cláusula de la nación más favorecida -disposición básica de la regulación del comercio internacional por el GATT-prevista en el artículo I de sus disposiciones constitutivas transitorias, la forma de integración económica: la zona de libre comercio y las uniones aduaneras. La Ronda Tokyo lo complementó creando la "Cláusula de Habilitación" ya citada, por la cual las Partes Contratantes autorizan a los países en desarrollo a establecer entre sí acuerdos tendientes a reducir o eliminar las trabas al comercio entre los mismos. En base a esta cláusula se creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), ya que la misma no es ni una zona de libre comercio

ni una unión aduanera, sino un área de preferencias económicas (artículo 4 del Tratado de Montevideo de 1980).

Al no modificarse el Tratado de Montevideo citado con el "Protocolo Interpretativo" del artículo 44 del mismo, como decíamos, no cambia la situación de la ALADI en relación con el GATT en cuanto no se afecta la Carta de este último.

Estos comentarios sobre el "Protocolo Interpretativo" no pretenden agotar la problemática jurídica que pueda plantear el mismo, sino que examinan aquellos problemas que parecen más importantes y consideran soluciones para los mismos. La suscripción de dicho "Protocolo" por la Primera Reunión Extraordinaria del Consejo de Ministros de la ALADI y su posterior ratificación por los Estados miembros de la Organización cumplirán con una importante etapa del proceso de armonización de los mecanismos de integración hemisféricos que se ha planteado cumplir la ALADI; como así mismo de algunos procesos de integración con organizaciones o grupos de países extracontinentales que se han comenzado a plantear.

LA DIMENSIÓN POLÍTICA DEL PROCESO DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA CON ESPECIAL REFERENCIA AL MERCOSUR

IRIS MABEL LAREDO *

EL TRASFONDO POLÍTICO DE LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN ECONÓMICA

Hablar de integración política o de "aspectos políticos de la integración" es en cierto modo incurrir en una tautología, pues los fenómenos de integración entre naciones siempre son en sí mismos fenómenos políticos.

Toda decisión dirigida a iniciar o a profundizar un proceso de integración regional se fundamenta en razones primordialmente políticas, cualquiera sea la meta última que se proponga alcanzar: Zona de Libre comercio, Unión Aduanera, Mercado Común o Unión Económica y Monetaria. Aunque su contenido sea fundamentalmente "económico" o comercialista -como los pactos de preferencia comercial o los acuerdos de tarifas y aranceles- su creación es producto de decisiones y consensos de índole eminentemente políticos.

En definitiva, esto se vincula a la cuestión de la relación entre la política y la economía: el Estado como la suprema comunidad política, sostenido pa-

* Doctora en Diplomacia. Master en Relaciones Internacionales. Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario. Directora de la Sección Relaciones Internacionales de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Directora del Proyecto Interdisciplinario de Investigación sobre MERCOSUR, de la U.N.R. Este trabajo ha sido realizado con la colaboración del Lic. Leonardo Raimundo, Licenciado en Ciencia Política, Profesor de Integración y Cooperación Internacional y Jefe de la Carrera Comercio Exterior del Instituto Superior N° 25 "Beppo Levi".

ra coadyuvar a la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del Hombre, procura la obtención del Bien Común. Y es precisamente en la búsqueda de ese objetivo que se vale de la economía como herramienta para lograr y mantener esas condiciones materiales y espirituales básicas.

El MERCOSUR no es una excepción a esta regla. La integración regional, aunque en su instrumentación se oriente hacia lo económico, es producto de una voluntad política. En efecto, la decisión de integrarse, para qué integrarse, con quién integrarse, y de qué modo hacerlo responde a valoraciones fundamentalmente políticas.

En lo que respecta a la dimensión política del MERCOSUR, creemos que es necesario apuntar a dos aspectos esenciales: primero, a las motivaciones políticas que movieron a los países miembros a avanzar en el rumbo de la integración regional, y segundo, al perfil político-institucional que ha desarrollado el MERCOSUR, para evaluar si es el más adecuado y suficiente dada la realidad que tiene que enfrentar.

LAS MOTIVACIONES POLÍTICAS DE LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA

Puede decirse que fueron los políticos de la región, en mucho mayor medida que los otros sectores sociales, quienes impulsaron la iniciativa que ha llevado a la actual realidad del proceso integrador del Cono Sur. La restauración democrática sirvió como catalizador para transformar una frontera basada en el principio de Seguridad en otra fundada en el principio de Cooperación Regional.

Así, con los presidentes Alfonsín y Sarney, la República Argentina y Brasil decidieron comenzar un camino que originalmente apuntaba a la formación de un Mercado Común para el año 2000, a través de los acuerdos de integración de 1986 y 1988. A su vez, el acuerdo entre los presidentes Menem y Collor de Melo en 1990 adelantó la meta de concreción de tal Mercado para inicios de 1995, naciendo finalmente el MERCOSUR con el Tratado de Asunción del 26 de marzo de 1991, al sumarse al proyecto las voluntades políticas de los gobiernos de las Repúblicas del Uruguay y del Paraguay.

Esa preeminencia original de lo político se ve en que aún hoy los protagonistas principales del proceso integrador son los Jefes de Estado, auxi-

liados por sus respectivos asesores económicos de nivel ministerial. Cabe analizar, en primer lugar, dicha preeminencia en los antecedentes inmediatos del MERCOSUR.

Ya en la Declaración de Iguazú del 30 de noviembre de 1985, firmada por los presidentes Sarney y Alfonsín, Brasil y Argentina coincidieron en la necesidad apremiante de que América Latina reforzara su capacidad de negociación internacional para acrecentar su autonomía decisional y reducir su vulnerabilidad externa a través de la instrumentación de la integración regional, que al decir de la Declaración, debía ser facilitada por la ola de democratización que vivía el continente.

Estas ideas van a ser reforzadas posteriormente por la firma del Acta de Amistad argentino-brasileña de diciembre de 1986, llamada "Democracia, Paz y Desarrollo". A partir de estas declaraciones bilaterales se pone de manifiesto la voluntad política de integrarse entre y con gobiernos democráticos de la región. A su vez, la vigencia de la democracia como requisito *sine qua non* para la integración, muestra el cariz político de los orígenes del proceso.

El denominado Programa de Integración y Cooperación Económica entre Argentina y Brasil (PICAB) de 1986, si bien fue instrumentado económicamente respondió a un claro proyecto político, que apuntaba a una opción estratégica convergente de las autoridades políticas de los dos países como instrumento para la consolidación y defensa de las nacientes democracias, de reinserción internacional y tendiente a la ampliación de la autonomía decisional de la región.

El carácter constitutivo de lo político en dicho proceso también se pone de manifiesto al analizar las circunstancias político-económicas en las cuales se decidió llevar adelante el Programa de Integración y Cooperación Económica. Aunque la inestabilidad económica en ambos países, sus conflictos en el comercio bilateral y la pronunciada asimetría de sus economías parecían no aconsejar el inicio de ese proceso, primó sin embargo la voluntad política de los dos gobiernos para impulsarlo.

Producto del PICAB fueron los 24 Protocolos en áreas tales como: Comercio, Siderurgia, Transporte, Comunicaciones, Cultural, Nuclear, Planeamiento Económico, Empresas Binacionales, Alimentación, Cooperación Aeronáutica, etc. Como culminación de estos Protocolos, firmados a

partir de 1986, se suscribiría posteriormente el Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo de 1988, que previó la creación de un Mercado Común argentino-brasileño en un plazo de 10 años.

El PICE y los demás antecedentes mencionados, a la par de los objetivos económicos, tenían dos finalidades de carácter político fundamentales:

Una, poner punto final a la tradicional hipótesis de conflicto argentino-brasileño -hipótesis desarrollada principalmente por las Fuerzas Armadas de ambos países-. La idea era reemplazarla por una cooperación que a su vez sirviera para la agregación y suma de poder decisonal, que redujera la vulnerabilidad y dependencia externa y paralelamente que aumentara el grado de autonomía de la región.

La otra finalidad básica era coadyuvar mediante la integración regional, a la consecución de la estabilidad del sistema democrático y al fortalecimiento de las instituciones representativas reinstaladas en ambos países.

El voluntarismo político que impregnaba a su antecedente inmediato se transmite al MERCOSUR desde su nacimiento mismo, a partir de la inesperada decisión tomada en 1991 por los presidentes Menem y Collor de Melo en el sentido de profundizar aún más el proceso de integración económica y acelerarlo, poniendo como meta la formación de un Mercado Común en 1995.

En cuanto al Brasil, resulta claro que a la hora de decidir su participación en el proceso integrador, los factores económicos no tuvieron un peso verdaderamente hegemónico, ya que al inicio del proceso de integración regional solamente un 4% del comercio exterior brasileño se realizaba con Argentina. La necesidad de revertir la vulnerabilidad externa y el deseo de instaurar un marco subregional que actuase como defensa o garante del sistema democrático fueron las principales motivaciones de índole política que impulsaron al Brasil hacia la integración.

Para el Paraguay, el MERCOSUR en tanto proyecto común de las nacientes democracias del Cono sur, serviría como reaseguro contra el retorno del autoritarismo político y como instrumento efectivo para mejorar la imagen en el exterior de un país que vivió durante décadas en el ostracismo internacional e inmerso en la dictadura del General Stroessner.

Para el Uruguay y la Argentina las motivaciones políticas del comienzo del proceso de integración estuvieron dadas por la necesidad de reducir la

vulnerabilidad externa (denotada especialmente frente a las presiones originadas en el ámbito de las negociaciones por la deuda externa), garantizar "desde afuera" los avances en la democratización y generar un espacio de agregación de poder en la esfera regional.

Para la Argentina la iniciativa MERCOSUR a su vez significó la posibilidad de desactivar la ya mencionada hipótesis de conflicto con el Brasil, hipótesis de perfiles peligrosamente elevados en los frecuentes períodos de gobiernos de facto.

Sintetizando, puede decirse que el proceso de integración regional iniciado en el Cono Sur a mediados de la década de '80 perseguía como objetivos políticos la generación de una comunidad regional de interrelaciones pacíficas y de legitimidades democráticas.

Recién con el avance del proceso de integración, los intereses económicos comenzaron a conformar un elemento de importancia en las impulsiones del proyecto. Sin embargo, la incidencia de estos factores económicos y la inestabilidad macroeconómica con la que terminó el ciclo de los presidentes que dieron impulso original al proceso integrador, con sus corolarios de oscilaciones cambiarias, recesión e inflación, llevaron a que a fines de la década del '80 y principios de la del '90 se reformulase el espíritu primigenio de la integración regional.

Así vemos que desde mediados de 1990 el PICAB sufrió un profundo replanteo que concluyó en la concreción de un Acuerdo de Complementación Económica donde se estipuló un programa gradual de liberación económica a completar en 1995. Y el MERCOSUR mismo, desde su creación en 1991, muestra un claro sesgo comercialista donde la primacía es ostentada por la apertura económica y el giro hacia el neoliberalismo.

EL COTEJO CON LA UNIÓN EUROPEA

Sin caer en el reduccionismo de creer que la experiencia histórica y el perfil institucional de la integración protagonizado por Europa Occidental sea aplicable a las circunstancias de la integración en el Cono Sur, consideramos que nunca deja de ser interesante cotejar ambos modelos.

En Europa Occidental, devastada por la Segunda Guerra Mundial y enfrentada a la naciente amenaza del poderío soviético, el proceso de integra-

ción iniciado en la década del '50, si bien pivoteó sobre un fundamento económico, tuvo un inconfundible contenido de tipo político. Además del hecho de que sus principales impulsores fueron políticos (Conrad Adenauer, Robert Schuman, Alcides De Gásperi, etc.), lo aseverado puede confirmarse mediante un somero análisis de sus instituciones.

La Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), creada en 1951, y la Comunidad Económica Europea (CEE), creada en 1957 —hoy Unión Europea—, a pesar de la finalidad económica que sus respectivas denominaciones indican, tuvieron desde sus orígenes una indudable motivación política.

Entre estas finalidades políticas estaba la de crear a ambas márgenes del Río Rin una comunidad de intereses económicos que hiciera más remota la posibilidad de una nueva guerra europea, al enlazar con tales nexos a los dos países que en gran medida actuaron como detonantes de la Primera y de la Segunda Guerra mundial: Alemania y Francia.

La prevención del rearme, la necesidad de detener el avance del comunismo hacia el Oeste y de desalentar el retorno al poder del nazi-fascismo, entre otros, fueron algunas de las motivaciones de índole política que explican el surgimiento del proceso de integración europea. También lo fue, sin duda, el proyecto político de reconstruir el continente para convertirlo en una tercera potencia mundial situada entre el poderío norteamericano y el soviético.

Estos objetivos se siguieron manteniendo a través del tiempo, y el sesgo profundamente político de la integración europea se denota también en el desarrollo altamente complejo que han alcanzado sus instituciones. En efecto, las instituciones políticas y representativas de la Europa Comunitaria constituyen una realidad efectiva e insoslayable de esta trascendental experiencia.

El alto grado de politización del proceso de integración europeo se ve también en la notable participación —tanto a nivel electoral como de opinión pública— de la población europea en esa cuestión. Ello se advierte, por ejemplo, en las elecciones que se celebran periódicamente en todos los países de la Unión para elegir diputados al Parlamento europeo, o en las compulsas electorales celebradas en países como Dinamarca con motivo de la ratificación de los acuerdos de Maastricht. La cuestión de la unificación continental es un punto de gran importancia en la agenda de discusión de

los partidos políticos europeos, y asimismo aparece como un tópico importante para la opinión pública, como se refleja en el continuo tratamiento que a la temática le dan los medios de comunicación del Viejo continente.

Por el contrario, nada de ello parece suceder en el caso del Cono Sur. La integración regional no es motivo de discursos políticos en las campañas electorales, ni los periodistas hacen de ella una temática cotidiana.

En América Latina, los impulsos originales dirigidos a la integración regional estuvieron impregnados de un contenido político-económico, debido a la influencia que sobre ellos irradiaba la CEPAL en los años '50, sustentada fundamentalmente en la denominada "teoría del desarrollo".

Esta teoría postulaba, que solamente un proceso de industrialización substitutivo de importaciones, la configuración de una economía de escala y la creación de un Mercado Común Latinoamericano que impulsase el aumento del comercio intrarregional y el de la región con el resto del mundo, podría superar la asimetría generada por el subdesarrollo y el deterioro de los términos del intercambio comercial, consecuencias de la división internacional del trabajo concebida en el esquema centropeniferia.

Sin embargo, este proyecto de integración político-económica originario, colisionó con la propuesta lanzada por el gobierno norteamericano bajo la denominación de "Alianza para el Progreso", que en lugar de apuntar hacia un desarrollo autónomo de la región apostaba más bien a lograr su inserción en el área de influencia de los Estados Unidos.

En la práctica, esta confrontación de objetivos y de intereses influenció fuertemente a los modelos de integración adoptados en la década de los años '60, principalmente a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), de neto corte neoliberal y comercialista y al Mercado Común Centro Americano.

El Pacto Andino, fundado en otras concepciones de filosofía económica y política, fue en buena medida una reacción frente a los resultados concretos de tal modelo. El Pacto Andino fue una experiencia de relativo éxito y sin duda más de avanzada que los esquemas vigentes hasta ese momento. (Previo un mecanismo de armonización de políticas y de programación conjunta para el desarrollo regional, y además creó instancias u órganos intergubernamentales como la Comisión e inauguró mecanismos de participa-

ción política como el Parlamento Andino, antecedente valioso y digno de ser tenido en cuenta para el Cono Sur).

Sin embargo, el reemplazo de la ALALC en 1980 por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), impregnada por una concepción totalmente pragmática, marcó el predominio de los condicionamientos internacionales y del comercialismo en los esquemas de integración de la región, centrados casi totalmente en la herramienta de la desgravación arancelaria y no en la implementación de políticas comunes tendientes al desarrollo tecnológico, a la búsqueda de una mayor autonomía y proyección regional respecto de los intereses económicos externos.

A comienzo de los '90 y frente a la inoperancia de los protocolos del PI-CAB, ocasionada por la inestabilidad macroeconómica sufrida por Argentina y Brasil, el ascenso al poder en ambos países de gobiernos de corte neoliberal enmarca el giro total del proceso integracionista del Cono Sur hacia un esquema donde predomina una filosofía aperturista, limitativa de la injerencia estatal en materia económica, desregulatoria y de ajuste económico.

Así el MERCOSUR, a diferencia del modelo de integración europeo, nace estrechamente vinculado a una perspectiva de integración de mercados condicionada, a su vez, por una apertura comercial al mundo.

Cabe señalar, que la crisis de la deuda externa a la que se sumará la crisis fiscal de los años '80 prácticamente inmovilizó al Estado como artífice del desarrollo económico-social. En efecto, el Estado-Nación Latinoamericano *entró en colapso* y esto a su vez repercutió en el *proyecto político*, debilitando a las democracias reales y a los gobiernos constitucionales en el poder.

Todo esto se traduciría finalmente en la profundización del *neoliberalismo en lo económico* y en el *bajo perfil del Estado en lo político*. La política de ajuste aplicada por los gobiernos neoliberales en el poder, como consecuencia de estas nuevas realidades, a su vez determinarían una más pronunciada segmentación entre los países y entre los distintos sectores sociales de América Latina.

En este contexto regional, condicionado a su vez por un Sistema Internacional globalizado, transnacionalizado, cada vez más interdependiente y asimétrico, los Gobiernos de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay en el poder diseñaron el MERCOSUR.

En cuanto a lo político, el MERCOSUR se inscribe en un marco de democracias todavía débiles, con escasa participación social, con pérdida de credibilidad en los partidos políticos —como herramientas de movilización social— con una manifiesta polarización social y con la desmovilización de sectores sociales otrora dinámicos.

A su vez, la ideología predominante en los cuatro países miembros y en el resto del mundo constituye un factor determinante del proceso de integración en marcha en el Cono Sur. En efecto, el neoliberalismo orienta el proceso y define el modelo de integración adoptado.

El impacto del neoliberalismo que impregna la integración en el MERCOSUR, con un aperturismo económico indiscriminado, con carencia de estímulos a los sectores productivos, educativos y tecnológicos científicos nacionales, en vez de reforzar está contribuyendo a la debilitación de nuestra capacidad competitiva internacional. Con todas las consecuencias negativas derivadas de ello.

En el cotejo entre las experiencias de integración del Cono Sur y la Europea, puede advertirse una paradoja aparente. La Comunidad Europea, que parece surgir —en un superficial análisis de sus principales instituciones— más de lo económico que de lo político, tiene un trasfondo predominantemente político.

En cambio el MERCOSUR, que parece tener un origen básicamente político —fruto del voluntarismo político primero de los presidentes Alfonsín y Sarney (en cuanto a su antecedente inmediato) y luego de los presidentes Menem y Collor de Melo— es de naturaleza mucho más económica que política, profundamente mediatizado por los condicionamientos económicos externos e internos.

En ese marco se inscriben las diferencias fundamentales entre la Unión Europea y el MERCOSUR. En la primera prevalecen esquemas industrialistas, proteccionistas y de coordinación macroeconómica y de políticas comunes, mientras que el MERCOSUR se ha volcado de lleno a un esquema de integración clásico en el más puro sentido comercialista, donde la coordinación conjunta de las políticas ocupa un segundo plano detrás del panorama de repliegue del Estado y del avance acelerado hacia una total liberalización comercial.

AVANCES Y RETROCESOS OPERADOS ENTRE EL PICAB Y EL MERCOSUR

Si comparamos las experiencias integracionistas implementadas en los años '80 y los '90 del Cono sur, esto es, los Programas de Integración y Cooperación Argentino-brasileña (PICAB) y el MERCOSUR, observamos las siguientes variantes:

1. En el PICAB, tanto la Argentina como Brasil apuntaban a lograr la convergencia de sus políticas exteriores. En este marco, la integración regional fue concebida como un complemento de otras convergencias e instrumentada como una estrategia prioritaria de inserción internacional autonomizante.

Mientras que en el MERCOSUR, desde sus inicios se puso de manifiesto una estrategia básicamente comercialista en lugar de la política de convergencia señalada precedentemente.

2. En el PICAB estaba muy clara la vinculación entre los procesos políticos internos y el proceso de integración regional, orientadas ambas hacia el fortalecimiento y consolidación de la democracia.

En el MERCOSUR no está presente tal intencionalidad, ni tampoco la correlación de las distintas fuerzas sociales.

3. En materia de seguridad, el PICAB estableció una mayor vinculación entre las políticas de seguridad internacional y el proceso de integración regional. Ello justamente explica la creación de mecanismos de cooperación en tecnologías sensibles.

Mientras que el MERCOSUR, debido a la finalización de la Guerra Fría, presenta un cuadro de disociación entre las metas y los objetivos económico-comerciales con las políticas en el campo de la seguridad internacional.

4. Mientras que en el PICAB estuvo claro el **liderazgo** de las Cancillerías en la conducción del proceso de integración, en el MERCOSUR, son prácticamente los Ministerios de Economías y algunos otros sectores de la burocracia económica quienes lideran el proceso.

5. En la experiencia integracionista Sudamericana de los años '80 estaba presente la idea de **supranacionalidad** y la necesidad de **creación de estructuras institucionales comunitarias**.

En el MERCOSUR de los '90, parecería que esta idea se hubiera "flexibilizado" y reemplazado por **instituciones intergubernamentales con poder de veto**. No existiendo prácticamente motivaciones por parte de los países miembros de crear instituciones supranacionales. Objetivo este, que habría quedado postergado.

Todos los aspectos señalados precedentemente marcan un cambio sustancial, sufrido por el proceso de integración de nuestra región entre la década del '80 y del '90.

LOS ASPECTOS INSTITUCIONALES DEL MERCOSUR

El vacío político relativo del que adolece la experiencia integradora del MERCOSUR posiblemente sea susceptible de ser subsanado a través del perfeccionamiento de las instituciones del Mercado Común, lo que a su vez nos lleva a intentar un somero análisis del mismo.

La integración política en sentido estricto (fenómeno distinto y hasta antagónico con los de dominación y mera co-existencia), esto es, la creación de estructuras decisorias supranacionales más allá del mero marco asociativo, que tiendan a una superación relativa del concepto tradicional del Estado-Nación individual, debe ser un elemento primordial a tener en cuenta en las actuales circunstancias del MERCOSUR, en un estadio avanzado del cronograma integracionista.

No creemos que exista un predeterminismo que marque que para llegar a la integración política sea necesario previamente lograr en forma plena la integración económica, pues entendemos que tales fenómenos pueden y debieran ser concomitantes. Simultáneos, no sucesivos.

Europa desarrolló paralelamente ambas dimensiones. Observamos que esa región tenía un gran desarrollo en cuanto a instituciones políticas supranacionales cuando aún no era un mercado totalmente unificado. Esto se explica, porque la integración europea es primordialmente política: el Viejo Continente buscó estrechar lazos políticos para obtener una *agregación de poder* que lo posicionase mejor frente a la pugna hegemónica entre los dos grandes bloques de la época. Como así también para reducir sus propias

tensiones y fricciones internas y conjurar la posibilidad de futuros conflictos entre sus integrantes.

Esto debe estar muy presente en una región como la del Cono sur, sometida a predominios extrarregionales y con una vieja historia de rivalidades y desavenencias entre sus Estados.

Refiriéndose a la profundidad lograda por la integración económica, Bela Balassa expresa que la integración puede alcanzar cinco grados:

- 1) área o zona de libre comercio;
- 2) unión aduanera;
- 3) mercado común;
- 4) unión económica;
- 5) integración económica total.

El área de libre comercio suprime las tarifas y las restricciones cuantitativas entre los países miembros. Mientras que la unión aduanera supone la existencia de un paso más: el establecimiento de un arancel externo común. A su vez, el mercado común, supone la total remoción de todo obstáculo a la libre circulación de capitales, mercancías y mano de obra. Mientras que, en la unión económica, aparece cierto grado de armonización de las políticas económicas nacionales. Por último, la integración económica total supone la existencia de políticas sociales, monetarias y fiscales comunes y la instauración de una autoridad política supranacional, cuyas resoluciones sean de acatamiento obligatorio para los países miembros, es decir, la existencia de instituciones políticas comunitarias.

En definitiva, en el esquema anterior puede verse cómo la profundización del proceso de integración económica no puede dejar de implicar otra cosa que un necesario avance en el sentido de la institucionalización política de la región integrada.

Si se conceptualiza a la integración regional como un proceso de cambio social voluntario inducido a partir de la existencia de problemas, intereses y objetivos comunes de los países integrados, producido mediante la asociación de éstos y la adopción de estrategias de acción conjuntas destinadas a mejorar la posición relativa de la región en el contexto internacional y la calidad de vida de sus pueblos, los objetivos políticos de la integra-

ción quedan claramente subrayados, habida cuenta de la necesidad de la institucionalización política para la planificación, diseño e implementación de dichas estrategias en un marco de celeridad y eficacia.

Los modelos avanzados de integración económica y concertación política como el europeo cuentan con una adecuada trama político-institucional. En el modelo europeo existe un gran desarrollo y especialización funcional de las instituciones comunitarias. Estas instituciones son, entre otras: la Comisión; el Consejo (compuesto por los representantes de los gobiernos de los países miembros), cuyas competencias son máximas; el Tribunal de Justicia; el Comité Económico y Social (CES); el Comité Consultivo; el Tribunal de Cuentas y el Parlamento Europeo. Este último constituye un organismo de gran importancia (al punto que controla a la Comisión, teniendo ésta que dimitir ante su voto de censura).

El Parlamento, está integrado por 518 representantes cuyos mandatos duran cinco años agrupados no por países sino por macrotendencias políticas.

Tradicionalmente en el Parlamento europeo coexistieron el Grupo Demócrata Cristiano, el Grupo Socialista, la Izquierda Unitaria Europea y el Grupo Verde, entre otros.

En una primera etapa estos representantes eran elegidos por los parlamentos nacionales de los países integrantes de la CEE sin intervención de la ciudadanía, pero a partir de 1979 se realizan elecciones directas para designarlos. Las elecciones europeas en las que se eligen estos representantes han alcanzado tal trascendencia que inclusive pueden consolidar o debilitar y hasta hacer caer a los gobiernos de los países de la Unión, al como se ha visto en las celebradas en Italia y España en 1994.

Todo lo dicho plantea varias cuestiones referidas al caso de la integración del Cono Sur. Una de ellas es la de si existe ya un germen de órgano político supranacional en el MERCOSUR.

En lo institucional, el Tratado de Asunción previó la creación de una estructura administrativa transitoria. Esta estructura administrativa tiene un carácter estrictamente intergubernamental. El Consejo del Mercado Común (CMC), es el órgano superior de la conducción política del proceso integracionista y está formado por dos Ministros de Estado por cada país. El Grupo de Mercado Común (GMC) es un órgano técnico-ejecutivo com-

puesto por treinta y dos técnicos representantes de los Ministerios de Relaciones Exteriores, Economía y Banco Central de cada país miembro, y opera a través de once subgrupos de trabajo organizados en función de las temáticas consideradas de mayor importancia del MERCOSUR¹.

En el MERCOSUR son las Cancillerías las que formalmente conducen el proceso de integración, al ser ellas las que centralizan los trabajos del Grupo Mercado Común y las que coordinan las reuniones del Consejo.

Se denota pues una mecánica decisoria por consenso y no por votación mayoritaria. Esto implica la prevalencia del carácter intergubernamental paralelo a un poder de veto, y la negativa a toda atribución supranacional.

En procura de fortalecer la estructura institucional del MERCOSUR, el 17 de diciembre de 1994, los Presidentes de los cuatro países miembros firmaron el "Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del MERCOSUR", en la Reunión celebrada en la ciudad brasileña de Ouro Preto.

En virtud de este Protocolo, a partir del 1º de enero de 1995 a los cuatro órganos preexistentes —Consejo, Mercado Común (CMC); Grupo Mercado Común (GMC); Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC) y Secretaría Administrativa del MERCOSUR— se le agregaron dos nuevos órganos: el Foro Consultivo Económico-Social y la Comisión de Comercio del MERCOSUR (CCM).

La creación de la Comisión de Comercio del MERCOSUR constituye una nueva instancia intergubernamental destinada a dar mayor seguridad jurídica a las reglas comerciales acordadas por los Estados partes, respondiendo a las consultas que recibe respecto de la aplicación y administración de las normas arancelarias, para-arancelarias, zonas francas y arancel externo común.

1. El Anexo V del Tratado de Asunción dispuso la creación de diez subgrupos de trabajo en las siguientes áreas: Asuntos Comerciales; Asuntos Aduaneros; Normas Técnicas; Política Industrial y Tecnológica; Política Fiscal y Monetaria relacionada con el comercio; Transporte Terrestre y Marítimo; Política Energética y Coordinación de Políticas Macroeconómicas. Posteriormente se agregó el Grupo número 11, dedicado a las Relaciones Laborales, Empleo y la Seguridad Social.

La Comisión de Comercio considera las reclamaciones presentadas por las secciones Nacionales de la comisión, originadas en demandas de particulares.

El examen de las reclamaciones por esta Comisión no obsta para que cualquier Estado parte pueda accionar a través del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias y los Tribunales Arbitrales allí previstos, que mantienen su plena vigencia.

Lamentablemente, los particulares no pueden recurrir directamente a la Comisión de Comercio ni al Tribunal Arbitral ad-hoc previsto por el Protocolo de Brasilia, sólo los Estados pueden hacer propias las cuestiones para someterlas al órgano de decisión pertinente. Lo que indiscutiblemente atenta contra la celeridad de la solución de los problemas que se susciten y genera una relación de mediatez para el ciudadano común.

La idea de generar un sistema de solución de controversias y conflictos judiciales entre los cuatro países mediante una corte Internacional de Arbitraje fue una de las primeras iniciativas del Grupo Mercado Común, realizada con asesoramiento jurídico especializado. Sin embargo en esta cuestión es mucho lo que aún falta avanzar en el terreno de las concreciones prácticas.

El Tratado de Asunción no previó la creación de una instancia parlamentaria de la magnitud de la existente en Europa, como articulación necesaria entre los órganos técnicos del MERCOSUR y los parlamentos de los países miembros.

Sin embargo, el esfuerzo del grupo de parlamentarios uruguayos consiguió que el artículo 24 del Tratado mencionase la creación de una "Comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR", aunque en el texto no se le atribuye a ésta una función específica.

El artículo 24 del Tratado de Asunción dice: "Con el objeto de facilitar el avance hacia la conformación del Mercado Común se establecerá una comisión Parlamentaria Conjunta del MERCOSUR. Los Poderes Ejecutivos de los Estados Partes mantendrán informados a los respectivos Poderes Legislativos sobre la evolución del Mercado Común objeto del presente Tratado". En la redacción de este artículo se denota un tono totalmente instrumental y acotado.

En la I Reunión de Parlamentarios del MERCOSUR, realizada en la ciudad de Asunción en mayo de 1991, no se avanzó sustancialmente en la cuestión. En la II Reunión de Parlamentarios del MERCOSUR celebrada en Buenos Aires en septiembre de ese año un grupo de trabajo especial se abocó a la tarea de concertar un Estatuto de la Comisión sobre la base de un proyecto elaborado por la delegación argentina. Ese Estatuto fue sometido a la consideración de los congresales, quienes por aclamación aprobaron la creación de la Comisión Parlamentaria Conjunta y las atribuciones de dicha entidad, cuyas autoridades fueron establecidas provisoriamente. Finalmente, durante la III Reunión Parlamentaria del MERCOSUR, realizada en diciembre de 1991 en Montevideo, quedó aprobado el Estatuto-Reglamento de la Comisión.

A partir de su constitución, la comisión Parlamentaria Conjunta comenzó a desarrollar sus reuniones ordinarias y sus sesiones especiales, como la celebrada en el Congreso de la Nación Argentina en mayo de 1993. La primera sesión de la Comisión Parlamentaria Conjunta se realizó en la ciudad de Córdoba en mayo de 1992. La II Reunión Ordinaria de la Comisión se desarrolló en Brasilia en marzo de 1993. A su vez la Mesa Directiva de la Comisión realiza sus propias reuniones, como las de Foz de Iguazú (marzo de 1991), Asunción (agosto de 1993) y Montevideo (diciembre de 1993).

La Comisión se abocó al tratamiento de temas de importancia, como la armonización legislativa en cuanto a transporte en todas sus modalidades, cuestiones aduaneras y propiedad industrial, así como también energía, políticas compensatorias para los sectores sensibles de las economías de los países miembros y política laboral, industrial y tecnológica.

Puede verse que las instituciones de índole política, aún las en germen como esta Comisión, generan, además del tratamiento de temas de importancia social como los mencionados, propuestas políticamente relevantes. Ejemplo de esto último fueron los pronunciamientos sobre la situación política en el Perú y Venezuela y la necesidad de preservar a la región de los avatares de la inestabilidad política y la propuesta de introducir una cláusula de salvaguarda en el texto del Tratado de Asunción, por medio de una Nota Reversal complementaria para establecer que la condición de miembro del MERCOSUR está supeditada a la vigencia de la democracia y al

cumplimiento de los pactos de derechos humanos en los respectivos territorios. Todo ello fue planteado en las sesiones de 1992, donde se conformó una Subcomisión de Asuntos Políticos.

La Comisión organizada en setiembre de 1991 se integró con ocho senadores y ocho diputados de cada país. Cabe notar que ese número de integrantes no es en absoluto proporcional al número de legisladores de cada país miembro ni a sus respectivas cantidades de electores o habitantes, así como tampoco a su peso relativo en el contexto del Mercado Común.

En rigor, ya el Tratado firmado en 1988 por Argentina y Brasil preveía una instancia de articulación al instituir una "Comisión Parlamentaria Conjunta de Integración" con funciones consultivas. Paulatinamente las iniciativas parlamentarias en el ámbito del MERCOSUR se han ido incrementando en cantidad y frecuencia, siendo entonces legítimo indagar la posibilidad de creación de un Parlamento del MERCOSUR y distintas cuestiones conexas con ésta principal.

Un ejercicio interesante sería el de pensar y analizar cómo se articularían en el MERCOSUR según el modelo europeo —las macrotendencias políticas en el seno de tal Parlamento, partiendo de la realidad de las principales fuerzas políticas de la región; Partido Justicialista-Unión Cívica Radical-FREPASO en Argentina; Partido Colorado-Partido Nacional-Frente Amplio en Uruguay; Partido Colorado -PRLA en Paraguay; y PSDB-PMDB-PDT-PT en Brasil.

Otra cuestión a analizar en cuanto a su posible influencia sobre un esquema como el sugerido es la relativa inestabilidad de los sistemas de alianzas y coaliciones sociopolíticas y parlamentarias dentro del sistema político brasileño -proclive a producir fenómenos electorales de difícil predicción-, frente a sistemas de bipartidismo atenuado como el argentino o el uruguayo y a una democracia incipiente como la paraguaya.

Un tercer tópico conexo que también sería interesante abordar en un futuro trabajo específico sobre estos temas es el de las eventuales ecuaciones y fórmulas políticas de representación parlamentaria a elaborar ante la disimilitud cuantitativa de los universos electorales de los cuatro países miembros.

Lo que en síntesis se puede decir respecto del grado de institucionalización política del MERCOSUR, es que resulta insuficiente, sobre todo si cotejamos los objetivos de la integración y la perentoriedad de sus plazos, aún ponderando las invocaciones al pragmatismo y a la prudencia formuladas por los diseñadores del proyecto en curso.

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

El proceso de integración iniciado con el MERCOSUR está impregnado de una filosofía neoliberal muy diferente a la de los orígenes del proceso de integración latinoamericano —de sesgo político autarquizante.

Lejos de apuntar hacia pautas similares a las de los modelos avanzados de integración económica y concertación política como los europeos, esquemas como el del MERCOSUR proliferan en distintas partes del mundo haciendo hincapié en la liberalización total o casi total de los intercambios entre los países de la región y terceros países, sin computar los costos de su puesta en práctica.

El desafío mayor al que se enfrenta el MERCOSUR es el de superar el enfoque puramente economicista, reemplazando el modelo comercialista primario por otro que potencie su dimensión política.

Creemos que la integración, concebida en su cabal magnitud, no puede limitarse a la simple eliminación de las barreras que impiden la libre circulación de mercancías, sino que debe estar sustentada en la real convicción de las comunidades integradas acerca de la conveniencia de vivir juntos unidos por proyectos y valores comunes. En el actual estadio del proceso de integración se percibe en cambio reluctancia a la negociación parlamentaria y societal como así también, falta de participación social en un esquema impulsado básicamente por los actores empresariales y gubernamentales.

La necesidad de lograr una mayor participación social y una mayor coordinación y armonización de políticas tendiente a la eliminación de las asimetrías existentes, marca el requerimiento de una profundización de los avances integrativos en el MERCOSUR en cuanto a su institucionalización política. Orientada a su vez a lograr una estructura orgánica con real poder de negociación y de adopción de decisiones políticas obligatorias para

las partes, así como de gestión para una más efectiva coparticipación entre el Estado, el Mercado y la sociedad que conduzca a un desarrollo económico-social armónico.

Consideramos que, la politización de la integración en definitiva coadyuvará a su consolidación, pues al existir instancias comunitarias con poder decisorio propio, el proceso integrador no quedaría supeditado a los humores de los mandatarios de turno, sino que adquiriría su propia dinámica.

A su vez, la politización del proceso podrá promover la generación de redes interpartidarias en los países miembros, lo que a no dudarlo contribuirá a la consolidación y profundización del compromiso integracionista.

Por otra parte, creemos necesario que el proceso de integración del MERCOSUR tienda a la autonomización de la región y a su desarrollo endógeno mediante la concertación de políticas y la programación de proyectos comunes. Para ello debería contarse con un adecuado marco institucional que permita apuntar a la modificación de las causas estructurales que generan el subdesarrollo, los conflictos intrarregionales y la pérdida de protagonismo e influencia internacional.

Frente a esta realidad, deberíamos imaginar las instituciones necesarias para superar el esquema comercialista y tecnocrático, instituciones que no necesariamente deben copiarse del modelo europeo, sino crearse y adaptarse de acuerdo a los requerimientos, modalidades y necesidades de nuestra subregión.

El Pacto Andino por ejemplo, constituye un antecedente regional que merece tenerse en cuenta, sobre todo en lo relativo a la previsión de creación de mecanismos de armonización de políticas y planificación del desarrollo regional y de participación política como el Parlamento Andino, creado en 1980 para reforzar la integración política de esa subregión.

En el MERCOSUR es posible imaginar un Comité Permanente de Ministros o Comisión como principal órgano de decisión, un Parlamento con representación popular que controle a la Comisión, un Tribunal de Justicia que interprete la legislación comunitaria e intervenga como árbitro, y un Consejo Económico y Social que participe en la elaboración de las políticas sociales comunitarias, entre otras instituciones factibles.

Profundizar la integración política dentro del marco asociativo del MERCOSUR servirá tanto para amortiguar los costos sociales del proceso integracionista, como para armonizar cuestiones problemáticas, tales como las vinculadas con el campo laboral. Y también, para lograr que lo económico no campe solitario.

Si no por el contrario, para que el MERCOSUR pueda constituirse en una herramienta operativa, que antes de la evidencia cada día más clara de que las políticas de nacionalismo tradicional ya no constituyen una alternativa válida frente a la realidad de la polarización y concentración del poder político-económico-financiero-tecnológico-científico global, proporcione a nuestra región un espacio de mayor autonomía y poder en el escenario estratificado internacional.

De no prever y propender al logro de estos objetivos, no estaríamos proyectando una verdadera integración comunitaria, sino meras relacionadas internacionales encuadradas en el Derecho Internacional Clásico y condicionada por un Orden Internacional trasnacionalizado y profundamente asimétrico. Generador de políticas económico-financieras cuya línea gruesa está constituida por un aperturismo indiscriminado, la competitividad entre desiguales y el repliegue del protagonismo estatal.

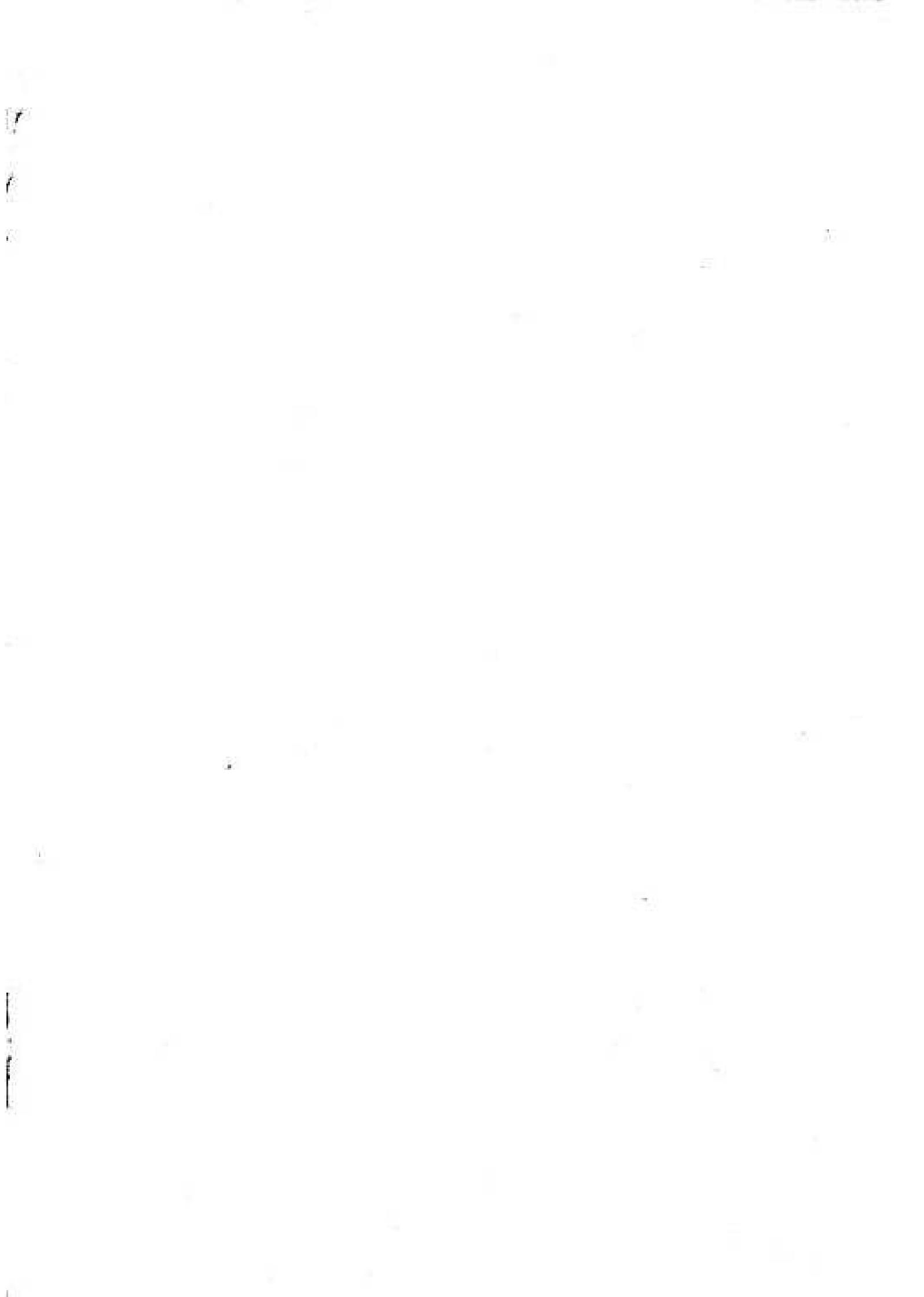
En un contexto como el señalado, tanto los sectores empresariales como los trabajadores del MERCOSUR necesitan contar con interlocutores institucionales válidos y eficaces. Y en la medida en que el MERCOSUR carezca de estructura política comunitaria con poder decisional real, se verá disminuido su potencial de diseño e implementación de políticas comunitarias destinadas a los distintos sectores sociales involucrados en este proceso, emanadas de una instancia regional poseedora de una óptica superadora de los marcos políticos nacionalistas reivindicatorios clásicos.

Para concluir, queremos señalar que el gran desafío para los países del Cono Sur en la 2ª mitad de los '90 radica fundamentalmente en conciliar la consolidación de la democracia política con un desarrollo económico-social sustentable que las legitime, apuntándola al mismo tiempo el camino de la integración regional para propender a una mejor distribución de los costos-beneficios del proceso y, fundamentalmente, para mejorar la calidad de vida de nuestros pueblos —visiblemente deteriorada en los últimos tiempos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUINIS, Ana María M. de. "El MERCOSUR: de la negociación a la Institucionalización" en *La Información*, T. 71, Buenos Aires, febrero 1995.
- ARIAS PELERANO, Francisco. "Aspectos Políticos del MERCOSUR", en *Realidades y Perspectivas del MERCOSUR*, UCA, Buenos Aires, diciembre 1992.
- BALASSA, Bela. *Teoría de la integración económica*, México, 1964.
- BOLETIM DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANO, Ministério das Relações Exteriores da R.F. de Brasil, Brasilia, Abril-Junio 1992.
- BOTANA, Natalio. "Las grandes líneas temáticas de la integración en América Latina", en *Integración Latinoamericana*, julio 1991.
- CEPAL, "El Tratado de Asunción del Mercado Común del Cono Sur (MERCOSUR): algunas consideraciones", Buenos Aires, enero de 1992.
- COMISIÓN INTERDISCIPLINARIA PARA LA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO. "MERCOSUR ¿Por qué? ¿Para qué? ¿Para quién? ¿Cómo? ¿Cuándo?", Rosario, mayo de 1992.
- COMISIÓN PARLAMENTARIA CONJUNTA DEL MERCOSUR, Informe I, Buenos Aires, 1992.
- COMISIÓN PARLAMENTARIA CONJUNTA DEL MERCOSUR, Informe II, Buenos Aires, 1994.
- Cuadernos sobre MERCOSUR, FLACSO, Buenos Aires, 1992.
- Cuadernos sobre MERCOSUR, Grupo Mercado Común, 1992.
- DORNBUSCH, Rüdger. "Los costos y beneficios de la integración económica regional", en *Integración Latinoamericana* N° 113, Buenos Aires, junio de 1986.
- GÓMEZ, José María. "La Dimensión Político-Institucional y los Desafíos del MERCOSUR en el período de Transición", en *Realidades y Perspectivas del MERCOSUR*, UCA, Buenos Aires, diciembre de 1992.
- HIRST, Mónica. "Los Condicionantes Políticos y Económicos de la Formación del MERCOSUR", en *Realidades y Perspectivas del MERCOSUR*, UCA, Buenos Aires, diciembre 1992.

- HIRST, Mónica. "Los desafíos políticos del MERCOSUR", en Seminario Sobre "Argentina frente a los procesos de Integración Regional: Efectos sobre el agro", UNR, Rosario, 8-11 de agosto 1994.
- HURTADO, Osvaldo. "Aspectos políticos de la integración Latinoamericana", en *Integración Latinoamericana* N° 153, BID-INTAL, Buenos Aires, 1990.
- LAREDO, Iris Mabel; BLACONA, María. "Modelos y estrategias de integración", Comisión Interdisciplinaria para la integración latinoamericana de la Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 1988.
- LAREDO, Iris Mabel. "Definición de los objetivos de los procesos de integración latinoamericana en las tres últimas décadas (1960-1990)", *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1992-1993.
- LAREDO, Iris Mabel (Compiladora). *Estado, Mercado y Sociedad en el MERCOSUR. Pautas para su viabilización*, Universidad Nacional de Rosario, Rosario, 15 de diciembre de 1994.
- LAREDO, Iris Mabel. "Trasfondo político de la integración económica", Rosario, 1993.
- MASSAD, Carlos. "Una nueva estrategia para la integración", en *Revista de la CEPAL* N° 37, Santiago de Chile, abril de 1989.
- PALAU, Tomás. "Escenario y coyuntura del MERCOSUR", en Seminario sobre "Argentina frente a los procesos de Integración Regional: Efectos sobre el agro", UNR, Rosario, 8-11 Agosto 1994.
- ROMERO, María del Huerto. "MERCOSUR, NAFTA y apertura comercial al mundo: Condiciones y factores que han favorecido la creación de bloques subregional MERCOSUR", en *Estado, Mercado y Sociedad en el MERCOSUR; op. cit.*
- TRATADO DE ASUNCIÓN, 1991.
- VACCHINO, Juan Mario. "El papel del Parlamento en la integración regional: condiciones y modalidades de una participación necesaria", en *Integración latinoamericana*, Junio-Julio de 1989.



Impreso en los talleres gráficos de
la Dirección General de Publicaciones
de la Universidad Nacional de Córdoba,
en el mes de octubre de 1996.

CÓRDOBA – REPÚBLICA ARGENTINA