

BLANCA

BLANCA

ISSN 1850-079X

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL



**Anuario
Argentino
de
Derecho
Internacional**

XIX

2010

ROSARIO - REPÚBLICA ARGENTINA

ISBN Nº 978-987-1579-

EN TRAMITE

© 2.010 by
Asociación Argentina de Derecho Internacional
AADI

EDITÓ:

LERNER EDITORA SRL

TEL/FAX: (0351) 4229333

E-mails:

lernereditorasrl@hotmail.com
lernereditorasrl@gmail.com.ar
www.lernereditorasrl.com.ar

DUARTE QUIRÓS 545 - LOCALES 2 Y 3 - (5000) CÓRDOBA - ARGENTINA

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723
Impreso en Argentina - Printed in Argentina

Anuario AADI XIX 2010

DIRECTOR HONORARIO

ERNESTO J. REY CARO

DIRECTORA

MARÍA SUSANA NAJURIETA

SECRETARIO

LUIS CRUZ PEREYRA

COMITÉ DE REDACCIÓN

GUSTAVO E. BARBARÁN

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI

ARIEL RICARDO MANSI

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA

HORACIO DANIEL PIOMBO

GUILLERMO ROBERTO ROSSI

JOSÉ MARÍA SABAT

FABIÁN SALVIOLI

AMALIA URIONDO DE MARTINOLI

*Los trabajos publicados reflejan las opiniones personales
de sus autores. La AADI no se identifica con ellos.*

**AUTORIDADES DE LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO
INTERNACIONAL**

2009-2011

Presidente: María Elsa UZAL
Vicepresidente: Gustavo BARBARÁN
Secretario: Luis Cruz PEREYRA
Prosecretario: María Alejandra STICCA
Tesorero: Roberto VICARIO
Protesorero: Juan Felipe AMORMINO

CONSEJEROS

Beatriz PALLARÉS
María Blanca NOODT TAQUELA
Ariel Ricardo MANSI
Marta Yolanda TEJERIZO
Jorge STÄHLI
Demetrio Oscar GONZÁLEZ PEREIRA
Armando Daniel ABRUZA

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
Directora: Laura Araceli AGUZÍN

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Director: Alejandro MENICOCCI

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES
Directora: Anunciada LATTUCA

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN
Directora: Mariela CALDERÓN

*SECCIÓN DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL
DERECHO INTERNACIONAL*
Director: Jorge Oscar PALADINO

SECCIÓN DERECHOS HUMANOS
Director: Víctor Alejandro BAZÁN

ÍNDICE GENERAL

- NORMAS EDITORIALES	
DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL	13

DOCTRINA

- EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO	
- <i>INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND THE CONCEPT OF ARMED CONFLICT</i>	
<i>Hortensia D.T. Gutierrez Posse</i>	17
- CARLOS CALVO. UN DESTACADO PUBLICISTA ARGENTINO EN EL SIGLO XIX	
- <i>CARLOS CALVO. DISTINGUISHED ARGENTINE PUBLICIST IN THE NINETEENTH CENTURY</i>	
<i>Ernesto J. Rey Caro</i>	39
- CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS A TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS: ¿CUÁL ES LA LEY APLICABLE?	
- <i>INTERNATIONAL CONTRACTS CELEBRATED BY ELECTRONIC MEANS: ¿WHICH IS THE APPLICABLE LAW?</i>	
<i>Luciana B. Scotti</i>	47
- XXIIº Congreso Argentino de Derecho Internacional. Argentina y su proyección Latinoamericana, en el Bicentenario de la Revolución de Mayo. Asamblea General Ordinaria de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - 2010. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta. Salta, 21, 22 y 23 de octubre de 2010.	
- PALABRAS DE LA SEÑORA PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL - AADI.	
<i>Dra. María Elsa Uzal</i>	99

RELATOS

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- LAS CONTROVERSIAS LIMÍTROFES PENDIENTES EN AMÉRICA DEL SUR	
- <i>PENDING BORDER DISPUTES IN SOUTH AMERICA</i>	
<i>Claudio Rubén Díaz - Selva Degiorgio</i>	107

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS Y SUS IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL.

- *JURIDICCIÓN AND APPLICABLE LAW IN CROSS- BORDER RELATIONS AND THEIR IMPLICATIONS IN SOCIAL SECURITY*

- JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS

- *JURISDICTION AND APPLICABLE LAW TO CROSS- BORDER EMPLOYMENT RELATIONSHIPS*

Dr. Eduardo Leopoldo Fermé - Dr. Demetrio Oscar González Pereira -

Dr. C. Gustavo Ferrante 135

- JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS Y SUS IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL.

- *JURIDICCIÓN AND APPLICABLE LAW IN CROSS- BORDER RELATIONS AND THEIR IMPLICATIONS IN SOCIAL SECURITY*

- LAS MIGRACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS Y SUS IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL

- *CROSS- BORDER LABOUR MIGRATION AND ITS IMPLICATIONS ON SOCIAL SECURITY*

Lilia Mabel Maffei de Borghi 191

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

- LA INTEGRACIÓN, EL MERCOSUR Y UNASUR: VISTOS DESDE EL BIEN COMÚN

- *THE INTEGRATION, MERCOSUR AND UNASUR: POINT OF VIEW OF THE COMMON GOOD*

José María Sabat 217

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

- DE LA UNIPOLARIDAD A LA MULTIPOLARIDAD: EL COMPONENTE REGIONAL SOBRE EL EQUILIBRIO DE PODER Y LA MANIFESTACIÓN DE LOS SISTEMAS POLARES

- *ON DE BALANCE OF POWER AND THE MANIFESTATION OF POLAR SYSTEMS*

Ada Lattuca 231

- DE LA UNIPOLARIDAD A LA MULTIPOLARIDAD: EL COMPONENTE REGIONAL

- HACIA LA MULTIPOLARIDAD: EL DEBATE DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA NEORREALISTA

<i>-TOWARDS MULTIPOLARITY: THE DEBATE FROM A NEOREALIST THEORETICAL PERSPECTIVE</i>	
<i>María Cristina Montenegro</i>	247
SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	
- LAS MIGRACIONES Y LOS DERECHOS HUMANOS*	
- <i>MIGRATION AND HUMAN RIGHTS</i>	
<i>Teresita N. Saracho Cornet</i>	273
SECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL	
- LA TÉCNICA GRUPAL «PHILLIPS 66» Y SU UTILIZACION PEDAGÓGICA	
- <i>THE PHILLIPS 66" ART GROUP AND THEIR TEACHING USE</i>	
<i>Jorge Oscar PALADINO</i>	341
CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO DE LAS SECCIONES	
- ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2010	
SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	353
SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	355
SECCIÓN DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN	358
SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES	359
SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS	367
SECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL	369
CONFERENCIAS	
- ALBERTO METHOL FERRÉ, CONSTRUCTOR DE UNIDAD	
<i>Gustavo E. BARBARÁN</i>	373
- LA USURARIA DEUDA EXTERNA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	
<i>Miguel Ángel Espeche Gil</i>	379
- EL CRIMEN DE LA GUERRA	
<i>Enrique A. Mussel</i>	389
IN MEMORIAM	
- Dr. JORGE A. GINNER MOLINARI	
<i>Dra. Graciela R. Salas</i>	399
LEGISLACIÓN	
- CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA. PERÍODO 01-08-2010 al 31-05-2011	
<i>Sistematización a cargo de María Alejandra Sticca</i>	403

JURISPRUDENCIA

- JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2010	
<i>Julio César Córdoba</i>	413
- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, AÑO 2010	
<i>Laura Araceli Aguzin</i>	419

RECENSIONES

- <i>LAS PAPELERAS EN CUESTIÓN. UN RECORRIDO POR EL DERECHO AMBIENTAL E INTERNACIONAL DE LA HAYA AL MERCOSUR</i> , Liliana E. BERTONI, (Coordinadora), prologado por la Dra. Zlata Drnas de Clement. Eudeba, Bs. As., 2010, 163 págs.	
<i>Alejandro Aldo Menicocci - Laura Araceli Aguzin</i>	425
- <i>GUÍA PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO</i> . Hortensia D. T. GUTIÉRREZ POSSE. Colección Académica, Fondo editorial de derecho y economía, La Ley, 1 ^a edición, 5 ^a , Reimpresión, 2010.	
<i>Laura Araceli Aguzin</i>	427
- <i>CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – PARTE GENERAL</i> , Marcelo Daniel IÑIGUEZ, Bahía Blanca, In Dubio Editora, 2010, 451 págs.	
<i>Alejandro Aldo Menicocci</i>	428
- <i>DERECHO DE LA INTEGRACIÓN</i> . Sandra C. NEGRO (Directora). Bdf, Julio César Faira, Editor, Montevideo, Buenos Aires, Año 2010.	
<i>Laura Araceli Aguzin</i>	430
- <i>CURSOS EUROMEDITERRÁNEOS BANCAJA DE DERECHO INTERNACIONAL</i> . Jorge Cardona LLORENS. Editor. Volumen XI/XII. 2007/2008. Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo. Tirant Lo Blanch. Castellón. Valencia. 1174 págs.	
<i>Dra. Graciela R. Salas</i>	431
- <i>EL DERECHO INTERNACIONAL. ENTRE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO</i> . Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia. Luis Fernando ÁLVAREZ LONDOÑO, Rafael A. PRIETO SANJUÁN, Andrés TÉLLEZ NÚÑEZ. Editores Académicos. CEDI. Estudios de Derecho Internacional 13. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Facultad de Ciencias Jurídicas. LASIL-SLADI- Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2010. 364 págs.	
<i>Dra. Graciela R. Salas</i>	434

- *L'ÉVOLUTION ET L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT INTERNATIONAL DE LA MER. MÉLANGES OFFERTS À DANIEL VIGNES.* Sous la direction de Rafael Casado RAIGÓN et Giuseppe CATALDI. Bruylant. Bruxelles. Bruxelles. Belgique, 2009, 982 págs. en francés.

Dra. Graciela R. Salas 435

INSTITUCIONAL

- ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL. ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2010	
MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2009-2010	441
I. MARCO GENERAL	441
II. FUNCIONAMIENTO INSTITUCIONAL	441
III. ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL	445
IV. ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS	446
V. AUSPICIOS	451
VI. OTRAS ACTIVIDADES	452
VII. PREMIO AADI 2010	452
VIII. PUBLICACIONES	453
TEXTO ACTUAL DEL REGLAMENTO DEL ANUARIO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL	455
ANEXO. NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL	457

BLANCA

NORMAS EDITORIALES DEL ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL

1. Características del Anuario

El *Anuario* es una publicación científica, arbitrada, periódica (anual), cuyo propósito es presentar a la comunidad académica jurídica nacional e internacional los resultados de las investigaciones y estudios doctrinarios de sus miembros y colaboradores, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas, sin poseer orientación particular. **Sólo admite trabajos inéditos**, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas.

El *Anuario* no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados (o recensiones), ni por las opiniones emitidas por los autores.

2. Extensión de los originales

Los originales de los artículos, en principio, no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas tamaño A4, letra Times New Roman N° 12, escritas a simple espacio. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias. Se admite un solo artículo por autor.

3. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. Forma del escrito

- El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias y en una disquette o CD, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. La disquette o CD deberá estar etiquetada/o consignando claramente el nombre del autor y el nombre del archivo. La Dirección del Anuario trabaja con Word para Windows.
- La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias (en no más de cinco renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave y key words en número no mayor a cinco expresiones;

3.2. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en itálica, salvo que se empleen letras griegas.

3.3. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y estarán nume-

radas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.4. *Notas*

Cuando se pongan, las notas de pie de página deben indicar:

- el apellido y nombre del autor con versalita;
- el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro;
- el título del trabajo entre comillas y en letra de imprenta si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose con letra de imprenta los datos de volumen, número, año de edición, página/páginas de referencia. Cuando se trata de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica.

Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

4. Material a presentar con el libro

Deberá entregarse el material completo vía mail a: Dra. María Susana Najurieta, msnajurieta@sinectis.com.ar y a Luis Cruz Pereira lcp@uolsinectis.com.ar o por correo a nombre de la Asociación, a cualquiera de las dos direcciones postales: Avda. Scalabrini Ortiz nº 2624, 3º piso `B` (CP. 1425) Buenos Aires, Argentina, o a Luis Cruz Pereira, Avda. Pueyrredón Nº 172 piso 12º `C`, (CP. 5000), Córdoba-Argentina, acompañando:

- Nota dirigida a la Dirección del Anuario Argentino de Derecho Internacional, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas, al igual que de las opiniones vertidas en el mismo.
- Breve *curriculum vitae*.

5. Corrección de pruebas

El Anuario cuando resulta temporalmente factible da a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de cinco días hábiles a partir de su recepción.

6. Entrega de la publicación al Autor

Cada autor de trabajo publicado recibirá o tendrá puesto a disposición un ejemplar del Anuario y, en la medida de lo posible, 10 separatas del artículo sin cargo.

DOCTRINA

BLANCA

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y EL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO

INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW AND THE CONCEPT OF ARMED CONFLICT

*Hortensia D.T. GUTIERREZ POSSE**

RESUMEN

El derecho internacional humanitario tiene por objeto proteger a las víctimas de un conflicto armado a la par que poner límites en la conducción de las hostilidades. Las normas que se aplican son distintas según se trate de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado sin carácter internacional pero no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas. Por ende, una de las cuestiones fundamentales es la de determinar, en primer lugar, si existe un conflicto armado y, en segundo lugar, si es internacional o si es sin carácter internacional. Este artículo intentará analizar ambas cuestiones.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional humanitario – Conflicto armado – Conflicto armado internacional – Conflicto armado sin carácter internacional – Disturbios o tensiones internas.

ABSTRACT

International humanitarian law is aimed at protecting the victims of an armed conflict and limiting the violence on the conduct of hostilities. It applies different rules depending on whether an armed conflict is international or internal in nature, but it does not apply to situations of

* Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires-U.B.A.

internal disturbances and tensions. Thus, the core of the question is to determine, first, when an armed conflict exists and, secondly, if it is international or internal in character. This article will try to analyze both questions.

KEY WORDS

International humanitarian law – Armed conflict – International armed conflict – Non international armed conflict – Internal disturbances and tensions.

SUMARIO

Introducción. I. Los conflictos armados internacionales. II. Los conflictos armados sin carácter internacional. III. Otras situaciones. **Conclusiones.**

Introducción

El derecho internacional humanitario, cuyo objeto es amparar a las víctimas de los conflictos armados a la par que poner límites a los métodos y medios de combate, se aplica a toda situación de conflicto armado, de allí la importancia de determinar si una situación configura un conflicto armado y, por ende, está dentro del ámbito de este ordenamiento jurídico. En ese sentido, podría llegar a entenderse que existe un conflicto armado cuando la violencia se organiza al existir un desacuerdo de naturaleza política –y no en función de propósitos personales– entre partes determinadas, las que pueden ser Estados o grupos armados.

Ahora bien, establecida la existencia de un conflicto armado éste puede ser de índole internacional o bien el enfrentamiento, surgido en el territorio de un Estado, puede no ser de índole internacional. Si bien en ambos casos se aplica el derecho internacional humanitario, el contenido de sus normas no coincide plenamente en uno y otro supuesto. Por ende, al considerar el ámbito de validez material de este ordenamiento jurídico ha de tratarse de precisar lo que al presente puede entenderse por conflictos armados internacionales como una situación distinta de aquélla que se plantea cuando el conflicto armado es sin carácter internacional al prolongarse la violencia de modo a que no pueda ya entenderse que sólo se trata de actos esporádicos y aislados que generen estados de commoción en el interior de un Estado. A la luz de ello, también merece detenerse en el análisis de si formas nuevas de violencia –tales como la llamada ‘guerra al terrorismo’, operaciones transfronterizas de defensa o la imposición del respeto del derecho en Estados desestructurados– escaparían al ámbito normativo de este ordenamiento jurídico o bien si las partes deben adecuar su comportamiento a lo que en él se dispone.

La calificación del tipo de conflicto, desde el derecho positivo, es el presupuesto necesario a la determinación del régimen jurídico pertinente; máxime cuando el ámbito material está integrado por normas que provienen del derecho de la guerra o derecho de La Haya –las leyes y usos de la guerra– y normas que provienen del derecho humanitario propiamente dicho –o derecho de Ginebra– cuyo objeto es lograr que el ordenamiento jurídico positivo otorgue a la persona humana una mejor defensa contra las calamidades de los conflictos armados en razón de su dignidad. Por cierto que, desde un enfoque doctrinario, se postula la conveniencia de la unidad de las reglas al sostenerse que la distinción sería arbitraria y frustraría el propósito humanitario de este ordenamiento jurídico en la mayoría de los conflictos bélicos actuales. Sin embargo, tal aspiración parecería no coincidir con el ordenamiento vigente.

I. Los conflictos armados internacionales

El régimen jurídico instituido en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas intenta centralizar la coacción en la Organización y establecer los supuestos en que el ejercicio del *jus ad bellum* es conforme a derecho¹. Pero, independientemente de esta legalidad o ilegalidad, cuando se instaura una relación a través de la fuerza, el orden normativo no la ignora; el *jus in bello* se sustituye a las relaciones de paz. Y este ordenamiento se aplica, en primer lugar, a las situaciones de guerra; concepto jurídico que de larga data define la relación que nace con la lucha armada entre o dos o más Estados, puesto que el Estado en su condición de soberano tiene la capacidad de declararla y de designar a su enemigo. Se trata, entonces, de una noción precisa y limitada sólo a cierto tipo de conflictos armados² en los que las operaciones militares son llevadas a cabo por sus respectivas fuerzas armadas. Así, la Convención IV de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre contiene la obligación de las Potencias Contratantes de instruir a sus fuerzas armadas conforme al Reglamento que se anexa a la Convención³, no sólo en lo que se refiere a las hostilidades –esto es, los medios de hacer daño al enemigo, los sitios y los bombardeos– sino también en lo que hace a la autoridad militar sobre el territorio del Estado enemigo. Guerra es, entonces, el enfrentamiento entre dos o más Estados, valiéndose de sus fuerzas armadas, con el objeto de imponer el vencedor las condiciones de la paz⁴. Los protagonistas, las partes en la guerra, son sólo los Estados.

¹ Carta de la Organización de las Naciones Unidas (Carta O.N.U.), arts. 2.3 y 4; 39; 42; 51 y derecho derivado.

² La Corte Permanente de Arbitraje en el *Affaire de l'indemnité de guerre turque envers la Russie*, sentencia del 11-XI-1912, entendió que la guerra constituye un hecho internacional, es decir, un hecho interestadual.

³ Convención IV, art. 1.

⁴ OPPENHEIM, L., *International Law: A Treatise, War and Neutralitiy*, vol II., London, Longmans, Green and Co., 1906, p. 56; Huyghe, Francois-Bernard, «The impurity

Sin embargo, las experiencias vividas hasta la Segunda Guerra Mundial impulsaron a los redactores de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas a considerar que la paz no sólo se ve amenazada por luchas armadas entre Estados sino que igualmente puede ser quebrantada por otro tipo de enfrentamientos –luchas étnicas, religiosas, entre nacionalidades distintas– por lo que tuvieron en mente un concepto más amplio; esto es, el de empleo de la fuerza, comprensivo no sólo de la guerra sino también de cualquier tipo de conflicto armado⁵. Por ende, al presente la noción de derecho de los conflictos armados o derecho internacional humanitario se sustituye a la de *jus in bello* y sus normas se aplican por el hecho del empleo de la fuerza, independientemente de que haya sido precedido de una declaración formal de guerra o de un *ultimatum*⁶. Claro está que si se declarase la guerra –aún cuando esta declaración no se siguiese de operaciones militares– también procedería la aplicación de sus normas⁷.

En concordancia con este concepto de empleo de la fuerza los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de los conflictos armados establecen que sus normas son pertinentes en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varios Estados y aun cuando uno de ellos no reconozca el estado de guerra⁸. Por cierto, tal como ya lo había establecido la práctica de los Estados y se había codificado en la Convención IV de La Haya de 1907, las operaciones militares han de llevarse a cabo por sus fuerzas armadas, comprensivas de sus ejércitos y de las milicias y los cuerpos de voluntarios que tengan a la cabeza una persona responsable por sus subalternos; tengan una señal como distintivo fijo y reconocible a distancia; lleven las

of war», *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Typology of armed conflicts*, vol. 91, N° 873, March 2009, p. 22.

⁵ Carta O.N.U., Preámbulo y arts. 1, 2 y concordantes.

⁶ La práctica de los Estados al momento de celebrarse la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 era ambigua en cuanto a la necesidad de una declaración formal para que el derecho de la guerra reemplazase al derecho de la paz; sin embargo, la Convención III relativa al rompimiento de hostilidades estableció en el art. 1 que la Potencias Contratantes reconocían que las hostilidades entre ellas no debían romperse sin una notificación previa y explícita que tuviese, ya la forma de una declaración motivada de guerra, ya la de un *ultimatum* con declaración de guerra condicional. Ha de señalarse que, ello no obstante, el ataque japonés contra Port Arthur en 1904, que desencadenó la guerra ruso-japonesa, no había sido precedido de una declaración de guerra. Otro tanto ocurrió en 1941 cuando la aviación japonesa bombardeó Pearl Harbour.

⁷ Tal el caso de la Argentina que declaró la guerra a Alemania el 27-III-1945 y a Japón el 1-IV-1945, lo que le permitió concurrir a la Conferencia de San Francisco en la que se adoptó la Carta de la Organización de las Naciones Unidas.

⁸ Convenios, artículo 2 común; Jean Pictet en los *Comentarios a los Convenios de Ginebra de 1949* sostiene que cualquier diferencia entre Estados que conduzca a la intervención de miembros de las fuerzas armadas es un conflicto armado, aun si una parte niega el estado de guerra.

armas ostensiblemente; y se sujeten en sus operaciones a las leyes y costumbres de la guerra⁹. Es decir que el hecho objetivo del empleo de la fuerza armada por un Estado contra otro Estado torna aplicables las normas del derecho internacional humanitario, independientemente de la intensidad de los combates, su duración, el tipo de armamento que se emplee o el número de víctimas¹⁰.

No obstante la claridad de estos conceptos, en ocasiones se suele alegar que es necesaria, a más, la existencia de un *animus belligerandi*¹¹ ya que sin él podría tratarse de una acción policial acotada en razón de que el Estado en el cual se opera, por ejemplo, no está en condiciones de impedir que en algún lugar de su territorio se refugien, se entrenen o se preparen acciones destinadas a sembrar el terror¹².

Ahora bien, las operaciones militares no sólo pueden llevarse cabo por las fuerzas armadas de dos o más Estados que se enfrentan sino que –tal como ocurrió en el conflicto armado que condujo a partir de 1991 a la desintegración de la ex-Yugoslavia– los combates pueden desarrollarse entre el ejército de un Estado y tropas armadas que actúen en el interés o bajo el control global de un tercer Estado, configurándose también en este supuesto un conflicto armado de carácter internacional¹³.

⁹ Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907, art. 1.

¹⁰ PICTET, JEAN, en los *Comentarios* a los Convenios de Ginebra de 1949 afirma que el respeto a la persona humana no se mide por el número de víctimas, p. 26.

¹¹ DINSTEIN, YORAN, *War, Aggression and Self-Defence*, Cambridge, Cambridge University Press, 4th ed., 2005, pp.14-15

¹² Tal sería el caso de la acción llevada a cabo por Colombia en el territorio de Ecuador el 1 de marzo de 2008 contra miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

¹³ El conflicto armado en la ex-República Federativa Socialista de Yugoslavia se inició en 1991 en el contexto de una cuestión interna suscitada por la reforma de la Constitución que en 1974 le diera el Mariscal Tito; la escalada de la violencia, las graves violaciones al derecho internacional humanitario, los abusos contra la población civil, llevaron al Consejo de Seguridad de la O.N.U. a condenar los actos de inenarrable brutalidad que se cometían y a instituir –de conformidad con las facultades que le otorga el Capítulo VII de la Carta– un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991. En uno de los procesos llevados a cabo ante este Tribunal en el que se juzgó a Dusko Tadic, se decidió que las fuerzas armadas de la República Srpska debían ser consideradas como actuando en Bosnia y Herzegovina en el interés de la República Federativa de Yugoslavia por lo que el conflicto entre los serbio-bosnios y la autoridades centrales de Bosnia y Herzegovina debía considerarse internacional después del 19 de mayo de 1992. El Tribunal estableció que sin duda alguna un conflicto armado es internacional si se produce entre dos o más Estados pero, además, en caso de un conflicto armado interno que estalle en el territorio de un Estado puede internacionalizarse (o, dependiendo de las circunstancias, ser internacional en carácter junto a un conflicto armado interno) si (i) otro Estado interviene con sus tropas o si (ii)

Los Convenios de Ginebra de 1949 consideran una situación más a la que se le aplican sus normas; esto es, los casos de ocupación total o parcial del territorio de un Estado; y ello, independientemente de que la ocupación hubiese encontrado –o no– resistencia militar¹⁴. En ese sentido cabe recordar que en el Reglamento Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 ya se regulaba la conducta de una autoridad militar sobre el territorio del estado enemigo, estableciéndose que se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo, entendiéndose que la ocupación sólo se extiende a los territorios donde esa autoridad esté establecida y en condiciones de ejercerse¹⁵. Esto es, que la efectividad de la autoridad ha de ser objetivamente evidente y, por cierto, que no ha de tener la aprobación del

alguna de las partes en el conflicto armado interno actúa en el interés de ese otro Estado, quien ejerce sobre ella un control global, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (T.P.I.Y.), Case N° IT-04-1-A., *Judgement*, 15-VII-1999, paras. 84,120, 137, 145; el Tribunal precisó en *The Prosecutor v. Dario Kordic and Mario Cerkez*, Case N° IT-95-14/2-A, *Appeal Judgement*, 17-XII-2004, parag. 299, que existe tal control cuando el tercer Estado tiene un papel en la organización, coordinación o planificación de las acciones militares de los grupos armados, a más del financiamiento, entrenamiento y equipamiento o soporte operacional del grupo; criterio retomado por la Corte Penal Internacional (C.P.I.), *The Prosecutor v. Lubanga Dylo Thomas*, Case N° ICC-01/04-01/06-803, *Decision on the confirmation of charges*, 29-I-2007, parag. 209-211.

¹⁴ Convenios, artículo 2 común.

¹⁵ Convención IV, Reglamento Anexo, Sección III –De la autoridad militar sobre el territorio del estado enemigo –arts. 42- 46; cabe considerar que la tecnología moderna podría posibilitar que una Potencia ocupante controlase efectivamente un territorio sin necesidad de mantener una presencia militar en el terreno; la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.), en la opinión consultiva sobre las *Consecuencias legales de la construcción de un muro en el territorio Palestino ocupado*, C.I.J., *Recueil 2004*, parágs. 78-101, entendió que como la ocupación de la Franja Occidental y Gaza es la consecuencia de un conflicto armado internacional entre Israel y los Estados vecinos –Jordania y Egipto– corresponde la aplicación del Cuarto Convenio de 1949 a los territorios ocupados y en el caso de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* (República Democrática del Congo v. Uganda) *Recueil 2005*, parags. 172-175, este Tribunal sostuvo que para que hubiese ocupación era necesario que las fuerzas armadas de Uganda presentes en la República Democrática del Congo no estuviesen solamente estacionadas allí sino que hubiesen sustituido en su autoridad al gobierno congolés. En la especie, se había nombrado al gobernador de una nueva provincia denominada Kibali-Ituri; criterio compartido por C.P.I., *The Prosecutor v. Lubanga Dylo Thomas*, Case N° ICC-01/04-01/06-803, *Decision on the confirmation of charges*, 29-I-2007, para.220, al considerar la Corte que como resultado de la presencia de Uganda como ocupante, el conflicto armado en Ituri puede caracterizarse como un conflicto armado internacional desde julio 2002 al 2 de junio 2003, fecha del retiro efectivo del ejército de Uganda; al respecto véase DINSTEIN, YORAM, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

soberano¹⁶. Por ende, si bien el hecho objetivo del recurso a la fuerza armada torna aplicables las normas del derecho internacional humanitario, a la luz de lo normado en el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949, por vía de hipótesis, aun sin que se recurriese a la fuerza, la ocupación también daría lugar a la aplicación de las reglas de este ordenamiento jurídico.

La realidad parece siempre colocarse por delante del derecho y muy poco después de entrar en vigor los Convenios de 1949, particularmente en el escenario africano, enfrentamientos armados conmocionaron al mundo. Estos enfrentamientos tenían como protagonistas a Pueblos sometidos a dominación extranjera a quienes la Metrópoli no les facilitaba, o directamente les impedía, ejercer el derecho a su libre determinación que se les reconoce en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas¹⁷ al entender que todo intento de regulación internacional del ejercicio de ese derecho constituiría una intervención en sus asuntos internos. Sin embargo, a través de la labor de la Asamblea General de la Organización a lo largo de los años se habían ido definiendo los aspectos que debían caracterizar el ejercicio de este derecho¹⁸ hasta que en 1960 se adoptó la Resolución 1514 (XV) Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, afirmándose que el proceso de liberación era irresistible e irreversible y que debía ponerse fin al colonialismo. En ocasiones las Metrópolis fueron cumpliendo sus obligaciones conforme a la Carta y al desarrollo de sus normas en el marco del derecho de la descolonización pero en otras los Pueblos sometidos a dominación extranjera debían sostener largas y cruentas luchas de liberación nacional¹⁹. En 1970 la Asamblea General adoptó la Resolución A/ 2625

¹⁶ El Consejo de Seguridad de la O.N.U., en la Resolución 1483 (2003), adoptada el 22 de mayo de 2003, reconoció la autoridad, la responsabilidad y las obligaciones específicas que, en virtud del derecho internacional aplicable, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Reglamento de La Haya de 1907, correspondían a los Estados Unidos y al Reino Unido en su calidad de potencias ocupantes en Iraq como resultado de las operaciones llevadas a cabo alegándose incumplimiento de las Resoluciones de ese órgano 687 (1991) y 1441 (2002) vinculadas a los programas de desarrollo de armas de destrucción en masa y misiles balísticos con un alcance de más de ciento cincuenta kilómetros y las armas de esa índole que tuviera en su poder. En la Resolución 1546 (2004) el Consejo de Seguridad expresó observar con satisfacción que el 30 de junio de 2004 se ponía fin a la ocupación, dejando de existir la Coalición, aun cuando una fuerza multinacional bajo mando unificado operaría en Iraq a solicitud del Gobierno provisional de este país, autorizándola a tomar todas las medidas necesarias para contribuir al mantenimiento de la seguridad y la estabilidad en Iraq.

¹⁷ Carta O.N.U. art. 1. 2.

¹⁸ Asamblea General, Resoluciones 66 (I), 142 (II), 144 (II), 146 (II), 218 (III), 333 (IV), 648 (VII), 742 (VIII), 748 (VIII), 848 (IX), 1468 (XIV).

¹⁹ La Resolución 2105 (XX) de la Asamblea General reconoció la legitimidad de la lucha por ejercer el derecho a la libre determinación e invitó a los Estados a prestar ayuda a los movimientos de liberación nacional en los territorios coloniales

(XXV) Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y en ella, al considerarse el principio de libre determinación contenido en la Carta, se reconoció la legalidad de las luchas de los pueblos contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas si otro camino no cabía para lograr el término de una situación colonial. En 1977, cuando la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados adoptó el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, se tuvieron particularmente en cuenta las luchas de liberación nacional y, por ende, al establecerse su ámbito de aplicación se precisó que a más de las situaciones ya previstas en los Convenios sus normas eran pertinentes, precisamente, en los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas²⁰.

Así, al presente los conflictos armados internacionales a los que se les aplica el derecho internacional humanitario se configuran cuando haya una guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que surja entre Estados, aunque uno de ellos no reconozca el estado de guerra, cuando se ocupe total o parcialmente el territorio de un Estado, cuando un pueblo sometido a dominación extranjera lleve adelante una lucha de liberación nacional, y cuando los combates se desarrollen entre el ejército de un Estado y tropas armadas que actúen en el interés o bajo el control global de un tercer Estado.

II. Los conflictos armados sin carácter internacional

El derecho internacional humanitario –en tanto que derecho de la guerra– tradicionalmente regulaba relaciones entre Estados y el trato debido a las personas enemigas en situación de conflicto armado. En el siglo XIX,

y la Resolución 2444 (XXIII) reconoció la necesidad de aplicar los principios humanitarios básicos en todos los conflictos armados.

²⁰ Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, art. 1. 3 y 4; el art. 96.3 relativo a la relaciones convencionales a partir de la entrada en vigor del Protocolo otorga a la autoridad que represente a un pueblo empeñado en una lucha de liberación nacional la facultad de efectuar una declaración unilateral en la que se comprometa a aplicar los Convenios y el Protocolo en relación con ese conflicto; tal la declaración que en virtud de esta norma el 21-VI-1989 efectuara la Organización para la Liberación de Palestina (O.L.P.) cuyo texto puede consultarse en www.icrc.org/ihl.nsf

bajo la influencia de los Estados Unidos, se gesta una nueva institución: el reconocimiento de la beligerancia cuando el Estado se enfrenta a fuerzas disidentes. Este reconocimiento colocaba a los terceros Estados en situación de neutralidad ante quienes combatían puesto que tenía por efecto tornar aplicables las normas del derecho de la guerra entre las partes²¹. Después de la Segunda Guerra Mundial el desarrollo de los acontecimientos condujo a que, dejándose de lado el reconocimiento de beligerancia²², se regulen en el ordenamiento positivo situaciones que no siendo de índole internacional surgen en el territorio de un Estado sin que ello surta efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. Esta regulación, contenida en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, establece una serie de obligaciones que, como mínimo, habrán de respetar por igual todas las partes en el conflicto con relación a las personas que no participan directamente en las hostilidades o que han dejado de participar en ellas por haber sido puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa²³.

La norma fija sólo dos recaudos para ser aplicable –que el conflicto no sea de índole internacional y que surja en el territorio de un Estado Parte a los Convenios²⁴– con lo que deja un amplio margen a la interpretación. Cuando en 1977 se adoptó el Protocolo II Adicional a los Convenios de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, si bien se expresó que desarrolla y completa el artículo 3 común, se especificó su ámbito de aplicación. En efecto, en su texto se puntualiza que las disposiciones son pertinentes cuando se

²¹ Estados Unidos y el Reino Unido reconocieron el estado de beligerancia en relación y con colonias Españolas en Sudamérica y en América central y durante la Guerra de Secesión, el Presidente Lincoln impuso un bloqueo naval a las costas del Sur lo que motivó que el Reino Unido proclamase la neutralidad y el reconocimiento de los Estados Confederados, interpretando que se trataba de una situación de beligerancia; el reconocimiento de beligerancia se diferencia del reconocimiento de insurgentes puesto que éste último ha de emanar del gobierno que se intenta derrocar, quien tiene la capacidad de determinar los efectos de su acto.

²² Durante la guerra civil española, que se desarrolló entre 1936 y 1939, no medió reconocimiento de beligerancia por parte de terceros Estados.

²³ Convenios, artículo 3 común en el que se prohíben los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

²⁴ En lo que hace a este requisito cabe recordar que al presente prácticamente todos los Estados son parte a los Convenios de 1949 por lo que, por el hecho de su aceptación generalizada, tengan a más de una naturaleza convencional el carácter de derecho consuetudinario, C.I.J., caso de *las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua*, excepciones, (Nicaragua c. Estados Unidos de América), C.I.J., Recueil, 1984.

enfrenten las fuerzas armadas del Estado y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que estén bajo la dirección de un mando responsable y que ejerzan sobre una parte del territorio del Estado un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las normas pertinentes del derecho internacional humanitario²⁵. Es decir que su ámbito material aparece más restringido que la norma que desarrolla y completa aun cuando se brinde una más amplia protección al incorporar, si bien implícitamente, el principio de distinción entre la población civil y los combatientes así como también disposiciones referidas a la conducción de las hostilidades²⁶.

Ahora bien, en el texto del Protocolo II se precisa que no se modifican las condiciones de aplicación del artículo 3 común por lo que, a la luz de ambas disposiciones, es dable interpretar que en un tipo de conflicto armado sin carácter internacional habrán de participar necesariamente las fuerzas armadas del Estado y que el grupo armado habrá de tener un cierto control territorial, en tanto que en el otro la participación de las fuerzas armadas del Estado no es recaudo de su aplicación así como tampoco lo es un eventual control territorial²⁷. Esta última alternativa en la que los enfrentamientos pueden tener como partes tanto a autoridades gubernamentales como a grupos armados organizados, tal como lo verificó el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia²⁸ y lo recoge el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se presenta cuando en el territorio de un Estado la violencia armada se prolonga²⁹. Es decir, que el requisito

²⁵ Protocolo II, art. 1.

²⁶ *ibid.*, Título IV, Población civil, en el que a más de establecerse que la población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares, se incorporan una serie de prohibiciones en lo que hace a métodos de combate y a objetos que no han de ser atacados.

²⁷ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (T.P.I.R.) en el caso *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2-IX-1998, señaló que en el derecho internacional humanitario debe hacerse una clara distinción, en cuanto al ámbito de aplicación, entre las situaciones de conflicto armado internacional en las que todas sus normas resultan pertinentes; situaciones de conflicto armado sin carácter internacional en las que se aplica el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II; y los conflictos armados que no son de índole internacional en los que sólo tienen pertinencia las disposiciones del artículo 3 común.

²⁸ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-AR72, *Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995, parag.70, en el que el Tribunal expresó que un conflicto armado existe cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o a la violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos, en el territorio de un Estado.

²⁹ Estatuto Corte Penal Internacional (Estatuto C.P.I.), art. 8. 2 f) en relación con las violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en este tipo de conflictos armados que constituyen crímenes de guerra de la competencia del Tribunal al darle tal carácter a conductas prohibidas en el Protocolo II, el Reglamento Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 y la Convención sobre la Seguridad del Personal las Naciones Unidas y el Personal Asociado; C.P.I., *The Prosecutor v.*

para considerar en la especie que se configura un conflicto armado sin carácter internacional es la prolongación de la violencia y no una eventual intervención de las fuerzas armadas de un Estado en el conflicto.

En estos supuestos la regulación no está dirigida ya a relaciones entre Estados sino a relaciones entre el Estado –sus fuerzas armadas– y aquéllos que en razón del conflicto se encuentren en su jurisdicción sin participar o habiendo dejado de participar directamente en las hostilidades así como también a las relaciones entre aquéllos que, sin ser Estado, son parte en las hostilidades; esto es, grupos armados con un cierto grado de organización que tengan la capacidad de planificar y llevar a cabo operaciones militares por un tiempo prolongado³⁰, sea que se enfrenten a las fuerzas armadas del Estado o que la otra parte sea también un grupo que opere en idénticas condiciones. Por cierto, siempre es posible que un conflicto armado sin carácter internacional evolucione internacionalizándose, en razón de la participación de terceros Estados que ejerzan sobre alguna de las partes un control global que la constituya en órgano *de facto* de ese Estado, lo que implica no sólo el financiamiento o el equipamiento sino que también puede incluir la planificación y la supervisión de operaciones militares aun cuando no sea necesario que las órdenes o instrucciones se refieran específicamente a cada acción militar en particular³¹.

En todo supuesto, los grupos armados que son parte en un conflicto sin carácter internacional están obligados por las normas pertinentes del

Lubanga Dylo Thomas, Case N° ICC-01/04-01/06-803, *Decision on the confirmation of charges*, 29-I-2007, parags. 229-237, en el que la Sala de Cuestiones Preliminares entendió que la norma en cuestión es aplicable cuando a) la violencia alcanza una cierta intensidad y se prolonga y b) el grupo armado tiene un cierto grado de organización, en particular la capacidad de planear y llevar a cabo operaciones militares por un periodo prolongado; el acusado fue fundador de la Unión de Patriotas Congoleños (UPC) y su Presidente y fundador de las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo (FPLC) de la que fue Comandante en Jefe, imputándosele la comisión del crimen de guerra de reclutar o alistar a niños menores de 15 años o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades en el conflicto armado internacional que se desarrolló de septiembre de 2002 al 2-VI-2003, al haber ocupado Uganda la región de Ituri.

³⁰ C.P.I., *The Prosecutor v. Lubanga Dylo Thomas*, Case N° ICC-01/04-01/06-803, *Decision on the confirmation of charges*, 29-I-2007, parag. 234, al precisar que el conflicto armado en Ituri, entre el 2-VI-2003 y diciembre 2003, evolucionó pasando a ser un conflicto armado sin carácter internacional en el que los grupos armados luchaban entre si por el control de determinadas regiones.

³¹ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-A, *Judgement*, 15-VII-1999, parags. 84,120, 145.

³² SASSOLI, MARCO Y OLSON, LAURA M. «The relationship between international humanitarian law and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts», *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action - Human rights*, vol. 90, N° 871, September 2008, pp. 616, donde se señala que este tipo de situaciones requiere precisas reglas de empeñamiento -rules of engagement- para cada operación que se planifique a fin de que el soldado sepa cuáles son las que ha de aplicar.

derecho internacional humanitario y por las internas del Estado en cuyo territorio se desarrolla el conflicto en tanto que las fuerzas armadas del Estado en cuestión han de adecuar sus comportamientos a dicho ordenamiento jurídico así como también a las reglas que fuesen aplicables a la situación del derecho internacional de los derechos humanos en aquellos espacios en los que mantengan un control efectivo³².

La distinción entre los dos tipos de conflictos –conflictos armados internacionales y conflictos armados sin carácter internacional– y la distinta regulación jurídica de unos y otros encuentra su explicación en la soberanía de los Estados que recién después de la Segunda Guerra Mundial convienen en aceptar una normativa internacional en asuntos que tradicionalmente consideraban de su jurisdicción interna.

III. Otras situaciones

El derecho internacional humanitario se aplica a los conflictos armados sin carácter internacional pero no todo enfrentamiento configura este tipo de conflictos. Por ende, si de lo que se trata es de situaciones de tensión interna y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados, sus disposiciones no son pertinentes³³. Ahora bien, en muchos casos la distinción entre una y otra situación puede presentar dificultades, lo que implica dificultades en cuanto a la regla jurídica que resulte procedente en la especie; esto es, el derecho internacional humanitario como *lex specialis*, complementado –quizás– por normas que pudiesen corresponder del derecho internacional de los derechos humanos o, exclusivamente, este último ordenamiento.

Con el objeto de distinguir las situaciones de tensión interna de los conflictos armados sin carácter internacional se acude a una serie de elementos que contribuye a caracterizarlas. De este modo, se suele entender que si los actos de violencia son esporádicos³⁴; si los protagonistas de esos actos no pertenecen a grupos organizados³⁵ –esto es, grupos que estén

³³ Protocolo Adicional II, art. 1.2; Estatuto C.P.I., art. 8. 2 f) en el que se expresa que la tipificación de crímenes de guerra cuya competencia se atribuye a la Corte en el inciso e) de este artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar.

³⁴ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Fatmir Limaj et al.*, Case N° IT-03-66-T, *Judgement*, 30-XI-2005, para. 90 en el que el Tribunal enumera factores a considerar para determinar la intensidad de los enfrentamientos

³⁵ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-AR72, *Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995, parag. 70, en el que el Tribunal pone el énfasis en el elemento temporal y en la organización del grupo para caracterizar un conflicto armado sin carácter internacional. El mismo criterio se sigue en el Estatuto C.P.I., art. 8.2 f); en

puestos bajo mando responsable de la conducta de sus miembros-; si el Estado no se ve obligado a recurrir a sus fuerzas armadas en razón de que las fuerzas policiales están en condiciones de imponer el orden a pesar de la violencia y la duración de los enfrentamientos; si las operaciones que llevan a cabo estos grupos no son operaciones de tipo militar al no emplear tácticas que son propias de la doctrina militar; así como tampoco respetar los principios de necesidad y proporcionalidad en la elección de objetivos militares o no emplear armamento o métodos de combate autorizados por el ordenamiento jurídico, no se configuraría un grupo organizado que –como tal– tuviese la condición de parte en un conflicto armado y, por ende, no se estaría en presencia de un conflicto armado sin carácter internacional por lo que no correspondería la aplicación de las normas pertinentes del derecho internacional humanitario³⁶. Sin embargo, ha de recordarse que ni en un conflicto armado sin carácter internacional, ni en una situación de tensión interna, el derecho internacional humanitario o el derecho internacional de los derechos humanos impiden sancionar penalmente en el derecho interno las conductas que configuran una u otra situación; sea que las lleven a cabo fuerzas armadas disidentes o bien miembros de grupos armados organizados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en su criterio la línea que separa una situación particularmente violenta de disturbios internos de un conflicto armado sin carácter internacional muchas veces es difusa y por lo tanto no es fácil hacer una determinación. Ello no obstante, apartándose del criterio de los tribunales penales internacionales, ha sostenido que a su juicio lo trascendente es que las acciones emprendidas por los atacantes sean actos hostiles concertados

C.P.I., *The Prosecutor v. Lubanga Dylo Thomas*, Case N° ICC-01/04-01/06-803, *Decision on the confirmation of charges*, 29-I-2007, parags. 229-237; el concepto de conflicto armado sentado en el caso *Tadic* es propuesto por el Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional en materia de los Efectos de los conflictos armados en los tratados para definir conflicto armado en el art. 2 b) –Términos empleados– del proyecto, aun cuando en la especie se aclara que no se incluiría lo relativo a los conflictos entre grupos armados ya que el proyecto se aplicaría a tratados en los que al menos uno de los Estados contratantes participase en el conflicto armado; opinión con la que la mayoría de los miembros de la CDI concordó; véase ONU, Documentos Oficiales A/ 65.10, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*-62 período de sesiones, 3 de mayo al 4 de junio y 5 de julio al 6 de agosto de 2010.

³⁶ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Boskoski*, Case N° IT-04-82, *Judgment*, 10-VII-2008, parag. 199-203, en el que Tribunal señala una serie de factores que pueden ser tomados en cuenta en lo que hace a los grupos armados no gubernamentales; T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Fatmir Limaj et al.*, Case N° IT-03-66-T, *Judgement*, 30-XI-2005, para. 90, en el que se ponen de relieve factores que hacen a su organización y T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Haradinaj, Ramush.*, Case N IT-04-84-T, *Judgement*, 3-IV-2008, paras. 63-88, en el que el criterio de organización está referido a la existencia de estructura de comando, normas de disciplina, control de territorio, entrenamiento militar, estrategia y táctica militar.

—esto es, que se trate de un ataque armado cuidadosamente planificado, coordinado y ejecutado contra un objetivo militar— en los que participen directamente fuerzas armadas del gobierno; y ello, a pesar de que el choque fuese de corta duración³⁷.

Se ha sostenido, también, que para establecer el carácter de los enfrentamientos han de tomarse en cuenta los motivos que impulsan al grupo a combatir, considerándose que sólo se configuraría un conflicto armado cuando el objetivo fuese político y no cuando se tratase de una organización criminal. Sin embargo, se objeta que los fines no siempre son fáciles de identificar puesto que sería posible que se llevase a cabo un tráfico de drogas o de armas, o se realizarasen secuestros, con el propósito de financiar las operaciones militares de naturaleza política³⁸.

Ahora bien, las dificultades que se presentan en este siglo XXI para determinar si una situación es un conflicto armado no se limitan a la distinción entre situaciones de tensión interior y los conflictos armados sin carácter internacional, sino que también pueden suscitarse en relación con otros hechos; tal el caso de la llamada «guerra contra el terrorismo» que habilitaría acciones de prevención más allá de las fronteras del Estado contra grupos terroristas o contra gobiernos que los acogen.

Los atentados consumados el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos conducen al planteo de cuestiones vinculadas al marco jurídico de estos hechos y de las acciones consecuentes. En ese sentido cabría interrogarse si a partir de ese momento una nueva forma de guerra, precisamente la guerra contra el terrorismo, excede la regulación del derecho internacional humanitario. Sin embargo, ha de tenerse presente que los hechos del 11 de septiembre no se presentaron como actos aislados. El 7 de agosto de 1998 se habían perpetrado ataques terroristas con bombas en las embajadas de Estados Unidos en Nairobi y en Dar-es-Salaam que habían merecido una enérgica condena del Consejo de Seguridad de la O.N.U. y un llamamiento a todos los Estados para capturar a los autores y entregarlos a la justicia³⁹. Muy poco después el órgano, expresando su

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Abella y otros v. Argentina*, Case 11.137, Informe 55/7, CIDH.OEA/Ser/L/V/11.97 (nov.18, 1997), para.153-156.

³⁸ Vité Sylvain, «Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations» en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Typology of armed conflicts*, vol. 91, N° 873, March 2009, p. 78, con sustento en T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Fatmir Limaj et al.*, Case N° IT-03-66-T, *Judgment*, 30-XI-2005, parag. 170, en el que, ante el argumento de la defensa de que las operaciones llevadas a cabo por las fuerzas Serbias en 1998 no tenían por objetivo vencer al Ejército de Liberación de Kosovo sino llevar a cabo una «limpieza étnica» se sostuvo que el propósito que conduce a las fuerzas armadas a la violencia o al logro de determinados objetivos es irrelevante.

³⁹ Consejo de Seguridad, Resolución 1189 (1998); desde 1996, con la Resolución 1076 (1996) el órgano venía expresando su preocupación por el enfrentamiento militar en Afganistán que creaba un campo propicio para el terrorismo y el tráfico de estupefacientes.

profunda preocupación por la persistencia del conflicto en Afganistán, reafirmaba que todas las partes en el conflicto tienen el deber de cumplir las obligaciones que les imponen el derecho internacional humanitario y, en particular, los Convenios de Ginebra de 1949, exigiendo a los talibanes que se abstuviesen de dar santuario y adiestrar a terroristas internacionales y sus organizaciones y que todas las facciones afganas cooperasen con los esfuerzos para enjuiciar a los inculpados de actos de terrorismo⁴⁰. Estas exigencias fueron desoídas, constituyendo una amenaza para la paz y la seguridad internacionales por lo que el Consejo de Seguridad, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta exigió que los talibanes entregaran sin más demora a Usama bin Laden (sic) a las autoridades competentes de un país donde haya sido objeto de un auto de acusación o a las autoridades competentes de un país a donde haya de ser devuelto o a las autoridades competentes de un país donde sea detenido y enjuiciado⁴¹. No obstante las medidas que acompañaban esta resolución, una vez más, la decisión no fue acatada por lo que el Consejo, tomando nota del auto de acusación de Usama bin Laden y sus asociados emitido por los Estados Unidos, entre otras cosas por la colocación de bombas en las embajadas en Kenia y Tanzania, reiteró la exigencia y adoptó nuevas medidas⁴². La respuesta, precisamente, no fue la entrega de bin Laden sino los ataques contra las «torres gemelas» en Nueva York, así como los que se llevaron a cabo en Washington y Pennsylvania. La reacción inmediata del Consejo de Seguridad⁴³, concordante con la de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (NATO) y la del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), fue la de considerar que el 11 de septiembre implicó un «ataque armado», habilitando el ejercicio de la legítima defensa⁴⁴; esto es, la respuesta armada al ataque indiscriminado, fundamentalmente, contra la población civil⁴⁵.

⁴⁰ *ibid.*, Resolución 1214(1998); ya en la Resolución 1193 (1998) había reiterado la preocupación por la permanencia de terroristas en el territorio de Afganistán y había exigido a las facciones afganas que se abstengan de acoger y entrenar a terroristas y sus organizaciones.

⁴¹ *ibid.*, Resolución 1267(1999).

⁴² *ibid.*, Resolución 1333 (2000).

⁴³ *ibid.*, Resolución 1368 (2001).

⁴⁴ Carta O.N.U., art. 51 conforme al cual ninguna disposición de la Carta menoscaba el ejercicio del derecho inmanente a la legítima defensa individual o colectiva de todo Estado contra un ataque armado.

⁴⁵ El Convenio IV de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, aplicable a los conflictos armados internacionales, art. 33 prohíbe expresamente toda medida de terrorismo y el Protocolo Adicional I, art. 51.2, prohíbe tanto los actos como las amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil. Asimismo, el Protocolo Adicional II, art. 4.2 d), aplicable a los conflictos armados sin carácter internacional, prohíbe en todo tiempo y lugar con respecto a todas las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas los actos de terrorismo. El Reglamento Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907 ya prohibía como medio de hacer daño al enemigo declarar que no se dará cuartel.

Si este tipo de ataques da lugar al uso actual de la fuerza armada como respuesta, indudablemente los principios que han de aplicarse son los del derecho internacional humanitario; principios que en reiteradas ocasiones con motivo de la situación en Afganistán el Consejo de Seguridad había señalado que debían ser respetados. Es decir que aun en estos casos, en razón de la separación estricta que existe entre *el jus in bello* y *el jus ad bellum*, la aplicación de sus normas es independiente de las causas del conflicto, debiendo rechazarse todo postulado discriminatorio si se quiere evitar el resultado inaceptable de una guerra sin restricciones⁴⁶. En todo supuesto, e independientemente del contexto en el que se lleven a cabo actos cuya finalidad sea causar terror y del hecho de que el grupo tenga un accionar transnacional, parecería no ofrecer dudas de que, al menos, habrán de ser respetadas en esta 'guerra' las prohibiciones contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 ya que al tener el carácter de obligaciones mínimas que le asigna la norma han de ser aplicadas en todo recurso a la violencia armada independientemente de la calificación que se le dé al conflicto⁴⁷. De este modo, está prohibido en todo tiempo y lugar por lo que atañe a quienes no participen directamente o hayan dejado de participar en tales actos los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; la toma de rehenes; los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales, reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

⁴⁶ BUGNION, FRANCOIS, «Guerra justa, guerra de agresión y derecho internacional humanitario», *Revista Internacional de la Cruz Roja (R.I.C.R.)*, vol. 84, n 847, septiembre 2002.

⁴⁷ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, Case N° IT-94-1-AR72, *Appeals Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, 2-X-1995, en el que el Tribunal entendió que si las prohibiciones contenidas en el art. 3 común constituyen el mínimo que han de respetar las partes involucradas en un conflicto armado sin carácter internacional es razonable que ese mínimo deba respetarse en todo tipo de conflicto armado; United States Supreme Court, *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S.557 (2006), pp.66-69, en el que el Tribunal consideró que el artículo 3 común es aplicable a los miembros de Al Qaeda y a las personas asociadas con esta organización que se detuviesen con motivo de la guerra contra el terrorismo en razón del conflicto armado sin carácter internacional entre dicho grupo y los Estados Unidos; precisando que la expresión «conflicto armado que no sea de índole internacional» del artículo 3 es empleada en contraposición al conflicto entre Estados por lo que cabía desestimar el argumento del Estado según el cual al tener alcance internacional el conflicto con Al Qaeda no puede considerarse como sin carácter internacional. Por ende, no cabe sostener que las personas detenidas en otros países a raíz de la guerra contra el terrorismo se encuentren en una suerte de vacío jurídico; véase, entre otros, Borelli, Silvia, «Echar luz sobre un vacío jurídico; el derecho internacional y las detenciones en el extranjero en el marco de la 'guerra contra el terrorismo'», *R.I.C.R.*, n 857, marzo 2005, pp.39 y ss.

Por otra parte, bueno es tener en cuenta que muchos de los actos cuyo origen se considera terrorista en el derecho internacional humanitario son entendidos como infracciones graves a sus normas, constituyendo crímenes de guerra. Tal el caso del empleo de armas tóxicas o el ataque o los bombardeos por cualquier medio de ciudades, pueblos, viviendas, o edificios no defendidos⁴⁸. Ello, sin perjuicio de tratados específicos que –adoptados a nivel universal y regional– tipifican conductas como ilícitas, teniendo por objeto la lucha contra el terrorismo⁴⁹. Como un autor señalara, las prohibiciones y límites del derecho internacional de los conflictos armados aparecen como específicamente aplicables a diversas categorías de actos de terrorismo⁵⁰. La llamada ‘guerra contra el terrorismo’ no es, entonces, una forma de guerra nueva que escape a toda regulación jurídica; esta guerra, al igual que todas las guerras es un conflicto armado en el que Estados luchan contra actores no-estaduales⁵¹ sin que la asimetría

⁴⁸ Reglamento Anexo a la Convención IV de La Haya de 1907, art. 23 a) y e) y art. 25; Protocolo Adicional I, art. 85.3.d); Estatuto C.P.I. art, 8 2) b) v) y xviii).

⁴⁹ En el ámbito universal: Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, Tokio, 1963; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, La Haya 1970, aprobado por la Argentina por decreto-ley 19.793; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, Montreal, 1971, aprobado por ley 20.411; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional, Montreal, 1988, aprobado por ley 23.915; Convención para la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, Nueva York, 1973, aprobado por ley 22.509; Convención internacional contra la toma de rehenes, Nueva York, 1979, aprobada por ley 23.956; Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, Viena 1980, aprobada por ley 23.620; Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima, Roma 1988, aprobado por ley 24.209; Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, Roma 1988, aprobado por ley 25.771; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, Montreal, 1991; Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, Nueva York, 1997, aprobado por ley 25.672; Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo internacional, Nueva York 1999, aprobado por ley 26.024; Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, 2005. En el ámbito regional: Convenio Interamericano contra el terrorismo, 1971; Convenio de Katmandú sobre la eliminación del terrorismo, 1987; Convenio de El Cairo, 1998; Convenio de Estrasburgo sobre la represión de terrorismo; 1977, incorporado al derecho de la Unión Europea por el Acuerdo de Dublín de 1979, ámbito en el que se adoptaron medidas contra el terrorismo en los Acuerdos de Maastricht de 1992 y de Amsterdam de 1997.

⁵⁰ SWINARSKI, CHRISTOPHE, «Del terrorismo en el derecho internacional público», trabajo que según señala el autor procede de sus conferencias en la Escuela Superior de Guerra Aérea, Lima, 2001; en la Pontificia Universidad Católica en San Pablo, 2001; en el Instituto Rio Branco de Brasilia, 2001 y en el Raoul Wallenberg Institute en Lund, 2002.

⁵¹ Véase el «Interview with Peter Wallesnsteen» en «I.R.R.C. – *separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Typology of armed conflicts*, vol. 91, N° 873, March 2009, p. 9.

entre unos y otros sea argumento suficiente para sostener que una falta de reciprocidad en el respeto de las normas habilite a la otra u otras partes a su no aplicación o que haya que dejar de lado el principio conforme al cual las leyes y usos de la guerra se aplican por igual a todos los beligerantes, independientemente de la legalidad o legitimidad que cada uno de ellos pueda invocar⁵².

Otra cuestión, también directamente vinculada con la caracterización de una situación como conflicto armado, y por ende con la pertinencia de la aplicación del derecho internacional humanitario, es la referida a las denominadas operaciones extraterritoriales de defensa –*extraterritorial self-help operations*– llevadas a cabo por un Estado en el territorio de otro, sin su consentimiento, contra individuos o grupos sospechados de actividades criminales; operaciones que en ocasiones asumen la forma de acciones policiales y en otras se asemejan más a operaciones de tipo militar⁵³. Una vez más ha de señalarse que en este último supuesto cabe interpretar que el recurso a la violencia armada, objetivamente, torna aplicables los principios del derecho internacional humanitario, siendo similar en este aspecto la situación que puede plantearse cuando en Estados desestructurados, en los que los gobiernos no están en condiciones de proveer a la seguridad de los que allí habitan y controlar la violencia que se desata entre grupos armados, trascendiendo sus fronteras, terceros Estados desarrollan acciones tendientes a imponer el respeto del derecho; esto es, las denominadas *law enforcement operations*⁵⁴. Los Estados desestructurados, en los que sus órganos ya no existen o están tan debilitados que

⁵² PAULUS A. Y VASHAKMADZE, M., «Asymmetrical war and the notion of armed conflict -a tentative conceptualization», en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Typology of armed conflicts*, vol. 91, N° 873, March 2009, p. 121; Roberts, Adam, «The equal application of the laws of war: a principle under pressure» en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Direct participation in hostilities*, vol. 90, N° 872, December 2008, pp. 931 y sigs.; y en el mismo volumen Moussa, Jasmine, «Can *jus ad bellum* override *jus in bello*? Reaffirming the separation of the two bodies of law», pp. 963 y ss.

⁵³ En una declaración del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia referidas a un campamento de las Fuerzas Armadas Revolucionarios de Colombia (FARC) y operaciones llevadas a cabo en Ecuador el 1 de marzo de 2008 se expresó que Colombia no había violado la soberanía sino que había actuado de conformidad con el principio de legítima defensa.

⁵⁴ Los actos de piratería y robo a mano armada cometidos contra buques en las aguas territoriales y en alta mar frente a las costas de Somalia motivaron que el Consejo de Seguridad de la O.N.U. en las Resoluciones 1816 (2008), 1851 (2008), y 1897 (2009), autorizase a los Estados que cooperasen con el Gobierno Federal de Transición a entrar en las aguas territoriales de Somalia y usar todos los medios necesarios con el fin de reprimirlos; Geis, Robin, «Armed violence in fragile states: Low-intensity conflicts, spillover conflicts, and sporadic law enforcement operations by third parties» en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Typology of armed conflicts*, vol. 91, N° 873, March 2009, pp. 127 y sigs.

no pueden ejercer sus competencias, suelen dejar vacíos de poder que intentan ser llenados por grupos armados que combaten entre sí por el control territorial. Si bien la organización de estos grupos genera en muchas ocasiones falta de disciplina, condiciones de seguridad precarias, proliferación de armas que son usadas también por civiles, falta de respeto por la vida y por la integridad física y psíquica de las personas, ello no comporta que el mínimo de protección establecido por el derecho internacional humanitario sea inaplicable y que sus prohibiciones no tengan vigencia; en todo caso, tales situaciones sólo darán lugar a que la implementación de sus disposiciones exija un esfuerzo adicional.

Por cierto, aun en estos últimos supuestos siempre puede quedar abierto un interrogante con relación a determinar si el conflicto es un conflicto armado internacional o un conflicto armado sin carácter internacional –quizás la primera situación podría configurarse cuando el grupo en algún modo pudiese asimilarse a un agente del Estado⁵⁵ en tanto que en la segunda no estarían involucradas fuerzas armadas del Estado territorial– o, si acaso, en el mismo escenario y simultáneamente se pudiesen estar desarrollando los dos tipos de conflictos sin ser las mismas todas las partes que participan en los enfrentamientos⁵⁶. El interrogante estará referido, particularmente, con relación a las normas convencionales que en uno y otro supuesto cabe aplicar, desde que, si bien algunas pueden coincidir, la regulación no es idéntica⁵⁷. De allí la pertinencia de la aplicación

⁵⁵ En el Informe del 23-XI-2006 de la Comisión establecida por el Consejo de Derechos Humanos de la O.N.U. con relación al conflicto armado que había tenido lugar ese año entre el Estado de Israel y el Hezbollah se entendió que se trató de un conflicto armado internacional en virtud del vínculo orgánico existente entre Hezbollah y el Líbano; y ello, a pesar de no haberse argumentado en el sentido de que el grupo armado hubiese actuado en el interés del Estado territorial siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia al juzgar a Dusko Tadic cuando entendió que un conflicto armado puede internacionalizarse pero ello si alguna de las partes actúa en el interés de otro Estado, Case N° IT-04-1-A., *Judgement*, 15-VII-1999, parag. 84.

⁵⁶ En el caso del Líbano, al que se hace referencia en la nota precedente, también podría considerarse que si las acciones de Hezbollah no son atribuibles al Líbano el conflicto entre Israel y este grupo sería sin carácter internacional en tanto que entre Israel y Líbano si tendrían carácter internacional; Paulus A. y Vashakmadze, M., «Asymmetric war and the notion of armed conflict-a tentative conceptualization» en *I.R.R.C. – separata Humanitarian debate: Law, policy, action – Typology of armed conflicts*, vol. 91, N° 873, March 2009, p. 115.

⁵⁷ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Akayesu, Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2-IX-1998, señaló que en el derecho internacional humanitario debe hacerse una clara distinción, en cuanto al ámbito de aplicación, entre las situaciones de conflicto armado internacional en las que todas sus normas resultan pertinentes; situaciones de conflicto armado sin carácter internacional en las que se aplican el artículo 3 común y el Protocolo Adicional II; y los conflictos armados que no son de índole internacional en los que sólo tienen pertinencia las disposiciones del artículo 3 común; desde un enfoque doctrinario, en contra, al postular la pertinencia de un conjunto normativo

y el respeto de los principios generales que emanan del derecho internacional humanitario. En ese sentido, desarrollando el contenido de estos principios a la luz de la práctica de los Estados, aun cuando no siempre generando convergencias de posiciones⁵⁸, se ha señalado que en toda situación de conflicto armado, conforme al derecho consuetudinario, estarían prohibidos los ataques contra la población civil así como los ataques indiscriminados; ha de distinguirse entre bienes de carácter civil y objetivos militares; debe respetarse el principio de proporcionalidad en el ataque; han de tomarse las medidas de precaución en el ataque y contra los efectos de los ataques; ha de protegerse y respetarse al personal sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios, la misión médica y los periodistas civiles; está prohibido lanzar ataques contra zonas protegidas así como no dar cuartel o recurrir a la perfidia; está prohibido hacer padecer hambre; ha de brindarse acceso a la ayuda humanitaria; están prohibidos los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil; han de respetarse las garantías fundamentales de las personas civiles y de los puestos fuera de combate, se han de buscar, respetar y proteger a los heridos, los enfermos y los naufragos; se han de buscar y proteger a las personas fallecidas; se han de proteger a las personas privadas de libertad; están prohibidos los desplazamientos forzados de la población civil; y las mujeres y los niños han de ser objeto de protección especial⁵⁹.

No obstante estos debates sobre la pertinencia de la aplicación de los principios generales del derecho internacional humanitario, su sentido y alcance, resulta interesante señalar que en una situación en la que inicialmente se denegó la aplicación de esta normativa al sostenerse que las personas detenidas en la base de Guantánamo eran 'combatientes ilegales' y que por ende no les eran aplicables estos principios, finalmente la propia Corte Suprema de Justicia del Estado que mantenía esta posición –los Estados Unidos– en una primera decisión resolvió que tenían el derecho de impugnar los hechos en que se basaba la detención, agregando uno de

único para los conflictos armados, Stewart, James G., *Hacia una definición única de conflicto armado en el derecho internacional humanitario. Una crítica de los conflictos armados internacionalizados*. R.I.C.R., n 850, 2003, pp. 1 y sigs.

⁵⁸ BELLINGER, JOHN B. III y HAYNES, WILLIAM J. II, *A US government response to the ICRC study Customary International Humanitarian Law*, I.R.R.C., vol. 89, n 866, 2007

⁵⁹ Véase el *Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario*, realizado por el CICR y publicado por Cambridge University Press, 2005, cuyos principios rectores, metodología y principales resultados pueden consultarse en HENKAERTS, JEAN-MARIE, «Estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados» en *R.I.C.R. – separata Derecho Consuetudinario*, vol. 87, N° 857, marzo 2005; en la lista de las normas consuetudinarias aplicables a todo tipo de conflicto se mencionan las normas que allí se enumeran como 1, 25, 27-30, 26, 53, 54, 87-105, 109-111, 112-113, 118-119, 121, 125, 129, 134-137, 7-10, 11-24, 31-32, 34-37, 46-48, 55-65.

los jueces que, de larga data, el Tribunal había señalado con toda claridad que el estado de guerra no es un cheque en blanco para el Presidente cuando se trata de los derechos de los ciudadanos de la nación⁶⁰. En una segunda decisión el Tribunal fue aún más explícito, sosteniendo la aplicación de las garantías del debido proceso contenidas en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 en lo que se refiere al juzgamiento de individuos capturados en Afganistán durante el conflicto entre los Estados Unidos y Al Qaeda⁶¹.

Conclusiones

El derecho internacional humanitario se aplica a toda situación de conflicto armado, de allí la importancia de establecer si una determinada situación lo configura y, a más, en razón de la distinción de la normativa pertinente, determinar si se trata de un conflicto armado internacional o de un conflicto armado sin carácter internacional.

Un punto de partida para un análisis de estas cuestiones puede encontrarse en la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia cuando en uno de los primeros casos en los que debió intervenir señaló que un conflicto armado existe cuando se recurre a la fuerza armada entre Estados o la violencia armada se prolonga entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos, en el territorio de un Estado.

Estos conceptos –recogidos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y adoptados por la Comisión de Derecho Internacional como base de sus trabajos en uno de los temas que actualmente aborda– tienen amplio alcance puesto que, en primer lugar, señalan que el hecho objetivo del empleo de la fuerza armada por un Estado contra otro Estado torna aplicables las normas de este ordenamiento jurídico, independientemente de la intensidad de los combates o de su duración ya que ningún otro requisito se menciona al hacerse referencia a las relaciones de fuerza entre Estados. Por cierto, estas relaciones pueden instaurarse cuando las operaciones militares se llevan a cabo por las fuerzas armadas de los Estados, aun cuando uno de ellos no reconozca el estado de guerra, pero también cuando los combates se desarrollan entre el ejército de un Estado y tropas armadas que actúen en el interés o bajo el control global de un tercer Estado o cuando un Estado ocupa efectivamente en todo o en parte el territorio de otro Estado. Así, sobre la base del derecho positivo, tal como lo verifica la jurisprudencia internacional, estas situaciones confi-

⁶⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, *Yaser Esam Hamdi y Esam Fouad Hamdi as next friend of Yaser Esam Hamdi, Petitioners v. Donald H. Rumsfeld, Secretary of Defense et al*, decisión del 28-VI-2004.

⁶¹ *Ibid.*, *Salim Ahmed Hamdan, Petitioner v. Donald H. Rumsfeld and others*, decisión del 29-VI-2006.

guran un conflicto armado y al tratarse de un hecho interestadual este tipo de conflictos tienen el carácter de internacional, aplicándosele las normas pertinentes.

Pero la afirmación del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia no se detiene en la consideración de los conflictos armados internacionales sino que también afirma dos supuestos más de situaciones que configuran conflictos armados. Esto es, cuando media la violencia armada y los protagonistas son las fuerzas armadas del Estado y grupos armados organizados, pero también cuando la violencia se instaura entre grupos armados organizados sin que medie la participación de fuerzas armadas del Estado. En uno y otro caso, para que exista un conflicto armado, es requisito inexcusable que los grupos armados tengan un cierto grado de organización que les posibilite planificar y llevar a cabo operaciones militares por un tiempo prolongado. Esto es, que la organización y la prolongación de la violencia tipifican a la situación como un conflicto armado sin carácter internacional al que se le han de aplicar, también en este caso, las normas que son las determinadas por el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, todo recurso a la fuerza armada conduce inexorablemente a la aplicación del derecho internacional humanitario, con independencia de invocaciones de legalidad o legitimidad en las que se intente fundamentar su empleo. Y ello, al menos, en lo que hace al respeto de las obligaciones impuestas a cada una de las partes en conflicto en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, puesto que – siguiendo una vez más la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia– ha de concordarse con esta instancia en que si las prohibiciones contenidas en dicha norma constituyen el mínimo que han de respetar las partes involucradas en un conflicto armado sin carácter internacional, es razonable que ese mínimo deba respetarse en todo tipo de conflicto armado; respeto que se impone a todas las partes, sea cual fuese su carácter, se encuentren debilitadas las estructuras estatales o lo esté la cadena de mando de los grupos que pretenden hacerse con el poder, se trate de un conflicto de identidades en el que con el desplazamiento o el exterminio de la población se persiga una limpieza étnica, se invoque luchar contra el terrorismo o llevar a cabo operaciones extraterritoriales de defensa o de imposición de respeto del derecho.

En substancia, si de lo que se trata es del amparo de aquellos que no participan o de los que han dejado de participar en las hostilidades, la implementación del derecho internacional humanitario en una situación de excepción, como lo es la que se presenta cuando se recurre a la fuerza armada, es la vía adecuada para preservar la dignidad del ser humano. Por cierto, no es tarea sencilla, pero la difusión de su normativa puede ser una de las vías que contribuya a lograr el objeto y el fin de este ordenamiento jurídico.

Buenos Aires, diciembre de 2010

**CARLOS CALVO.
UN DESTACADO PUBLICISTA
ARGENTINO EN EL SIGLO XIX**

*CARLOS CALVO.
DISTINGUISHED ARGENTINE
PUBLICIST IN THE NINETEENTH CENTURY*

*Ernesto J. REY CARO**

RESUMEN

Hasta el siglo XIX las obras generales de Derecho Internacional provinieron de Europa. Los Estados surgidos en el Nuevo Continente efectuaron un significativo aporte a la evolución del Derecho de Gentes, apareciendo las primeras publicaciones de autores latinoamericanos. Carlos Calvo, jurista argentino, se distinguió por su prolífica producción científica. Sus trabajos y sus ideas habrían de tener una amplia repercusión en la doctrina de la época, y dieron origen a las llamadas Doctrina Calvo y Cláusula Calvo. Participaría también de la polémica sobre la existencia de un Derecho Internacional Americano.

PALABRAS CLAVE

Derecho internacional - Doctrina iusinternacionalista latinoamericana
- Carlos Calvo.

ABSTRACT

Until the nineteenth century the works of general international law came from Europe. The States that emerged in the New World made a

* Profesor Emérito de la Universidad Nacional de Córdoba. Ex Secretario General y Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

significant contribution to the evolution of International Law, appearing first publications of Latin American authors. Carlos Calvo, Argentine jurist, distinguished by his prolific scientific production. His works and his ideas had a broad impact on the doctrine of the time, and originated the so-called «Doctrine Calvo» and «Clause Calvo». He also participated on the debate about the existence of an American international law.

KEYWORDS

International law - Latinamerican iusinternationalist Doctrine - Carlos Calvo.

La producción literaria sobre el Derecho internacional en el siglo decimonónico no fue escasa, proveniendo de estudiosos del Viejo Continente la mayoría de las obras editadas. Es fácil constatar que tales obras tuvieron una amplia difusión e influencia en la enseñanza de la disciplina en las universidades latinoamericanas. Tal realidad encontraba su fundamento en el hecho de que el derecho de gentes fue eminentemente europeo hasta que los nuevos Estados surgidos en América como consecuencia del primer proceso masivo de descolonización, efectuaron invalables y originales aportes a esta rama de las ciencias jurídicas. Las nuevas ideas y las concepciones políticas predominantes en los países que accedieron a la independencia en el siglo XIX incidieron en las transformaciones que experimentaría el Derecho internacional en esta centuria. En este proceso de universalización no fueron pocos los autores americanos que realizarían importantes contribuciones y que adquirirían merecida fama. Sin desmerecer la obra de tantos pensadores latinoamericanos, no cabe duda que Carlos Calvo (1822-1906) logró un lugar de privilegio. El aporte de Calvo al Derecho internacional fue inigualable. De su trascendencia, ya nos hemos ocupado¹.

La primera obra general de Derecho internacional de Carlos Calvo se publicó en París, en 1868, en castellano², con dos ediciones posteriores en francés y nuevas reediciones hasta la quinta, que vio la luz en 1896, aunque no fue su primer trabajo. En efecto, es muy conocida «La Colección histórica completa de los Tratados, Convenciones, Capitulaciones, Armisticios, Cuestiones de Límites y otros Actos Diplomáticos de Todos los Estado de América Latina comprendidos entre el Golfo de Méjico y el Cabo de Hornos,

¹ Cf. «Notas sobre la doctrina iusinternacionalista argentina en el siglo XIX. Su proyección en la enseñanza en las universidades argentinas y en particular en la Universidad Nacional de Córdoba», en *Revista de la Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, Vol. I, N° 1, Nueva Serie II, pp. 17-22.

² CALVO, Carlos, *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, 2 vol., París, 1868.

desde el año 1493 hasta nuestros días, precedida de una memoria sobre el estado actual de la América, de cuadros estadísticos, de un diccionario diplomático, y de una noticia histórica sobre cada uno de los tratados más importantes», colosal obra de gran utilidad en la época. Abarcaba tres períodos. El primero, sobre el que se publicaron diez tomos, incluía las antiguas cuestiones de límites entre España y Portugal, y documentos y mapas sobre esta cuestión. El segundo período abarcaba desde la revolución hasta el reconocimiento de la independencia. Fueron cinco tomos, correspondientes a los años 1808-1819. El tercero, comenzaba en el reconocimiento de la independencia y comprendía materiales hasta la fecha de edición.

Años antes de su obra general sobre el Derecho internacional, en la capital gala había publicado, en 1864, «Una página de Derecho internacional, o la América del Sur ante la ciencia del derecho de gentes moderno» y en el mismo año y en la misma ciudad se habían editado los «Anales históricos de la Revolución de la América Latina, acompañados de los documentos en su apoyo, desde el año 1808 hasta el reconocimiento de la independencia en este vasto continente», en doce tomos.

Asimismo, en 1868, se publicó una reedición en dos tomos de la obra «Historia de los Principios del Derecho de Gentes en Europa y América, desde la Paz de Westfalia hasta nuestros días, según Weaton». Igualmente es conocido su «*Dictionnaire de Droit International Public et Privé*», publicado en dos volúmenes, en París, en 1885³. Cabe destacar que existen varios repertorios o catálogos de las obras de Calvo, que difieren en razón de que se han tenido en consideración las múltiples ediciones. Sus trabajos -en los que puso de manifiesto una gran vocación por la historia- y el hecho de su publicación en Europa, contribuyeron para que Calvo fuera el autor argentino más conocido en el Viejo Continente, y que los internacionalistas europeos, y después los de nuestro continente, lo citaran con mucha frecuencia en sus obras, hecho este que se proyectó aún hasta las publicaciones de las primeras décadas del siglo XX.

En su obra «*Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*», ya mencionada, al tratar el tema de la doctrina y publicistas «contemporáneos», cita a numerosos autores europeos y algunos norteamericanos, y únicamente a Bello como autor proveniente de las repúblicas sudamericanas, mencionando la obra que dio a luz en 1832, y las sucesivas ediciones, aunque él se valió de la aparecida en París, en 1847. No obstante, en temas específicos también cita unos pocos más, como -*v.g.*-, a Juan Bautista Alberdi.

En el prefacio de esta obra, dividida en dos tomos, el primero dedicado

³ Muchas de estas obras pueden encontrarse en la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba y en la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la misma Casa de Estudios.

al «estado de paz» y el segundo al «estado de guerra», Calvo expresaba una particular preocupación, centrada en la incertidumbre reinante en el campo de las relaciones internacionales y en la vigencia y aplicación de las normas jurídicas internacionales. Así, expresaba: «La carencia de un código o ley suprema aplicable a las arduas cuestiones y gravísimos conflictos que tienen lugar entre los Estados, es origen de no pocas vacilaciones en los publicistas, de notables contradicciones en la jurisprudencia y práctica de los pueblos, de confusión y desconcierto en las relaciones internacionales, que no obedeciendo a principios bien definidos y constantes, puede más algunas veces en ellas, la arbitrariedad que la justicia, la fuerza que la acción del derecho». Igualmente definía los objetivos que perseguía en la obra, entre ellos, unir la teoría a la práctica; no expresar ninguna idea aventurada o injustificable; inducir del hecho el derecho y, en cuanto a la metodología adoptada, señalaba que él seguiría en la exposición, un sistema diferente al que se había seguido hasta ese momento, dividiendo el trabajo en cuatro secciones o grandes capítulos: el primero, concerniente al estado de paz; el segundo al estado de guerra; el tercero a la neutralidad; y el cuarto a los tratados de paz y el derecho de postliminio.

Explicando el título escogido para la obra, sostiene que la misma pretendía reparar el olvido en que habían incurrido sus predecesores y contemporáneos «no ocupándose apenas del vasto continente americano, cuya influencia y poderío se acrecenta, empero, cada día más, marchando de consuno con la civilización europea». Estas palabras ponían de manifiesto su espíritu americanista, que estaría presente en toda su trayectoria publicística.

Adoptando una metodología usual en las obras sobre la disciplina aparecidas hasta las primeras décadas del siglo XX, Calvo efectúa en los primeros capítulos un estudio de la historia del Derecho internacional. Manifestando apartarse de la mayoría de la doctrina, divide la exposición en «épocas» que hubieran sido signadas por algún acontecimiento de influencia en esta rama del derecho. En ellas incluye, cuando lo estimó pertinente, los principales autores y la bibliografía y, en las últimas, algunas remisiones a sentencias y repertorios de jurisprudencia. La primera época, desde los tiempos antiguos hasta la caída del imperio romano, en el año 476; la segunda, desde este último acontecimiento hasta la paz de Westfalia (1648-1648); la tercera, desde este hecho hasta la paz de Utrecht (1648-1713); la cuarta, desde este suceso hasta el fin de la guerra de los siete años (1713-1763); la quinta, desde este conflicto bélico hasta la revolución francesa (1763-1789); la sexta, desde este último suceso hasta los congresos de París y de Viena (1789-1815); y la postrera, desde el congreso de Viena hasta la fecha en que escribe su obra (1815-1868).

Sin pretender examinar *in extenso* esta obra, destacaremos algunos aspectos de su pensamiento. En la introducción, al abordar la cuestión de la definición del Derecho internacional, recuerda a Vattel, Halleck y a Bello,

y se pronuncia a favor de la definición de Halleck, que lo entendía como «las reglas de conducta que rigen las relaciones de los Estados», aunque el jurista argentino estimaba que podía ampliarse, sin efectuar comentarios sobre esta última circunstancia. La adopta sólo de manera provisoria. Expresa una idea que estuvo latente en la doctrina anterior, y contemporánea a Calvo y que subsistiría con posterioridad, cual era la dificultad, o para algunos la imposibilidad, de dar una definición completa del derecho internacional o de gentes, en atención a los cambios o modificaciones que se producían y se producirían como consecuencia de los progresos de la civilización. Precisamente esta realidad es la que tendría una marcada influencia en la amplia gama de definiciones adoptadas por los tratadistas en las épocas siguientes, y aún por la doctrina de nuestros días.

La tabla de materias abordadas en el primer tomo es variopinta y se corresponde con la realidad de los problemas de su época y la trascendencia que se otorgaba a los mismos. Así, pueden señalarse capítulos dedicados a la noción de Estado y otras realidades, que estarían hoy comprendidas dentro de los estudios de la subjetividad internacional; y a los derechos de los Estados, oportunidad en la que trata los derechos de independencia y propia conservación, derecho de igualdad, derechos de propiedad y dominio, derechos de legislación y jurisdicción, derechos de legación y tratados, derechos y deberes de los ministros públicos. También aborda cuestiones tales como la institución consular, los deberes mutuos de los Estados y la solución o arreglo de las controversias. En cuanto al contenido del segundo tomo, el mismo está dedicado íntegramente al derecho de la guerra –como lo señaláramos *supra*–, sin perjuicio de que en el primer tomo trate –*in fine*–, las justas causas de guerra; las distintas clases de guerra; la declaración de guerra y sus efectos; los medios e instrumentos de guerra; y el enemigo y sus aliados. Tal como lo destacáramos, la magnitud del trabajo de Calvo y la falta de obras sobre algunas materias abordadas en sus estudios, explican que fuera un autor de consulta obligada en los ámbitos universitarios y diplomáticos en la segunda mitad del siglo XIX y comienzos de la centuria siguiente.

La concepción que Calvo tenía del derecho de gentes, también se proyectaría en la tan conocida disputa sobre la existencia de un Derecho internacional americano, como ordenamiento jurídico diferente y aun contradictorio con el Derecho internacional general. Su polémica con otro internacionalista argentino, Amancio Alcorta, ha sido motivo de abundantes elaboraciones doctrinarias, y aunque es un tema que hoy ha perdido relevancia, no deja de ser incluido aún en muchos de los programas de la asignatura vigentes en las universidades latinoamericanas.

El carácter polifacético de la figura de Calvo, permite recordar que integró la Cámara de Diputados de la Confederación y tuvo activa participación en algunos acontecimientos cruciales en las décadas del cincuenta y sesenta del siglo XIX. Fue miembro fundador del Institut de

Droit International, en 1873. Temprano, sus dotes de hábil diplomático se pondrían en evidencia en ocasión de ingerencias británicas, justificadas por la incipiente potencia del norte del Continente, en la República del Paraguay, llegando el Gobierno de este país a confiar a Calvo su representación diplomática ante la Corte de Saint James, función que cumpliría con particular esmero y éxito. Las frecuentes intervenciones en el Nuevo Continente y las reclamaciones de las grandes potencias de indemnizaciones exorbitantes por supuestos perjuicios sufridos por sus nacionales, y las múltiples violaciones del Derecho internacional, fueron observadas por el jurista argentino con espíritu muy crítico, esbozando ideas que alcanzarían un particular reconocimiento en todo Latinoamérica. Algunas de ellas llegaron a ser plasmadas en normas incluidas en cartas magnas, como fue el caso de la constitución mexicana de 1917⁴. Resultan muy significativas las palabras del internacionalista mexicano Sepúlveda, referidas al jurista argentino: «Los latinoamericanos, que mucho le debemos, hemos sido bastantes parcos en el aplauso que se merece... Porque son sus merecimientos, por las nobles inquietudes que provocaron sus prédicas, que luego se transformaron en principios y preceptos de la mayor importancia en la convivencia internacional hemisférica, y que hoy nos resultan tan familiares. Menos explicable nos resulta este olvido cuando que Calvo logró transportar al Derecho internacional general las aspiraciones de nuestra América, apenas emergentes, y las volvió respetables y valederas...»⁵.

La trascendencia del pensamiento de Calvo, se manifestaría en las conocidas «cláusula Calvo» y «doctrina Calvo» -dos caras de una misma moneda⁶-, especialmente en el ámbito de los contratos celebrados por los Estados con personas físicas o personas jurídicas de nacionalidad extranjera. En particular, en aquellos países que otorgaban concesiones para la construcción de obras o brindar y explotar servicios públicos, y en los que se incluía, a veces, una cláusula en virtud de la cual las discrepancias que pudieran surgir en la aplicación de tales contratos no serían consideradas como internacionales, cláusula inspirada en la opinión

⁴ Cf. SEPÚLVEDA, César; MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio y GARCÍA ROBLES, Antonio *Carlos Calvo. Tres Ensayos Mexicanos*, Colección del Archivo Histórico Diplomático Mexicano, México, 1974, p. 42. «La importancia que tiene la incorporación de la doctrina del eminent jurista Calvo y la llamada Cláusula Calvo dentro del texto de la Constitución Mexicana, a principios de 1917 –sostiene Martínez Bález- se revela no sólo en la influencia que tuvo y sigue teniendo dentro de México, sino en que sirvió como modelo para que su constitucionalización se llevara a cabo, también y después, en muchos países de América Latina, entre otros Bolivia, Costa Rica, Cuba, Guatemala, El Salvador, Haití, Nicaragua y Honduras».

⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁶ «En efecto –diría Sepúlveda– la sola Doctrina Calvo, que emerge de sus conceptos y que lleva a la no intervención, y la «Cláusula Calvo», que es la aplicación práctica de una parte de su tesis, son más que suficientes para garantizarle un honroso lugar en el internacionalismo universal»; op. cit., p. 21.

de Calvo. Las reclamaciones privadas de los extranjeros no justificaban de manera alguna la intervención armada de los gobiernos extranjeros.

La tesis de Calvo fue esbozada en la obra en cuyo examen parcial nos hemos detenido, al tratar la cuestión de las reclamaciones de Estados europeos para obtener indemnizaciones en provecho de sus súbditos: «Estas indemnizaciones pecuniarias –dice– hechas sin examen alguno de la causa y como a la aventura, pero con la amenaza siempre, por parte de los gobiernos europeos, de apoyar con la fuerza sus reclamaciones, ha sido la fuente más copiosa de las intervenciones de dichos Gobiernos en América. Pero lo cierto es que en derecho internacional, no se puede admitir como legítimo este modo de intervención, y que tampoco lo han admitido en sus relaciones recíprocas los Estados europeos», y se pregunta a continuación ¿Por qué, pues, se aplica por éstos en sus relaciones con los Estados americanos?»⁷.

Al respecto, Podestá Costa sostiene que la «Doctrina Calvo» no significaba excluir en forma absoluta la protección diplomática «sino proscribir abusos notorios; movía a Calvo el anhelo de eliminar de América las intervenciones imperialistas, la necesidad de extender a este continente normas que las potencias europeas estimaban aplicables entre sí. El hecho es que la tesis expuesta por Calvo vino a dar origen a la Cláusula Calvo, consignada a veces en ciertos contratos entre el Estado y una persona de nacionalidad extranjera»⁸. Tal cláusula reunió diferentes formas. Como sostiene también Podestá Costa, en su esencia, expresa que las divergencias que pudieran surgir entre las partes contratantes con motivo de la aplicación o interpretación del contrato que contiene la cláusula aludida, serían dirimidas por los tribunales locales, o mediante el arbitraje privado, y de conformidad con las leyes locales. En otros casos, la cláusula se manifiesta en que tales divergencias no autorizarían a recurrir a la protección diplomática⁹. Debemos reconocer que las ideas de Calvo sobre esta materia, han sido estudiadas por muchos publicistas desde diferentes perspectivas, mereciendo múltiples interpretaciones y elaboraciones.

No ha sido nuestro propósito examinar la magna obra de Calvo, la que, no es necesario advertirlo, merecería mucho más que estas modestas reflexiones, en las que por otra parte, no habrá de encontrarse originalidad alguna. Sólo hemos pretendido, en el marco de una conmemoración tan cara para los argentinos, como es la del Bicentenario de la Revolución de Mayo, volver a rescatar el pensamiento y los aportes de este gran argentino que honró al país, y que brindó una contribución inapreciable al desarrollo del Derecho Internacional, aporte que se proyectó mucho más allá de su época.

⁷ CALVO, Carlos, *Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América*, ob. cit., Tomo 1, p. 188.

⁸ PODESTÁ COSTA, *Derecho Internacional Público* (3^a ed.), Buenos Aires, 1955, I, p. 446.
⁹ *Ibid.*, p. 437.

BLANCA

**CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS A
TRAVÉS DE MEDIOS ELECTRÓNICOS:
¿CUÁL ES LA LEY APLICABLE?***

*INTERNATIONAL CONTRACTS CELEBRATED BY ELECTRONIC
MEANS: WHICH IS THE APPLICABLE LAW?*

*Luciana B. SCOTTI ***

RESUMEN

El presente trabajo procura analizar uno de los problemas clásicos del Derecho Internacional Privado: la determinación de la ley aplicable, en un tema particular como es la contratación internacional celebrada a través de medios electrónicos, en especial Internet. El análisis se divide en dos partes: una primera mirada general en donde se exponen las soluciones que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado han encontrado, y una segunda parte, en la cual estudiamos el tema desde la perspectiva del derecho argentino de fuente interna y convencional. Finalmente, compartimos algunas reflexiones y realizamos algunas propuestas concretas.

* Este trabajo se basa en uno de los capítulos de la tesis doctoral de la autora, que fuera defendida el 13 de julio de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con calificación «Sobresaliente», con recomendación Premio Facultad, actualmente en prensa, Ed. EUDEBA.

** Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires (Área Derecho Internacional). Magíster en Relaciones Internacionales (UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales «Dr. Ambrosio L. Gioja». Es autora y coautora de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad.

PALABRAS CLAVE

Contratos internacionales – Medios electrónicos – Internet – Ley aplicable

ABSTRACT

This work tries to analyze one of the classic problems of the Private International Law: the determination of the applicable law, in a particular topic: the international contracts celebrated by electronic means, especially Internet. The analysis is divided in two parts: the first part in which we expose the solutions that the doctrine, the jurisprudence and the compared law have found, and the second part, in which we study this topic from the perspective of the Argentine law (legislative and conventional source). Finally, we share some reflections and specific proposals.

KEY WORDS

International contracts – Electronic means - Internet – Applicable law

I. Introducción

Entre las notas características de la aldea global¹ en la que convivimos, en el contexto de una incesante globalización con sus beneficios y sus peligros, en el marco de un mundo cada día más internacionalizado, en esta era de la Posmodernidad, como algunos gustan llamar, apreciamos una notable expansión de las relaciones a distancia, virtuales, producto de las nuevas vías de comunicación, y de la facilidad en el intercambio de la información que favorecen la celebración de negocios y la realización de todo tipo de actividades, más allá de las fronteras territoriales, estatales².

En efecto, en su mayoría las operaciones que se realizan en Internet son internacionales, pues se halla presente en ellas uno o más elementos extranjeros. En los hechos, Internet prácticamente hizo desaparecer la distinción entre comercio interno y comercio internacional. Esta internacionalidad se vincula con la incertidumbre acerca de quiénes son los órganos competentes, estatales o no estatales, para resolver las controversias que se originan en este nuevo espacio, así como en cuanto a la determinación de la ley aplicable y sobre la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales que se dicten al respecto³. Por otro lado, cabe destacar que

¹ *The Global Village*, concebido en los años sesenta por Marshall McLuhan.

² Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «El Derecho Internacional Privado ante la globalización», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. 1, 2001, ps. 37 – 87, párrafo 2.

³ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 85.

«bloquear el acceso a los recursos de Internet por países resulta casi imposible. Si bien los ordenadores conectados a la Red poseen una dirección ..., ésta no se corresponde con una ubicación geográfica sino un lugar dentro de la Red. No se trata de direcciones físicas en el espacio real, sino más bien lógicas dentro del «ciberespacio». Por ello, las direcciones de Internet son eminentemente transportables y su movimiento permanece en todo sentido oculto para el navegante... La falta de limitación geográfica observada implica que cada vez que alguien coloca información en el Red, la está enviando automáticamente a todo el mundo⁴.

También se destaca su masividad y accesibilidad universal ya que Internet es una red abierta: podemos ingresar y salir de la red, pasar del mundo real al virtual, sin esfuerzo y sin siquiera percibirlo, toda la información está disponible para toda persona y en cualquier país. Desde cualquier lugar del mundo, con una computadora, una línea telefónica y un *módem*, se puede tener acceso a toda la web. Esta difusión masiva del comercio electrónico, en el que participan un número indeterminado y heterogéneo de actores plantea exigencias de seguridad y de tutela de las personas jurídicamente más débiles, como son los consumidores.

Por otro lado, Internet elimina el tiempo y la distancia, y por ende, en el mundo virtual, ambos extremos casi perdieron importancia. En el ciberespacio, la nueva coordenada es la atemporalidad.

Asimismo, el carácter descentralizado de Internet se motiva en que su funcionamiento es consecuencia del empleo, por una gran cantidad de operadores de sistemas informáticos y de redes, de protocolos comunes, es decir, un mismo conjunto de convenciones relativas a la transmisión de datos entre computadoras que permite el intercambio de información digital. Internet desarma la información que maneja en pequeños paquetes de bits que se transmiten según lo permite la capacidad disponible en la red. Cada uno de estos paquetes es etiquetado con la dirección de su destino final. Una vez allí, el ordenador receptor reúne cada paquete con los demás, rearmando el mensaje⁵. Sin embargo, no existe una sola ruta para transmitir esta información de un ordenador a otro, sino que dependerá de diversos elementos circunstanciales, como la densidad de tráfico o la existencia de averías en alguna red u ordenador intermediarios. De allí, la imposibilidad técnica de que un organismo gestione, controle, dirija Internet⁶. Si bien existen agencias internacionales de gobierno de Internet que establecen estándares y habilitan el sistema para que funcione

⁴ Cfr. IEZZI, MARÍA VERÓNICA, *El conflicto jurisdiccional en Internet. Jurisdicción iusprivatista internacional aplicable al comercio en la red*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2005, ps. 36-37.

⁵ Cfr. IEZZI, MARÍA VERÓNICA, ob. cit., p. 34.

⁶ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 28.

(*Internet Society*, ICANN, WIPO, entre otros), el acatamiento a sus disposiciones es voluntario, y depende, en definitiva, de la posición adoptada frente a los principios de autogobierno de Internet⁷.

Otras características trascendentales de Internet, estrechamente vinculadas con las anteriormente mencionadas, son la deslocalización y la incorporealidad, que para algunos autores, la convierten en un medio de comunicación totalmente distinto a los ya existentes: prensa, radio, televisión, telecomunicaciones⁸.

La deslocalización resulta de los caracteres técnicos de Internet: a) es imposible conocer y predeterminar los recorridos que siguen las informaciones digitales que circulan en la red, b) la localización de quienes operan en Internet es totalmente desconocida, dado, que de hecho, cualquiera puede conectarse desde cualquier lugar del mundo, c) ni siquiera la localización del sitio desde el cual el operador se conecta es conocida, ya que puede haber *mirrors*⁹ o sitios con un nombre encriptado; d) la navegación por la red se hace de manera intrínsecamente anónima, es suficiente contar con una dirección electrónica en algún portal de acceso masivo (*Yahoo!*, *Hotmail*, *Google*, entre otros) para comenzar a operar anónimamente en la red; e) el número de destinatarios de mensajes transmitidos vía Internet es prácticamente infinito dado los bajos costos para el acceso a Internet¹⁰.

Efectivamente, una misma persona que se conecta a Internet puede ser encontrada por lo menos en tres lugares al mismo tiempo: en el lugar donde está conectada la computadora utilizada para navegar en Internet; en el lugar donde la computadora ha accedido a Internet y en el territorio virtual llamado «ciberespacio». Así que, es muy posible encontrar, a un internauta en diferentes Estados al mismo tiempo¹¹. Toda una paradoja para un Derecho y un ordenamiento jurídico creados para el mundo real.

Por su parte, la intangibilidad o incorporealidad, se vincula evidentemente con la eliminación del soporte papel en el comercio electrónico, que ha generado la elaboración de un nuevo principio aplicable al comercio electrónico: el principio de equivalencia funcional.

⁷ BRENNNA, RAMÓN G., «Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley» en Altmark, Daniel (dir.) y Bielsa, Rafael (coord. académico), *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*, N° 7, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001 p. 38, y disponible en <http://ecomder.com.ar>

⁸ Cfr. DRAETTA, UGO, «Internet et commerce électronique en droit international des affaires», en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International de La Haye, Tome 314, 2005, p. 45.

⁹ Un *mirror* o espejo de cierto sitio web o archivos digitales, son estos mismos archivos, pero alojados en un servidor diferente.

¹⁰ Cfr. DRAETTA, UGO, pub. cit., p. 46.

¹¹ Cfr. VIBES, FEDERICO P. «¿Qué ley gobierna en Internet?», en *Jurisprudencia Argentina* 2005-II, p. 1386.

En suma y en líneas generales, los problemas jurídicos¹² surgidos con motivo de la aparición de Internet tienen relación con el conflicto entre la naturaleza deslocalizada de Internet y la naturaleza territorial de ciertas normas que se basan en la noción de «lugar» (lugar de celebración de un contrato, lugar de ejecución o cumplimiento de un contrato, lugar del establecimiento de una de las partes, lugar de su domicilio o residencia habitual, lugar de comisión del delito, lugar de producción del daño, etcétera). O bien, se vinculan al conflicto entre la naturaleza inmaterial de Internet y las normas que exigen o presuponen soporte papel¹³.

Calvo Caravaca y Carrascosa González comienzan su obra en la materia que nos ocupa con un párrafo, a nuestro criterio, significativo y esclarecedor: «La irrupción de Internet en el mundo del Derecho repercute en todas las ramas jurídicas, pero especial y fundamentalmente en el Derecho internacional privado. Internet representa el modo más depurado, hasta ahora, de mundializar y globalizar las situaciones privadas: incrementa el número y variedad de situaciones privadas internacionales. Ello hace del Derecho internacional privado el protagonista principal del impacto de Internet en el mundo jurídico»¹⁴.

Afirman los autores: «La alternativa tradicional, es decir, la aplicación del DIPr. de cada Estado, constituye, así, la *vía real* que lleva a solucionar las cuestiones legales que el uso de Internet ha hecho surgir. Ello es así porque –salvo aspectos muy particulares, como la propiedad de los «dominios» en la red– en realidad, los problemas jurídicos que plantea Internet no son nuevos... Se trata de *problemas clásicos* –contratación internacional, responsabilidad civil no contractual, protección de la intimidad, etc.–, presentados, ahora, eso sí, con un *ropaje tecnológico novedoso*... La pretensión de construir un «mundo aparte» para Internet, necesitado de reglas nuevas y propias, es una *falacia*, pues los problemas jurídicos son los mismos en el mundo real y en el virtual. Internet es sólo un medio más veloz de comunicación, como antes lo fue el telégrafo, el teléfono, el correo o el fax... Internet no es sino otro modo de concluir *contratos inter absentes*, cuestión conocida y tratada por la doctrina desde los tiempos de F. K. V. Savigny»¹⁵.

¹² Existen diversas cuestiones de índole jurídica que han sido afectadas sensiblemente con el desarrollo de Internet y del comercio electrónico. La Comisión Europea ha destacado cuatro temas principales: la recaudación del IVA, la propiedad intelectual, la protección de datos personales y los contratos, en especial los de consumo. Ver COMISIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA, «Globalization and the Information Society, The need for Strengthened International Co-ordination», COM (98) 50, ps. 6–8.

¹³ Cfr. DRAETTA, Ugo, pub. cit., p. 52 y ss.

¹⁴ Cfr. CALVO CARAVACA, ALFONSO L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicciones en Internet*, Ed. Colex, Madrid, 2001, p. 7.

¹⁵ Cfr. CALVO CARAVACA, ALFONSO L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, ob. cit., p. 22–23.

En efecto, tal como destaca Burnstein, las cuestiones legales más espinosas que plantea el Ciberespacio corresponden al Derecho internacional privado: ¿qué tribunales serán competentes y qué ley aplicarán a los diversos litigios que pueden surgir en Internet?¹⁶.

Por ello, el interrogante que podemos plantearnos es el siguiente: ¿es realmente necesario generar un «derecho de Internet» o un «derecho del comercio electrónico», distinto, autónomo del Derecho internacional privado?

En realidad, lejos de amenazar la existencia del Derecho internacional privado, Internet fortalece su necesidad y su función principal: garantizar la protección de los individuos en todas aquellas relaciones jurídicas privadas, que presenten elementos extranjeros. En tanto existan divergencias entre los sistemas jurídicos estatales, no podrán desaparecer las reglas de Derecho internacional privado. Sería necesario uniformar todo el derecho y dotar a los jueces de una competencia universal, lo cual es poco probable, dadas las diversas tradiciones jurídicas¹⁷.

Sin embargo, no es posible desconocer que Internet pone en tela de juicio las técnicas localizadoras tradicionales del Derecho internacional privado debido a las propias características de este medio que ya hemos señalado, y principalmente por el hecho de que cualquier relación jurídica en Internet, afecta a múltiples jurisdicciones, y por tanto a infinidad de Estados.

Piénsese en la dificultad para determinar el lugar de celebración o el lugar de ejecución de un contrato celebrado y concluido *on line*. O bien, las absurdas consecuencias que derivan del criterio del «lugar de producción del daño», que podría generar demandas en todos los países del mundo, debido al alcance planetario de Internet.

Ante este panorama, se ha pensado en la necesidad de repensar y adaptar las reglas tradicionales del Derecho internacional privado: «es preciso adoptar *nuevas soluciones* de DIPr que no sean criterios rígidos de DIPr, sino *criterios flexibles*, que no aparezcan fundados exclusivamente en la vinculación del *problema jurídico* con el *territorio* de «un Estado»... En el campo del Derecho aplicable es deseable adoptar *puntos de conexión abiertos*, como la *vinculación más estrecha* del caso con un país (*Proper Law Doctrine – Centre of Gravity Doctrine*), o los *efectos sustanciales del acto* en un país (*Effect Doctrine*)... Son criterios adecuados porque permiten a las partes prever la aplicación de una ley estatal concreta y porque pueden funcionar en un contexto ageográfico y mundializado como es Internet... En el ámbito de la competencia judicial se impone aceptar un régimen que desarrolle la teoría de los «*Minimum Contacts*». De esa forma, para evitar

¹⁶ Cfr. BURNSTEIN, MATTHEW, «Conflicts on the net: choice of law in transnational cyberspace», en *Vanderbilt Journal of Transnational Law* N° 29, 1995, p. 87.

¹⁷ Cfr. FAUVARQUE – COSSON, BÉNÉDICTE, «Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux», Coloquio «Droit de l'Internet: approches européennes et internationales», 19 y 20 de noviembre de 2001, disponible en <http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/vf/index.html>, ps. 2 y 3.

que todas las jurisdicciones del mundo se consideren competentes, sólo podrán conocer los tribunales del país con que el acto presenta «estrechos contactos»¹⁸.

Por la adaptación de las reglas tradicionales de Derecho internacional privado en Internet también se pronuncia De Miguel Asensio en estos términos: «Internet exige la adaptación de ciertos planteamientos tradicionales relativos a la identificación de la jurisdicción estatal competente y del ordenamiento jurídico aplicable. Al mismo tiempo, se refuerza la necesidad de coordinación internacional en este sector, que contribuya a superar la inseguridad jurídica existente». Prosigue, «la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional tradicionales a las actividades en Internet presenta peculiaridades, asociadas a una necesaria adaptación que garantice las exigencias del derecho fundamental a un proceso justo o el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva... Los criterios atributivos de competencia son típicamente de base territorial y van referidos a actos... o a los participantes..., de modo que el nuevo contexto tecnológico plantea dificultades para la concreción de tales criterios respecto de las actividades en la Red, que tienen un alcance mundial.» En cuanto a la ley aplicable, ante el panorama que presenta Internet, el autor expresa que «esta circunstancia favorece soluciones flexibles que permitan tomar en consideración al formular las respuestas jurídicas, valores de los ordenamientos de diversos países sobre los que se proyecta una determinada conducta a través de la red, si bien ésta pone en contacto (o en conflicto) un número extraordinario de sistemas y culturas jurídicas. El nuevo contexto exige también en materia de ley aplicable reconsiderar la utilización de ciertos puntos de conexión territoriales..., valorando su sustitución por otros más flexibles y mejor adaptados a las nuevas exigencias, en un análisis diferenciado según las materias...»¹⁹.

En esta oportunidad, nos dedicaremos a analizar los problemas que surgen a la hora de determinar la ley aplicable a los contratos electrónicos internacionales, es decir aquellos que son celebrados a través de medios electrónicos, en particular, Internet. Veremos, asimismo, las soluciones que la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado han encontrado, así como las posibles respuestas que podemos hallar en el Derecho internacional privado argentino, de fuente interna y convencional.

II. Consideraciones generales en materia de ley aplicable en los contratos celebrados por medios electrónicos

La determinación de la ley aplicable a un contrato internacional, y en particular a aquellos celebrados a través de medios electrónicos, es de

¹⁸ Cfr. CALVO CARAVACA, ALFONSO L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, ob. cit., párr. 22.

¹⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, ps. 93 a 98.

suma importancia en tanto puede acarrear muy diversas consecuencias. Así, salvo que existan reglas uniformes, es factible que según cuál sea la ley aplicable, la solución varíe: por ejemplo, mientras que para una ley, la mención de un precio en un sitio web con la opción de compra del producto puede implicar una oferta, bajo otra ley, tal expresión sólo equivaldría a una mera invitación a ofertar.

Cabe aclarar que cuando hablamos de ley aplicable nos podemos referir tanto al derecho aplicable a la forma del contrato, es decir, al elemento extrínseco, al continente, que permite hacerlo visible y constatar su existencia; como a la ley aplicable al fondo, es decir, a la validez sustancial, intrínseca del contrato, a su contenido.

Por otra parte, también, es necesario distinguir en esta materia específica la ley aplicable al acceso y al ejercicio de la actividad o servicio de la información y la ley aplicable a los contratos electrónicos. Precisamente, esta línea sigue la Directiva 31/2000 de la UE que designa como ley aplicable a la actividad del prestatario del servicio de la información la ley del país de origen, es decir donde aquél tiene su establecimiento. En cambio, la misma norma comunitaria dispone que las partes tienen plena libertad para elegir el derecho aplicable a los contratos, la cual, evidentemente, no será determinada por el principio de la ley de origen.

En efecto, «la determinación de la ley del contrato se lleva a cabo por los tribunales estatales conforme a las normas de D.I.Pr. del foro, lo que provoca que las respuestas concretas puedan variar en función del Estado ante cuyos tribunales se litiga. Esta disparidad de soluciones proyecta una especial incertidumbre respecto de quienes negocian habitualmente a través de Internet»²⁰.

De hecho, «los peculiares caracteres de la contratación por Internet hacen que la localización de la relación jurídica en un ordenamiento estatal con base en los criterios de conexión típicamente empleados por las reglas de conflicto en la materia, como el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución de las obligaciones, el domicilio de algunas de las partes... pueda resultar especialmente inapropiada. La falta de adecuación de esos criterios a un entorno que dificulta su concreción y en el que las fronteras geopolíticas se difuminan, favorece el empleo de criterios de conexión flexibles, basados en el principio de proximidad (geográfica) entre el contrato y un determinado ordenamiento, pero que atribuyen un margen de apreciación al aplicador para tomar en consideración las circunstancias del caso, lo que, por otra parte, va unido a un riesgo de inseguridad jurídica en la medida en que no existan pautas consolidadas para su interpretación en el marco de la contratación electrónica»²¹.

²⁰ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, ob. cit., p. 460 – 461.

²¹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, ob. cit., p. 462.

En este sentido, existen dos posturas predominantes acerca del modo de regular las desavenencias surgidas por el uso de Internet, una que se decide por la creación de una normativa material específica, *ad hoc*, que según sus defensores se justifica ante la obsolescencia del derecho tradicional; o la otra, por acudir a las reglas de Derecho internacional privado dada su probada eficiencia y condiciones para asumir los avances tecnológicos y así poder solucionar problemas que son los mismos de siempre, que no son nuevos, sino que solamente se presentan con un ropaje tecnológico novedoso.

En el espacio virtual, puede válidamente sostenerse como lo hace M. Burstein²² que «no hay lugar allí en Internet» o bien, como lo dice Herbert Kronke «todos los lugares están en Internet». El primer jurista ha resuelto indicar en materia de ley aplicable tres orientaciones: una armonización en materia de reglas electivas, de conflicto de leyes, o de una unificación de la ley sustantiva de Internet, o bien, a partir del reconocimiento de Internet como jurisdicción propia, asignar las disputas a un tribunal internacional de arbitraje de Internet o una corte especial con competencia exclusiva para ellas.

Siguiendo el esquema mencionado, pensamos que en la primera línea podría acordarse un instrumento jurídico internacional articulado sobre la base de normas indirectas, de reglas de conflicto que establezcan puntos de conexión rígidos (como el domicilio, el lugar de ejecución, el lugar de celebración, entre otras) o bien, puntos de conexión flexibles (como el lugar del cumplimiento de la prestación más característica del contrato, o el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato, o del lugar que tenga vínculos más estrechos o relevantes o significativos con el contrato, entre otros). La segunda posibilidad, la creación de una ley sustantiva para Internet, permitiría según sus defensores la adecuación al avance en materia de cultura tecnológica ganando en certidumbre en el gobierno de las relaciones jurídicas que se despliegan *on line*.

Por cierto que la principal dificultad como señala Vinton G. Cerf, es que el problema que aflora a la hora de legislar, es que Internet avanza de manera muy rápida, y cuando se aprueba una ley, la tecnología ya ha cambiado. Por ello, sus cultores han llegado a afirmar que el concepto de soberanía de los Estados debe ser actualizado. De la misma manera que los Estados nacionales establecieron un principio que predominó sobre todas las costumbres locales, hoy la interrelación de los procesos internacionales exige que ciertos valores se construyan también en el ámbito internacional. Esto no significa que la soberanía nacional tenga que desaparecer, pero sí que va a ser definitivamente limitada en una serie de direcciones y como afirma Antonio Martino que ha llegado el momento de pensar seriamente en una estandarización jurídica, algo así como un nuevo

²² En el Coloquio internacional en honor de Michel Pelichet, organizado por el Instituto Molengraff de Derecho privado de la Universidad de Utrecht y la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado.

derecho, un nuevo *ius gentium*. Dicho en otras palabras, una suerte de *lex mercatoria* desarrollada por los propios ciberusuarios, un «derecho común» generado a partir de los usos, de la práctica generalizada, del consenso acumulado, que ostentaría como principal ventaja una flexibilidad suficiente como para acompañar los incesantes cambios tecnológicos²³.

Vale precisar que en relación con la validez sustancial de los contratos electrónicos de índole internacional, al igual que lo que sucede en los contratos internacionales en general, se pueden presentar dos situaciones:

1. Que las partes, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, hayan elegido la ley aplicable al contrato celebrado o,

2. Que las partes, por diversos motivos, no hayan hecho tal opción y que por ende deba acudirse a los criterios subsidiarios en la materia, a través de puntos de conexión rígidos como el lugar de celebración o el lugar de ejecución, o de criterios más flexibles en búsqueda del derecho del Estado con el que el contrato tiene vínculos más estrechos (*le principe de proximité* para los franceses o *the proper law of the contract*, para el common law). En este punto nos acercamos a la teoría de la prestación más característica, sobre la que volveremos.

III. Autonomía de la voluntad y contratos electrónicos

Debemos recordar que la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual ha sido objeto de al menos dos significados diversos. Por un lado, como fuente original del derecho, independiente de todo orden jurídico pre establecido. Por ende, estaríamos ante un derecho absoluto. Desde otra mirada, se entiende que la voluntad del sujeto es una fuente derivada del derecho, capaz de crear normas jurídicas porque determinado ordenamiento jurídico así lo permite. Entonces, sería un derecho subjetivo, derivado de un orden jurídico que lo acuerda²⁴.

En definitiva, «la facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable»²⁵.

²³ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. «La lex informática: La insoportable levedad del no ser». *Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky*. Fundación de Córdoba, 2005. Y en Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración. www.eldial.com. Septiembre de 2005.

²⁴ Cfr. UZAL, MARÍA ELSA, «Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet», en *El Derecho* t.208, ps. 721-722. Asimismo, FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, ps. 63 - 64, *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 2000, p. 346.

²⁵ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, «Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales», en *Diritto del Comercio Internazionale*, volumen 12, N° 4, Octubre - Diciembre 1998, p. 17.

Se han distinguido dos especies o tipos de la llamada autonomía de la voluntad. Por un lado, las partes pueden elegir el derecho aplicable al contrato (autonomía conflictual de las partes). Pero las partes pueden asimismo convenir normas, reglas, para que rijan el contrato (autonomía material de las partes). En este punto, se han diferenciado dos situaciones: «sea que las partes desconecten el contrato del imperio de cualquiera de los derechos positivos del mundo (autonomía universal de las partes o autonomía material de primer grado), sea que las partes combinen normas civiles y comerciales establecidas o admitidas por cualesquiera de los derechos que ellas podrían haber elegido (autonomía material de segundo grado). La autonomía material de segundo grado se basa en la facultad de las partes de declarar aplicables a su contrato fragmentos de los diversos derechos elegibles, por ejemplo a la validez el Derecho del lugar de la celebración, a la ejecución el Derecho del lugar de cumplimiento, etc. En este supuesto, las partes no están obligadas por el Derecho coactivo de cualquiera de los derechos elegibles, porque podrían haber elegido otro que no conociera estas normas coactivas. Pero tampoco las partes se pueden liberar de todas las normas coactivas; ellas están supeditadas al Derecho coactivo común de los derechos elegibles por no poder escapar a éste por ningún acto de elección permitido»²⁶.

Por otro lado, según la tesis de Antonio Boggiano, mientras que en la autonomía de la voluntad conflictual las partes no pueden desplazar las normas coactivas del derecho privado elegido, haciendo, en cambio, uso de la autonomía de la voluntad material, las partes «además de poder elegir el derecho aplicable al contrato, pueden también excluir del derecho privado elegido las normas coactivas vigentes en él. Tal exclusión sólo puede operarse mediante la incorporación al contrato de normas materiales contrarias a las normas coactivas del derecho privado rector del negocio»²⁷. Es decir, siguiendo la tesis del autor, «las normas coactivas de los sistemas de derecho privado son dispositivas en los contratos internacionales. Todas las normas del derecho privado contractual son dispositivas para el D.I.Pr. Esto significa que las partes, en los contratos multinacionales, no están imperativamente sujetas a ninguna norma coactiva de ningún derecho privado del mundo. Es éste un punto que debe aparecer claro. Las prohibiciones o mandatos imperativos dispuestos por los derechos privados para casos nacionales no obligan a las partes en sus negocios internacionales»²⁸.

Sin embargo, desde otra mirada, el ejercicio de la autonomía conflictual, específica de la contratación internacional supone que las partes seleccionan el ordenamiento estatal aplicable al contrato, mientras que la

²⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, WERNER, «Transporte internacional», en *La Ley* 1980-B, 375.

²⁷ Cfr. BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 682.

²⁸ Cfr. BOGGIANO, ANTONIO, ob. cit., ps. 687 - 688.

autonomía material actúa en el ámbito reconocido a las partes, tanto en contratos internos como internacionales, por la ley del contrato, seleccionada por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual, o determinada objetivamente por la ley, para regular libremente sus relaciones, siempre que sus pactos no afecten a las normas de ese ordenamiento que no pueden ser derogadas por los contratantes. En consecuencia, la autonomía conflictual, para esta posición, está limitada por normas internacionalmente imperativas del foro, mientras que la autonomía material opera sólo dentro del marco imperativo ordinario de la ley del contrato²⁹.

De aquí en más, nos ocuparemos, entonces, de la autonomía conflictual propia del Derecho internacional privado.

Cabe resaltar que cuando se aborda el tema de la autonomía de la voluntad, vale decir, la posibilidad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a sus contratos internacionales, se celebren o no en forma electrónica, la principal distinción que cabe tener en cuenta es acerca de la naturaleza de las partes en disputa. Evidentemente no resulta lo mismo una controversia en el comercio B2B que en el B2C. En el primer caso se puede tratar de partes suficientemente sofisticadas, en cualquier caso empresas que no son «consumidores» (es decir, usuarios finales, sin una finalidad comercial). Ello permite pensar que se encuentran en condiciones de sopesar, de controlar la plena vigencia del ejercicio del principio de autonomía de las partes, incluyendo el modo de resolver sus conflictos. En el segundo caso, hay que tener en cuenta que las legislaciones suelen poseer normas que amparan al consumidor (leyes de defensa del consumidor) y en ocasiones, cuando se trata de arbitraje entre el comerciante electrónico y el consumidor lo sujetan a ciertas condiciones de aceptación muy especiales.

En este sentido, podemos recordar que la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la Mesa Redonda sobre comercio electrónico (Ginebra, 1999) recomendó que en relación con las operaciones B2B, la autonomía de la voluntad de las partes continúa siendo el principio rector tanto respecto de la jurisdicción competente como de la ley aplicable. Distinto es el caso de las relaciones B2C. En este sentido, se ha propuesto la implementación de un sistema de certificación de los sitios *web*, que incluiría reglas mínimas de protección de los consumidores, y un sistema de solución de controversias equitativo y de fácil acceso que podría ofrecerse a los consumidores sin ningún costo. Si un sitio obtiene la certificación, podría preverse la aplicación del derecho del país de origen. En caso contrario, resultaría aplicable la ley del lugar del domicilio o residencia del consumidor.

En efecto, podemos sostener que «... La elección de la ley aplicable no

²⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, pub. cit., p. 19, nota 51.

debe privar al consumidor internauta de la protección que le acuerdan las leyes imperativas del país de su residencia habitual. Así, una empresa establecida en el extranjero que publicita sus productos a través de un sitio web y los vende por Internet a consumidores en Argentina, no podrá excluir las normas de policía del domicilio argentino del consumidor que le garantizan un nivel mínimo de protección. Y viceversa. Si las partes hubiesen querido evadir fraudulentamente ese derecho mediante la autonomía de la voluntad, el contrato no tendrá eficacia en la República (arts. 1207 y 1208, Cód. Civil)³⁰.

La elección de la ley aplicable elimina, en general, gran parte de las incertidumbres que se pueden plantear en torno a las controversias que pudieren surgir de un contrato celebrado por medios electrónicos. Sin embargo, sería recomendable que todo proveedor de servicios de la información asumiera la responsabilidad que implica dirigir una oferta comercial a personas, especialmente, consumidores y usuarios de diferentes estados.

A. *Límites a la autonomía de la voluntad en el contexto del comercio electrónico*

Así como podemos recurrir al principio de la autonomía de la voluntad en los contratos electrónicos, también debemos tener en cuenta sus limitaciones, entre las que podemos mencionar: el orden público internacional, el fraude a la ley, las normas de policía del foro, y eventualmente normas de policía extranjeras, la tutela de las personas consideradas jurídicamente más débiles. No nos cabe duda que estos límites que restringen la autonomía de las partes en la contratación internacional por medios tradicionales también imperan en el espacio virtual.

Si bien en principio, podemos sostener que las partes, también en este medio electrónico, podrían elegir cualquier derecho como aplicable a su contrato, no podemos desconocer que, tal como sostiene Uzal, la autonomía conflictual «encuentra ciertos límites que la condicionan, también aplicables al pacto en el ciberespacio. En primer lugar, los principios de orden público del derecho internacional privado de la *lex fori* (art. 14, inc. 2º, Cód. Civil), del tribunal ante el que se lleve el eventual planteo, principios a los que las partes deben sujetarse inexcusadamente al radicarse la controversia ante una jurisdicción estatal, de ahí la conveniencia de determinar claramente y de antemano el tribunal competente, combinando la cláusula de elección del derecho aplicable con la prórroga de jurisdicción y la determinación de

³⁰ Cfr. OYARZÁBAL, MARIO J. A., «La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional», en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*, Ed. Zavalia – Fundação Boiteux, Brasil, 2006, p. 138.

los tribunales que habrán de entender en un eventual conflicto. Ello tornará previsibles los principios de orden público que habrán de ceñir la solución de tal caso... Un segundo límite está dado por las normas de policía de la *lex fori*, toda vez que ellas son exclusivas, excluyentes de toda otra norma, aunque de aplicación restrictiva.... También funcionan como límite las normas de policía del derecho elegido, en la medida que ha sido introducido *in integrum* en el contrato y las partes al incorporarlo se han sometido a ellas». También para la autora que seguimos en este punto, funcionarían como límite las normas de policía de un tercer Estado, siempre que éste tenga una relación económica preponderante –por ejemplo porque es el del lugar de cumplimiento total o parcial–, lo que impondrá la observancia de tales reglas sobre ciertos aspectos del contrato que se contactan con el territorio de ese país excluyendo la posibilidad de una regulación diversa a la que ese Estado impone imperativamente. Finalmente Uzal advierte que las normas coactivas del Derecho privado aplicable al contrato por elección de las partes, también operarían como límite³¹.

En similar inteligencia, se ha afirmado que «.. en el derecho comparado y en las líneas directrices que emanan de los gobiernos de los países centrales, es posible distinguir la prevalencia del principio de autorregulación en el comercio de redes electrónicas, es decir, del principio de autonomía de la voluntad, a la vez que se aconseja que la intervención de los gobiernos debe ser mínima y cuando ésta se produzca, debe limitarse a asegurar las condiciones para la vigencia de ciertos valores, por caso, la libre competencia o la protección de la propiedad intelectual. Esta tendencia parece consagrar el olvido de toda la materia de orden público...» Sin embargo, «... se acepta en la actualidad que la visión del comercio llevado a cabo a través de redes informáticas donde impera la iniciativa particular y el principio de la autonomía de la voluntad, no puede ser absoluta pues hay una serie de contenidos mínimos que cada Estado tiene el derecho de tutelar como consigna básica para mantener su organización interna e identidad nacional. Estos contenidos son los que integran el orden público interno (*sic*) de cada nación y su permanencia y tutela se predicen tanto se trate del mundo físico como del que algunos dan en llamar “mundo virtual”.... «Propiciamos que esos contenidos se refieran al objeto ilícito o inmoral del acto jurídico, la protección de la niñez, la protección del consumidor, la represión del tráfico de personas, el orden público fiscal, etc..., materias que el comercio electrónico puede involucrar y afectar. La libertad que se predica como valor primordial de la contratación en redes informáticas, no es absoluta (como ningún derecho lo es) y se imponen ciertos límites que persiguen justamente que esa libertad no se vuelva ilusoria para la mayoría de los usuarios»³².

³¹ Cfr. UZAL, María Elsa, «Jurisdicción y derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet», en *El Derecho* t.208, p. 722.

³² Cfr. BIOCCHA, Stella Maris (dir), *Contratos celebrados por medio electrónico*, Editorial de la Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2004, p.161 – 164.

En cuanto al límite específico del orden público internacional, sin dudas, una ley extranjera elegida por las partes o la que resulte naturalmente aplicable en virtud de normas de Derecho internacional privado puede vulnerar los principios esenciales del derecho del foro, y por lo tanto será desplazada³³. Piénsese, a modo de ejemplo, en una ley que permita la eutanasia o la venta de drogas o la prostitución o la venta de niños.

Asimismo, debemos recordar el célebre caso Yahoo!, en el que se pudo vislumbrar la aplicación de la noción de orden público internacional por parte de la justicia francesa para impedir que en su territorio se difundiera cierto tipo de información a través de Internet, en resguardo de principios fundamentales.

Frente a este argumento se sostiene que, con independencia de los países desde los que se puede acceder a una página *web*, son aplicables las leyes del lugar de la sede de la empresa. En este sentido, en el caso Yahoo!, las compañías norteamericanas sostuvieron que ningún tribunal ni autoridad extranjera podría limitar las actividades (en el caso, venta por Internet de material pro nazi) de firmas con sede en los Estados Unidos. Sin embargo, desde la posición opuesta, «cuando los grandes portales de Internet sitos en USA ofrecen sus productos para su adquisición en otros países, están obligados a respetar las leyes estatales que rigen el entramado de Derecho público de la economía de los mercados nacionales en los que operan –leyes del país desde el que se puede comprar el producto, país en cuyo mercado se oferta el producto–, de modo que deben sujetarse a todas las leyes de todos los países en cuyos mercados se opere (...) Si se opera a escala mundial, se deben respetar todas las normas de Derecho Público de la Economía de cada ley estatal (*Worldwide Effect*)»³⁴.

Otra excepción a la aplicación del derecho extranjero en general, que, a su vez, opera como limitación a la autonomía de la voluntad es el fraude a la ley. En efecto, los artículos 1207 y 1208 del Código Civil³⁵ desconocen la eficacia de los contratos celebrados en fraude a la legislación local.

Por otra parte, un límite a la autonomía de la voluntad de las partes que cobra especial sentido, según ya comentamos, en el ámbito de la

³³ Sobre la noción de orden público cibernetico puede consultarse: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., «El Orden Público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado contemporáneo», en *Libro Homenaje al Dr. Alberto Bueres*, Ed. Hammurabi, Argentina, 2001.

³⁴ Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Problemas de extraterritorialidad en la contratación electrónica», en ECHEBARRÍA SÁENZ, José A. (coord.), *El comercio electrónico*, Ed. Edisofer, Madrid, 2001, p. 147.

³⁵ Artículo 1207. Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado. Artículo 1208.- Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno.

contratación electrónica es la aplicación de las normas de protección que contempla la ley del domicilio o de la residencia habitual de los consumidores, cuando la ley elegida por las partes vulnera los estándares mínimos de tutela consagrados por aquélla.

En efecto, los ordenamientos jurídicos nacionales contienen tales normas para la protección de estos sujetos considerados jurídicamente débiles, cuyo conocimiento es de particular importancia si consideramos que la *web* es un incomparable medio de difusión, publicidad, exhibición, oferta y venta de bienes y servicios a los consumidores de la aldea global. En consecuencia, las normas del foro protectorias del consumidor podrían desplazar la legislación extranjera elegida en un contrato B2C. Ya la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 en su artículo 5 preveía este límite a la autonomía de las partes³⁶. En similares términos se expresa el reciente Reglamento (CE) N° 593 del 17 de junio de 2008 sobre la misma materia en su artículo 6.2.

La importancia de esta limitación radica principalmente en el considerable número de contratos de consumo, generalmente por adhesión, que actualmente se celebra *on line*³⁷.

En este sentido, cabe recordar que las Directrices de la OCDE para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico recomiendan que los actuales marcos de ley aplicable deben examinarse para considerar si deben ser modificados, o aplicados en forma diferente, para asegurar la efectiva protección al consumidor, en el contexto de continuo crecimiento del comercio electrónico.

Sin embargo, estas recomendaciones no brindan soluciones concretas respecto de la ley aplicable, sino que dejan librado a cada Estado aplicar o modificar el marco normativo del que disponen³⁸.

B. Elección de la lex electrónica

La justificación del discurso que impulsa la autorreglamentación

³⁶ El artículo 5 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales establece que: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 la elección por las partes de la ley aplicable no podrá producir el resultado de privar al consumidor de la protección que le aseguren las disposiciones imperativas de la ley del país en que tenga su residencia habitual».

³⁷ Sin embargo, algunos autores han advertido que no debería hacerse una aplicación indiscriminada de la ley del domicilio fundada simplemente en las particularidades de las nuevas tecnologías y formas de comunicación. Cfr. OYARZÁBAL, Mario, «La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional», en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003, p. 3.

³⁸ En similar inteligencia, SERRA CAMBACERES, Antonino, «Generando confianza en los consumidores. Comentario a la recomendación del Consejo de la OCDE, relativa a directrices para la protección del consumidor en el contexto del comercio electrónico», en *Jurisprudencia Argentina* 2004 – I, 1233.

privada construida por sus propios destinatarios «se encuentra en la analogía que asiste a la «*lex informática*» con la «*lex mercatoria*». En efecto, el sustento es la convicción de hallar semejanzas entre las necesidades manifestadas en su momento por los comerciantes que originan esta última, y los requerimientos de quienes interactúan en la red generando nuevas situaciones jurídicas.

Esta *lex electrónica* o *lex informática*, una suerte de heredera de la célebre *lex mercatoria*, elaborada por los propios operadores del comercio electrónico, puede fácilmente identificarse con la denominada autoregulación de la red, según vimos, a través de un número indeterminado de reglas, usos, principios, códigos de buena conducta, costumbres uniformes y transnacionales.

Efectivamente, «esta fuente jurídica transnacional estaría integrada por principios generales y cláusulas básicas como son actuar de buena fe, la libertad de expresión, el respeto al equilibrio de las partes, entre otros»³⁹.

Existe la creencia por una parte considerable de juristas acerca de la falta de aptitud del Derecho internacional así como del Derecho nacional para procesar, para solucionar de manera eficiente, las disputas ocasionadas en el área de las transacciones internacionales. Desde esta mira, ni los derechos estaduales ni el Derecho internacional ofrecen un sistema lo suficientemente adecuado y apto como para responder a las expectativas de las partes. De allí, resulta imprescindible para esta corriente de pensamiento, impulsar, revitalizar, redescubrir, reinventar la idea sobre la existencia así como la autosuficiencia de una suerte de tercer orden jurídico denominado «*lex mercatoria*»⁴⁰.

Dadas estas semejanzas entre la *lex mercatoria* y la *lex informática*, cabe referirnos brevemente a la primera de ellas para comprenderadamente el sentido y alcance de la segunda.

Así, Feldstein de Cárdenas entiende que desde la mirada de sus defensores, la *lex mercatoria* constituye «Un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional»⁴¹.

³⁹ Cfr. DREYZIN DE KLOR, Adriana, «Derecho Aplicable al Comercio Electrónico», en CALVO CARAVACA, Alfonso, y OVIEDO ALBÁN, Jorge, (dirs), *Nueva Lex Mercatoria y contratación, Colección Globalización y Derecho Privado*, Tomo II, Bogotá D.C., Editorial Gustavo Ibáñez, 2005, ps. 285 – 286.

⁴⁰ Ver el trabajo de FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. «La *lex informática*: La insoportable levedad del no ser», en *Estudios en Homenaje a Berta Kaller de Orchansky*. Fundación de Córdoba, 2005. Y en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración* www.eldial.com. Septiembre de 2005.

⁴¹ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales, Tercera Parte: Lex mercatoria*. Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 168.

En cuanto al contenido de la *lex mercatoria*, prestigiosa doctrina, sostiene que «Si no es posible proveer una lista exhaustiva de todos los elementos de la *lex mercatoria*, en su formulación se encuentran, en efecto, una serie de principios generales: que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales; deber de cooperación de las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc...»⁴².

Por su parte, la crítica principal que se le ha formulado a la *lex mercatoria* es que no constituye en rigor un derecho autosuficiente: «no puede existir fuera de un contexto legal que le sirva de soporte y por ende no constituye un sistema jurídico»⁴³. La autora que seguimos en este punto, Feldstein de Cárdenas, sostiene que «la *lex mercatoria* no es un sistema jurídico, es decir un ordenamiento que contiene la solución de los casos de su materia en una totalidad normativa, constituyendo ésta una entidad orgánica autosuficiente, con capacidad de expansión para reglar jurídicamente cualquier hecho o situación que pertenezca a esa rama de modo coherente. Por lo tanto, proponemos que sea considerada como un instrumento apto para esclarecer, para interpretar, para llenar las lagunas, para atenuar el impacto de las peculiaridades de los ordenamientos jurídicos nacionales»⁴⁴.

A esta altura, cabe interrogarse, ¿Es posible que una normativa uniforme de alcance mundial, una suerte de *lex electrónica* sea aplicada al espacio virtual, soslayando la existencia de las fronteras estatales reales, esquivando los diversos ordenamientos jurídicos que responden a tradiciones y a culturas de la más variada índole?

La *lex informática* ha sido definida como «an expansive concept that has a mixed substantive and methodological content. It covers all sector-specific variations and encompasses both the body of transnational substantive rules of e-business law and usages, as well as the method of their application for the resolution of e-disputes by arbitration»⁴⁵.

⁴² Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, «Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo IV, Iprolex, 2004, ps. 41 – 42.

⁴³ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., *Contratos internacionales, Tercera Parte: Lex mercatoria*. Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 186.

⁴⁴ Puede ampliarse también en: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., «La lex informática: La insoportable levedad del no ser», en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.

⁴⁵ «Es un concepto expansivo que tiene un contenido, a la vez, substantivo y

Asimismo, «the lex informatica is the body of transnational rules of law and trade usages applicable to cross-border e-business transactions»⁴⁶.

Por ende, «sería una especie de normas directas, de amplia libertad, sin intervención estatal, que tendría su propia autorregulación, sus normas de conducta, etcétera, y que podría llegar a «expulsar» al contradictor. Este sistema viene mostrando aciertos parciales, en materia de nombres de dominio fundamentalmente, pero no puede aceptarse, en el estado de desarrollo de hoy, que exista verdaderamente como un sistema normativo general u obligatorio»⁴⁷.

Se lo ha calificado como un concepto amplio, expansivo, en tanto incluye diversas variaciones, matices, dependiendo del sector dentro del comercio electrónico de que se trate: banca, finanzas, industrias...

Variadas justificaciones para la vigencia de la *lex informática* han sido esgrimidas: eludir las normas de conflicto que suelen ser inadecuadas en el contexto electrónico, especialmente cuando no brindan resultados satisfactorios: como cuando el contrato no puede ser localizado o puede serlo en múltiples jurisdicciones, o cuando la posible localización resulta arbitraria. También permite evitar la aplicación de normas materiales de carácter nacional creadas para resolver cuestiones domésticas, y no aptas para conflictos transnacionales. La *lex informática*, además, brindará un grado de uniformidad y predictibilidad al comercio electrónico, que las normas indirectas no pueden alcanzar. Asimismo, se han justificado sus bondades en razones psicológicas, ya que estaría revestida de una suerte

metodológico. Cubre todo sector con sus variaciones específicas y abarca tanto el cuerpo de reglas substantivas transnacionales del derecho del comercio electrónico (B2B) y los usos, así como el método para su aplicación en la resolución de e-disputas a través del arbitraje» (traducción propia) Cfr. PATRIKIOS, ANTONIS, «Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica», Symposium on Enhancing Worldwide Understanding through Online Dispute Resolution, en *University of Toledo Law Review*, (38 UTOLR 271), 2006, p. 274.

⁴⁶ «La lex informática es el cuerpo de reglas jurídicas transnacionales y de usos comerciales aplicables a las transacciones transfronterizas del comercio exterior» (traducción propia). Cfr. GOLDMAN, BERTOLD, «The Applicable Law: General Principles of Law – The Lex Mercatoria, in Contemporary Problems in International Arbitration». (Julien D.M. Lew ed., 1987), citado por PATRIKIOS, ANTONIS, «Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica», Symposium on Enhancing Worldwide Understanding through Online Dispute Resolution, en *University of Toledo Law Review*, (38 UTOLR 271), 2006, p. 277.

⁴⁷ Cfr. MATTEO, VIVIÉN, «Internacionalidad de los contratos celebrados por medios electrónicos y determinación de la ley aplicable», en Rippe, S., Creimer, I., Delpiaggio, C y otros, *Comercio electrónico. Análisis jurídico multidisciplinario*, Ed. Bdef, Julio César Faira Editor, Buenos Aires, 2003, p. 180.

de neutralidad, que los derechos nacionales no tendrían al momento de resolver una controversia contractual.

Por otro lado, han sido invocados argumentos específicos relacionados con las características propias de Internet y del comercio electrónico: la deslocalización del nuevo medio debe corresponderse con soluciones desnacionalizadas⁴⁸. Tal como afirma Oyarzábal, «dado que el ciberespacio está tan desconectado de la geografía física, se ha dicho, resulta necesario abandonar completamente el enfoque del conflicto de leyes tradicional y tratar al ciberespacio como un “lugar” distinto, con sus propias leyes y costumbres y no vinculadas a un país en particular»⁴⁹.

En semejante sentido, Fernández Rozas, expresa que: «Circunstancias a las que se unen situaciones derivadas de las nuevas tecnologías como el comercio electrónico donde la ubicación de la relación contractual en un determinado espacio territorial resulta totalmente irrelevante. En efecto, las normas de conflicto tradicionales en materia contractual en ocasiones no se acomodan a las peculiaridades de la contratación electrónica, señaladamente por las dificultades derivadas de la determinación del lugar de ejecución de la prestación característica. De ahí que se propugne la aplicación de una supuesta *lex electrónica* entendida como un bloque normativo integrado por un conjunto de normas jurídicas de carácter informal aplicables en el sector del comercio en línea derivadas de los usos elaborados en la práctica del comercio electrónico. En todo caso, el carácter abierto y descentralizado de Internet menoscaba la eficacia práctica en ese marco de algunas de las reglas extraestatales, cuyo empleo es más habitual entre partes pertenecientes a un mismo sector de actividad»⁵⁰.

Por su parte, diversas fuentes de la *lex informática* han sido identificadas por la doctrina especializada: principios generales de derecho, instrumentos internacionales, nacionales y supranacionales, normas internacionales de derecho uniforme, laudos arbitrales, usos y costumbres del comercio electrónico, cláusulas contractuales modelo, códigos de conducta, entre las principales.

Al decir de Oyarzábal, «la regulación podría tener una doble fuente nacional e internacional, y adoptar modelos diferentes: autorregulación

⁴⁸ Cfr. PATRIKIOS, Antonis, «Resolution of Cross-Border E-Business Disputes by Arbitration Tribunals on the Basis of Transnational Substantive Rules of Law and E-Business Usages: The Emergence of the Lex Informatica», Symposium on Enhancing Worldwide Understanding through Online Dispute Resolution, en *University of Toledo Law Review*, (38 UTOLR 271), 2006, ps. 287 y ss.

⁴⁹ Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La *lex electronica*: ¿un common law de la Internet?», en Dreyzin de Klor, Adriana y Fernández Arroyo, Diego P. (dirs.), *Revista DeCITA 03.2005. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades. Inversiones Extranjeras*. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2005, p. 365.

⁵⁰ Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, «Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo IV, Iprolex, 2004, ps. 54.

de los proveedores de acceso a Internet por medio de estipulaciones contractuales entre el abonado y el proveedor de servicios y entre el editor y el proveedor de alojamiento; adopción de códigos de conducta de los internautas que garanticen una comunicación comercial responsable y prácticas desarrolladas por los tribunales nacionales con el asesoramiento de los usuarios, los gobiernos, y la industria de Internet, definición de los principios comunes de aplicación al comercio electrónico identificados por los profesionales u organismos internacionales, etcétera»⁵¹.

La consagración de la *lex informática o electrónica* nos estaría indicando que cada tipo de sociedad debe ser gobernada por sus propias reglas. Estaríamos ante una suerte de sociedad internáutica con aptitud para generar usos, prácticas, costumbres que conformarían las denominadas *lex informática, networkia, lex electrónica, cibderecho o cyberlaw*⁵².

Debemos preguntarnos ahora si los jueces podrían aplicar los principios de la *lex electrónica* aun cuando las partes no hayan pactado expresamente su aplicación al contrato celebrado. O bien, si en todo caso, los tribunales deberían restringir, limitar el empleo de la *lex electrónica* solamente a aquellos supuestos en los que las partes la hayan elegido en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Compartimos la opinión de Oyarzábal en tanto afirma que «la *lex electrónica*, como la *lex mercatoria*, es aplicable en principio sólo si las partes convinieron expresa o implícitamente aplicarla. Por lo que los jueces nacionales o los árbitros no pueden referirse a ella equiparándola a un Derecho estatal sin fundamento en la autonomía de la voluntad, por la sola razón de que el contrato fue concluido por Internet y es de ejecución enteramente virtual». «Además las partes deben indicar reglas precisas y constantes de la *lex electrónica* que desean incorporar al contrato, ya que la referencia a la *lex electrónica* sin más no autoriza a los jueces a aplicar principios generales de gran vaguedad, prescindiendo de sus normas de conflicto que les indican un Derecho estatal del cual desprender una regulación concreta»⁵³.

Así como respecto de la *lex mercatoria*, se ha afirmado que: «Los jueces nacionales no pueden, como principio, referirse a la *lex mercatoria* equiparándola a cualquier Derecho estatal sin fundamento en la autonomía de las partes, por la sola constatación de que el contrato pone en tela de juicio los intereses del comercio internacional»... «La referencia a la *lex mercatoria* sin más parece no autorizar a los jueces a la aplicación de

⁵¹ Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La *lex electrónica*: ¿un *common law* de la Internet?», ob. cit., p. 366.

⁵² Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., «La *lex informática*: La insoportable levedad del no ser», en *Libro homenaje a la Doctora Berta Kaller de Orchansky*, Fundación de Córdoba, 2005.

⁵³ Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La *lex electrónica*: ¿un *common law* de la Internet?», ob. cit., p. 367.

principios generales de gran latitud, prescindiendo de las normas de conflicto que le indican un derecho estatal del cual desprender una regulación precisa...»...»No cabe la referencia a la *lex mercatoria* como a un ordenamiento jurídico autónomo mediante una elección de las partes o en virtud de una conexión objetiva...»⁵⁴. Similares argumentos deberían seguirse, a nuestro criterio, respecto de la incipiente *lex informática*.

A su turno, no podemos olvidar que los partidarios de la *lex electrónica*, promueven la resolución de controversias a través de ciberarbitrajes, de ciberjurisdicciones.

De este modo, se garantizaría, según sus adeptos, una interpretación y aplicación adecuadas y uniformes de las reglas aplicables al ciberespacio, que no podría alcanzarse si las controversias fuesen sometidas a tribunales nacionales.

Sin embargo ¿el arbitraje en línea podría reemplazar sin más a las jurisdicciones estatales?; ¿Hasta qué punto una de las partes podría obligar a su contraparte a recurrir a un ciberarbitraje?; ¿Un ciberárbitro podría acaso ejecutar una medida cautelar, podría proceder a la ejecución forzada de la sentencia arbitral o laudo?; ¿Toda controversia surgida en el ciberespacio podría ser sometida de común acuerdo por las partes a un cibertribunal?. De estas cuestiones y de los obstáculos que presentan en los ordenamientos jurídicos vigentes, nos hemos ocupado en otras oportunidades⁵⁵.

Sin embargo, podríamos afirmar que algunos principios propios del comercio electrónico estarían emergiendo, tales como el principio de equivalencia funcional y el de neutralidad tecnológica ya analizados, y también algunas prácticas como la de los profesionales en el B2B en cuanto a utilizar tecnologías seguras que protejan la integridad y confidencialidad de las transacciones.

En consecuencia, estimamos que estos usos y costumbres del ciberespacio, del comercio electrónico, de la contratación celebrada por medios electrónicos puedan cumplir una función integradora del Derecho.

Cabe resaltar que en todo caso, la emergencia de una suerte de *lex informática* no resultaría aplicable a las relaciones B2C, ante la existencia y prevalencia de normas imperativas protectorias de los consumidores, especialmente a nivel nacional.

Concluyendo este punto, coincidimos con Brenna, en cuanto mani-

⁵⁴ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 715 – 716.

⁵⁵ Véase FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y SCOTTI, Luciana, «Obstáculos legales y convencionales al arbitraje electrónico en la República Argentina», en *Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)*, ISSN N° 1514-9358, Volumen XII, N° 1, Buenos Aires, Otoño 2008, ps. 37 a 68.

fiesta que: «cuando un tribunal fuere llamado a intervenir para resolver una disputa de Internet, buscaría en este derecho consuetudinario del ciberespacio, la colección de costumbres, usos y prácticas, ya aceptadas, desarrolladas por las mismas cortes, como la guía de usuarios, gobiernos, industria y demás sujetos reconocidos en la red... Hay un elemento atrayente en esta postura de sostener la creación de un derecho común del ciberespacio cual es que un derecho así conformado se presenta como lo suficientemente flexible para acompañar el rápido devenir del cambio tecnológico, y por ende legal, que es propio del medio. Sin lugar a dudas el proceso legal convencional es mucho más lento y necesita edificarse a partir de consensos que sólo se alcanzan después de transitar largos procesos de negociación política entre los Estados... La primera duda o interrogante que surge en nuestra mente es si están todas las naciones preparadas o capacitadas para permitir que las disputas que involucren a sus ciudadanos sean decididas conforme a un cuerpo de leyes en un todo diferente de su derecho nacional... La primera respuesta parecer ser no. Por el momento no ha sido fácil encontrar puntos de consenso entre los países más desarrollados y nuestros países acerca de reglas comunes para resolver problemas como la protección de propiedad intelectual, o la protección del software, o tipologías de delitos tecnológicos, por mencionar sólo algunos de aquellos sobre los que se ha avanzado un poco. ... La mirada no puede ser ingenua. Existen intereses económicos y políticos significativos en juego, tras cualquier intento de generación de este derecho de Internet. La Internet puede ignorar las fronteras, pero los estados, sus tribunales y sus legislaturas no lo hacen⁵⁶.

C. Los Principios UNIDROIT en el contexto electrónico

Párrafo aparte merecen los Principios UNIDROIT. En efecto, autores como De Miguel Asensio, afirman que los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales elaborados por UNIDROIT⁵⁷ pueden ser «de especial utilidad cuando Internet es el medio utilizado para la formación y ejecución de contratos mercantiles, debido al carácter transfronterizo característico de las actividades en este medio (que no favorece la localización del contrato en un determinado ordenamiento) y al dato de que en esas normas los conflictos de intereses específicos de la contratación electrónica o internacional son objeto de mayor atención que en las

⁵⁶ Cfr. BRENNNA, RAMÓN G., «Internet: espacio virtual sin ubicación ni ley» en Altmark, Daniel (dir.) y Bielsa, Rafael (coord. académico), *Informática y Derecho. Aportes de doctrina internacional*, N° 7, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2001 ps. 43 - 44, y disponible en <http://ecomder.com.ar>

⁵⁷ Los Principios UNIDROIT recopilan las normas generales que deben regir los contratos comerciales internacionales, mientras que los Principios Europeos regulan los contratos intracomunitarios o exclusivamente internos, sin limitarse a la categoría de comercial.

legislaciones nacionales... En esta línea, el empleo de los mencionados Principios de UNIDROIT en la configuración del régimen jurídico de los contratos internacionales aparece típicamente subordinado a que las partes en uso de su autonomía hayan acordado someter el contrato a los Principios o a la *lex mercatoria* (y el intérprete, con frecuencia un órgano arbitral, acuda a los Principios como expresión de la *lex mercatoria*)⁵⁸.

Si bien es innegable que los Principios UNIDROIT no han sido previstos para el contexto cibernetico, un importante sector de la doctrina entiende que son compatibles con esta nueva realidad. Principalmente porque no significan un impedimento para el desarrollo del comercio electrónico en la medida que no exigen reglas particulares que no puedan conciliarse con la naturaleza misma del soporte electrónico⁵⁹.

Así, el artículo 1.2 sobre libertad de forma expresa que: «Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos».

A su turno, el artículo 1.11 (Definiciones), precisa que, «a los fines de estos Principios:... “escrito” incluye cualquier modo de comunicación que deje constancia de la información que contiene y sea susceptible de ser reproducida en forma tangible.»

Es decir que los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004 reconocen el principio de equivalencia funcional.

Sin embargo, no podemos soslayar que, además de los críticas generales a la *lex mercatoria*, y a su par, la *lex informática*, el límite más importante que tiene un instrumento como los Principios UNIDROIT es «la circunstancia de que al ser un compendio aislado, no integrado en un sistema jurídico, puede ser insuficiente en situaciones extremas para colmar las lagunas de regulación del contrato, pese a que lo elaborado de sus reglas y la flexibilidad de éstas limita mucho ese riesgo. En todo caso la eficacia de un instrumento de este tipo –que no forma parte de ningún ordenamiento jurídico– para proporcionar el régimen supletorio del contrato se subordina normalmente al previo acuerdo de las partes en ese sentido, en línea con lo dispuesto en el sistema de Derecho internacional privado que resulte de aplicación»⁶⁰.

En similar inteligencia, se ha manifestado que «es difícil que por vía de ordenamientos tan parciales, UNIDROIT alcance un «sistema» unificado

⁵⁸ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 467.

⁵⁹ Cfr. GAUTRAIS, Vincent, «Les Principes d'Unidroit face au Contrat Électronique», en *Revue Juridique Themis*, (36 R.J.T. 481), 2002.

⁶⁰ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Armonización normativa y régimen jurídico de los contratos mercantiles internacionales», en *Diritto del Comercio Internazionale*, volumen 12, N° 4, Octubre – Diciembre 1998, p. 12.

de Derecho internacional que reúna los caracteres propios de tal, es decir, generalidad, autosuficiencia y completitividad»⁶¹.

IV. Criterios subsidiarios ante a falta de elección de ley aplicable

En el caso de que las partes no hayan elegido la ley aplicable, el fenómeno de los contratos electrónicos nos despierta mayores inquietudes e interrogantes. En efecto, ¿los criterios clásicos en la materia nos brindan soluciones adecuadas?, ¿o éstos deben ser reformulados?. Y en tal caso, ¿cuál sería el alcance de tal reformulación?

No podemos desconocer que las tradicionales reglas del Derecho internacional privado, las normas de conflicto, determinan tanto la jurisdicción como la ley aplicable a un contrato internacional a partir de un punto de conexión que tendrá en cuenta la localización del contrato. Así, si como en el caso de nuestro país, el legislador ha optado por el lugar de ejecución, no existirán mayores problemas en el caso de que el contrato no se ejecute en línea. En cambio, ello no es tan sencillo cuando no sólo la celebración, sino también el cumplimiento del contrato se lleva a cabo en el espacio virtual.

Sin embargo, si bien es cierto que las reglas tradicionales no se adaptan totalmente a los nuevos parámetros impuestos por el comercio electrónico, su utilización no debe ser desechada sin más bajo el pretexto de buscar soluciones novedosas brindadas por un nuevo orden normativo.

Es cierto que los clásicos criterios posiblemente deban sufrir correcciones, modificaciones, para adaptarse a las nuevas modalidades de contratación, pero siempre reportarían un grado mucho más elevado de seguridad jurídica a los operadores del comercio internacional con respecto a la *lex informática*, por los motivos expuestos y las deficiencias de este denominado *CyberLaw*.

En los contratos celebrados electrónicamente, si hay una cuestión claramente problemática es la fijación del lugar de su celebración. Por ende, no resulta de toda conveniencia el sujetar el contrato de conformidad con ese criterio atributivo de ley aplicable. El otro criterio posible, el del lugar de ejecución del contrato, es menos problemático, pero cabe preguntarse acerca del lugar del cumplimiento de qué prestación, de qué obligación contractual. Por ello, también aquí han aparecido los criterios de conexión flexibles, tales como sujetar al contrato a la ley del domicilio del prestador más característico del contrato o bien, a la ley del cumplimiento de la prestación más característica del contrato electró-

⁶¹ Cfr. NICOLAU, Noemí, «Unificación internacional del derecho contractual: la circulación de nuevos modelos jurídicos», en *Revista de Derecho de Daños*, Ed. Rubinzal Culzoni, tomo 2001 – 3, p. 359 y ss.

nicamente celebrado. Esta última corriente, según hemos observado, es la que cuenta con mayores adeptos⁶².

No obstante tales inconvenientes prácticos, tal como afirma Lorenzetti, «en la mayoría de los casos que presentan conflictos, hay lugar de celebración y cumplimiento fijados. Ello es así porque las partes tienen una conducta orientada al «anclaje en el mundo real», fijando domicilios inscritos en registros *off line*, aunque también utilicen sus dominios virtuales, y estableciendo lugares de cumplimiento y cláusulas de jurisdicción. El legislador también pone frenos a la «desterritorialización», estableciendo la obligación del proveedor de servicios de la información de registrarse en un lugar determinado y reglamentando los sistemas de intercambio electrónico para que sean «seguros», y por lo tanto, controlables según parámetros del derecho común»⁶³.

Siguiendo al mismo autor, podemos afirmar que si bien el proceso es indetenible y las relaciones virtuales tienden a su propia autonomía, por su misma configuración, lo cual hace que, por lo menos en algunos sectores, el «lugar» va a ser virtual, «este proceso no debe escandalizar, puesto que es una evolución hacia la abstracción totalmente controlable: el domicilio de las personas físicas, jurídicas, el lugar de los contratos en las relaciones globales es una cuestión de atribución de efectos jurídicos; lo que interesa verdaderamente es que haya una manera segura de imputar efectos jurídicos y no determinar si alguien vive en ese lugar, o si estuvo en él para la celebración o el cumplimiento. En la web hay y habrá muchas maneras de cumplir con este requisito. Por esta razón, deviene relevante la noción de lugar como concepto normativo, independizado de la ontología empírica...»⁶⁴.

A. Ley del lugar de celebración del contrato

Como primera cuestión, el lugar de celebración del contrato será el que pacten las partes de común acuerdo. En ausencia de elección, el legislador procura fijarlo de acuerdo con diversas teorías, que ya hemos analizado. Observamos que la tendencia mayoritaria en la contratación empresaria es fijar el lugar de perfeccionamiento en forma coherente con la teoría de la recepción, según la cual si el contrato se perfecciona cuando

⁶² Sobre la prestación más característica puede verse FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000. De la misma autora, «La prestación más característica del contrato o la polémica continúa», ponencia presentada en las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil ante la Comisión 7 sobre «Régimen de los contratos para la integración del MERCOSUR», Santa Fe, Argentina, septiembre de 1999.

⁶³ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 199.

⁶⁴ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *ob. cit.*, p. 199.

el oferente recibe la declaración, el lugar de celebración es el domicilio de la empresa del oferente. Evidentemente, este domicilio tanto en la contratación tradicional como en la electrónica, debe ser precisado.

Las normas suelen distinguir entre el domicilio principal y las sucursales, y ahora, en la contratación electrónica, se agrega el domicilio donde está organizado el sistema informático.

Algunas propuestas legislativas establecen la obligación de inscribirse en un registro, y fijan el domicilio del oferente en el lugar donde esté registrado y el lugar de celebración del contrato se vincula con este punto de anclaje, al decir de Lorenzetti⁶⁵.

Otro criterio, que en cambio ha tenido poca acogida es fijar el lugar de celebración donde está ubicado el servidor con el cual se celebró el contrato de acceso.

Cabe señalar que en el caso de los contratos de consumo celebrados por medios electrónicos la tendencia, en cambio, es aceptar el domicilio o residencia habitual del consumidor como lugar de celebración.

Así, estudiando una legislación del derecho comparado, vigente en esta materia, el artículo 29 de la Ley de Servicios de la Sociedad de Información (LSSI) española⁶⁶ establece una regla especial⁶⁷ para determinar el lugar en el que se entienden celebrados los contratos electrónicos, distinguiendo según intervenga o no un consumidor como una de las partes contratantes: 1) en los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga un consumidor, se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual, y, 2) en el caso de los contratos electrónicos celebrados entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios.

B. Ley del lugar de ejecución del contrato

¿Cómo determinar el lugar de ejecución de un contrato electrónico?.

⁶⁵ Cfr. LORENZETTI, Ricardo, *Comercio electrónico*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p.201.

⁶⁶ Su nombre completo es Ley 34/2002, de 11 de Julio de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico.

⁶⁷ Especial por tanto se diferencia de la regla general aplicable a los contratos celebrados a distancia, regulados por el artículo 1262 del Código Civil español que dispone: «La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que llegó a su conocimiento. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta». A su turno, el artículo 54 del Código de Comercio español establece en su primer apartado que: «Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, hallándose la remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta».

A simple vista advertimos que este tipo de contratación no cuenta con un lugar específico de cumplimiento, físicamente determinable, en los casos de aquellos contratos cuyo cumplimiento es *on line*, al igual que su celebración.

Sin embargo, tal incertidumbre puede ser disipada por las propias partes que pacten, determinen, definen, precisen en el contrato que celebran por medios electrónicos qué entienden por lugar de cumplimiento o ejecución de aquél. Esta posibilidad, ante la ausencia de un marco legal o convencional específico, resulta ser lo más recomendable.

Por otra parte, ya sea por vía legislativa o bien a través de una convención internacional, la indeterminación del lugar de cumplimiento podría ser superada mediante una calificación autárquica que defina tal expresión en el contexto concreto del comercio electrónico.

C. Ley del lugar del domicilio de las partes

¿Cuál es el domicilio, la residencia, el establecimiento, la administración central de una persona o empresa que opera enteramente en el ciberespacio?

Para un importante sector de la doctrina, el concepto de domicilio o de sede o establecimiento de la empresa no resulta menoscabado por la utilización de comunicaciones electrónicas, aunque debemos reconocer que en todo caso, dificultan su localización.

Una corriente de pensamiento propone asimilar las extensiones geográficas (ar; fr; de; uk; br, etc.) de los nombres de dominio a los territorios estatales. Sin embargo, una primera dificultad son los sitios con extensiones genéricas, especialmente, los .com. Por otra parte, en muchos países aún se puede obtener una extensión geográfica nacional sin tener que justificar ningún tipo de registro físico o matriculación en ese país. Finalmente, una dirección electrónica es sumamente efímera para equipararla a un establecimiento, que se supone con carácter estable y permanente, dado que el responsable de un sitio web puede cambiar de prestatario en todo momento y por ende, cambiar de localización en pocos instantes.

Es por ello que existe cierto consenso a nivel internacional, y especialmente a nivel comunitario en cuanto a que la dirección web no puede constituir por sí sola un lugar de establecimiento, sino que solamente el domicilio real, físico de las partes, o de una de ellas es gravitatorio para indicar a través de la norma de conflicto la ley aplicable.

En efecto, la Directiva 31/2000 en sus considerandos dispone: «Se debe determinar el lugar de establecimiento del prestador de servicios a tenor de lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica la realización efectiva de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye

una sociedad durante un período determinado; cuando se trata de una sociedad que proporciona servicios mediante un sitio Internet, dicho lugar de establecimiento no se encuentra allí donde está la tecnología que mantiene el sitio ni allí donde se puede acceder al sitio, sino el lugar donde se desarrolla la actividad económica.» (Considerando 19).

Por su parte, esta misma doctrina ha sido receptada, entre otras realizaciones, por la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

D. Teoría de la prestación más característica

La prestación más característica del contrato «permite individualizar, identificar, la obligación que diferencia cada contrato de los demás. Es decir, se atribuye apriorísticamente al contrato internacional una naturaleza según la cual una prestación resulta más gravitante, más trascendente, que las restantes y con la suficiente virtualidad y entidad para tipificarlo, para distinguirlo de otros. La búsqueda se encamina hacia la ley más próxima a la dinámica del negocio, a su estructura interna»⁶⁸.

En efecto, con el fin de evitar el fraccionamiento que implica la aplicación de leyes diferentes para las prestaciones recíprocas originadas en un mismo contrato, la jurisprudencia inglesa receptionó la teoría de Schnitzer (Suiza, 1945) sobre la prestación característica. Aquí se marca una diferencia entre el derecho anglosajón y el derecho continental: mientras los tribunales ingleses aplican la ley del lugar de cumplimiento de la prestación característica, el Tribunal federal suizo adoptó desde 1966 la fórmula «domicilio del deudor obligado a cumplir la prestación característica» como punto de conexión⁶⁹.

Esta también fue la versión que acogió la Convención de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980. En efecto, el artículo 4 establece que «en la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presente una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. Se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la celebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será

⁶⁸ Cfr. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 2000, p. 357.

⁶⁹ Cfr. NAJURIETA, María Susana, «Apogeo y revisión de la autonomía en contratos internacionales», en *La Ley* 1986-A, 1006.

aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento»⁷⁰.

Por ende, «el domicilio del deudor es gravitatorio, no el mero lugar de cumplimiento material. A este resultado también se puede llegar armonizando los criterios del art. 1212 del Código Civil argentino, cuya última parte alude al lugar del domicilio del deudor. Consiguientemente, el criterio general de localización es el domicilio del deudor de la prestación característica del contrato»⁷¹.

La determinación de la prestación más característica del contrato, de compartir esta teoría, no sería mayormente afectada por el empleo de Internet como medio para celebrar la contratación, o para ejecutar sus prestaciones. Así, también cuando los contratos se forman y ejecutan por Internet, la parte que realiza la prestación característica en la compraventa es el vendedor y en los contratos de prestación de servicios, quien los facilita: con carácter general, la prestación característica la realiza quien suministra información a terceros a través de la Red, quien permite la utilización de la información contenida en sus bases de datos, quien cede derechos de explotación de obras protegidas por la propiedad intelectual o quien presta otros servicios relacionados con la sociedad de la información. Sin embargo, la determinación de la prestación característica resulta especialmente difícil o imposible cuando en cumplimiento del contrato las diversas partes deben realizar prestaciones equivalentes y ninguna es propiamente remuneratoria.

En igual inteligencia, afirma Oyarzábal «La determinación de la prestación relevante o característica para la localización del contrato no se ve afectada por el empleo de la Internet como medio para la celebración del negocio o para la ejecución de las obligaciones de las partes... La prestación característica la realiza, con carácter general, el contratante que presta servicios o transmite bienes digitales a través de la Red, es decir: el proveedor de acceso a Internet (Internet Service Provider – ISP, en Argentina: AOL, UOL-Sinectis, Intermedia, etc.), el proveedor de alojamiento de sitio web (Internet Presente Provider o Hosting Service Provider; en Argentina: Compaq, IBM, StarMedia, etc.), el editor o proveedor de contenido de página web (Web Site Designer, o Web Site Developer), y el proveedor de servicios *on line*, tales como servicios comerciales de información, de consultoría y de reservaciones, e incluso de mensajería electrónica o *e-mail* y de charla interactiva»⁷².

⁷⁰ A partir del 17 de diciembre de 2009, entró en vigor el Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

⁷¹ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p.697.

⁷² Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional», en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel,

Sin embargo, «la determinación del derecho aplicable conforme a los vínculos más estrechos, presenta la ventaja de ajustar la respuesta jurídica de Derecho internacional privado a las circunstancias de cada caso, pero también el inconveniente de que el derecho aplicable no es fácilmente identificable para las partes. Es una regla que tiende a operar *ex post facto*. Difícilmente podrán las partes adaptar de un modo seguro su conducta a un derecho bien determinado desde las primeras fases de la negociación. La regla es más expresión de un derecho de base judicial que de un derecho de base legal. Lo importante es buscar un mejor equilibrio entre un resultado ajustado a las circunstancias del caso y la ineludible exigencia de seguridad y de previsibilidad de respuesta jurídica»⁷³.

Además, una de las críticas más severas que ha sufrido la teoría de la prestación más característica, desde la mirada de sus detractores, está vinculada a la consolidación de la posición del contratante más fuerte, especialmente cuando intervienen partes con diverso poder negociador⁷⁴.

V. Soluciones del Derecho Internacional Privado Argentino de fuente interna y convencional

En el Derecho internacional privado argentino, no existen normas indirectas específicas que indiquen, a falta de previsión por las partes, el derecho aplicable especialmente a los contratos internacionales celebrados a través de medios electrónicos. En general, tampoco el derecho argentino cuenta con normas directas, materiales sobre comercio electrónico, salvo en lo que respecta al régimen de la firma digital⁷⁵.

A. Fuente interna: Código Civil de la Nación

El Código Civil no contiene ninguna norma expresamente consagrada

⁷³ Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*. Ed. Zavalía – Fundação Boiteux, Brasil, 2006,

⁷⁴ Cfr. DREYZIN de KLOR, Adriana, SANTUCCIONE, Gabriela y D'ERAMO, María Rita, «Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales», en *La Ley* 1995-D, 1037.

⁷⁵ Puede ampliarse el análisis de los aspectos favorables y criticables de la Teoría de la prestación más característica en: FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., «La prestación más característica del contrato o la polémica continúa», ponencia presentada en las XVII Jornadas Naciones de Derecho Civil, Santa Fe. Argentina, 1999 y *Derecho Internacional Privado, Parte especial*. Ed. Universidad. Buenos Aires, 2000, ps. 356 – 358.

⁷⁵ Nos referimos a la Ley 25.506 de firma digital, aprobada el 14 de noviembre de 2001 y su decreto reglamentario 2628 del 19 de diciembre de 2002, que consagraron el principio de equivalencia funcional en el derecho argentino en materia de firma digital.

a la autonomía de la voluntad en el orden internacional. Quienes defendieron su aplicación en el ámbito internacional se fundaron en el art. 1197 de ese cuerpo legal. En cambio, quienes negaron esta posibilidad se basaron en los Tratados de Montevideo, en especial en la versión de 1940. Sin embargo, en la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacionales reconocen este principio con ciertos límites.

En este sentido, Goldschmidt entiende que hay una práctica contractual en Argentina favorable a la autonomía de las partes como punto de conexión⁷⁶, recepcionada en convenios celebrados por la Nación y reconocida por la jurisprudencia. Por su parte, Boggiano fundamenta la autonomía conflictual en normas positivas, admitiendo dos alcances: a) con posibilidad de elección restringida a los lugares de real cumplimiento del contrato, con fundamento en los arts. 1209, 1210 y 1212 del Código Civil, y b) con criterio amplio de elección, aun cuando el derecho elegido no coincida con el lugar de ejecución del contrato, basándose en la facultad de prorrogar la jurisdicción en jueces o árbitros que actúen en el extranjero que establece el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Dado que para este autor, «la elección de un tribunal implica una elección tácita, pero inequívoca del D.I.Pr. del tribunal elegido, y pudiendo ser elegido el D.I.Pr. –que es lo más–, se puede elegir el derecho privado aplicable, que es lo menos»⁷⁷.

Por otra parte, en ausencia de elección de la ley aplicable a los contratos internacionales, debemos remitirnos a lo dispuesto por el Código Civil en los artículos 1205, 1209 y 1210, que son normas generales para todo tipo de contrato internacional, sin atender a las particularidades de algunos contratos específicos, como los electrónicos, entre tantos otros.

El artículo 1205 establece: «Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados». A su turno, el artículo 1209 dispone: «Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros». Finalmente, el artículo 1210 expresa: «Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros».

⁷⁶ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7^a edición. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 198.

⁷⁷ Cfr. BOGGIANO, ANTONIO, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 678 – 679.

Como se puede observar, existe una aparente contradicción entre el artículo 1205, que somete los contratos a la ley del lugar de celebración, y los artículos 1209 y 1210, que los sujetan a la ley del lugar de ejecución. Es por ello que la doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado a fin de dilucidar tal contradicción. En este sentido, mayoritariamente, se interpreta lo siguiente: si el contrato tiene *ab initio* algún contacto con la República Argentina, rigen los artículos 1209 y 1210, y se aplica la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si el contrato no tiene vinculación con nuestro país, la ley aplicable será la del lugar de celebración del contrato, conforme al artículo 1205 del Código Civil⁷⁸. Es decir, debemos distinguir entre contratos con y sin contacto con el derecho argentino. Tendrán tal contacto si fueron celebrados o tienen lugar de cumplimiento en nuestro país. Por ende, si el contrato tiene un contacto argentino, rige la tesis de Savigny: se rige por la ley del lugar de cumplimiento. En cambio, si no presenta dicho contacto, se regirá por la ley del lugar de celebración, tesis célebre de Story.

Tal como advierte Golsdchmidt es falso creer que todos los contratos con contacto argentino, se rigen por el derecho argentino, y los que no lo poseen por el derecho extranjero, ya que los primeros se regirán por la ley del lugar de cumplimiento, sea éste local o extranjero⁷⁹.

En suma, «cuando la celebración del contrato o su ejecución se relacione, aunque sea parcialmente, con el territorio argentino, ya no cabe aplicar la norma del conflicto del art. 1205 del Código Civil – cuyo punto de conexión es el lugar de celebración, sino la que establecen los arts. 1209 y 1210 cuyo punto de conexión es el lugar de cumplimiento»⁸⁰.

En los artículos 1212 y 1213, el Código Civil aporta calificaciones autárquicas flexibles del punto de conexión «lugar de cumplimiento», aun cuando en el caso de los contratos sinalagmáticos, queda abierto el interrogante dado que existen por lo menos dos lugares de cumplimiento. Para estos casos, un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia locales, recurre a la teoría de la prestación más característica, ya analizada.

En este punto, cabe recordar que esta tesis resulta, en todo caso, aplicable en materia de ley aplicable, a fin de evitar que existan múltiples derechos aplicables. En cambio, en materia de jurisdicción competente, el criterio imperante nos orienta a calificar «lugar de cumplimiento», como cualquier lugar de cumplimiento del contrato, con la finalidad de abrir un abanico de foros disponibles.

⁷⁸ Cfr. FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L., *Contratos internacionales*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 36.

⁷⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7^a edición. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 394.

⁸⁰ Cfr. BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 700.

A su vez, nuestro Código Civil se ocupa de los contratos entre ausentes en el artículo 1214: «Si el contrato fuere hecho entre ausentes por instrumento privado, firmado en varios lugares, o por medio de gentes, o por correspondencia epistolar, sus efectos, no habiendo lugar designado para su cumplimiento, serán juzgados respecto a cada una de las partes, por las leyes de su domicilio». Para estos casos, el codificador optó por un punto de conexión acumulativo en cuanto a la validez del contrato, en cambio los efectos, las prestaciones, las obligaciones de las partes se rigen por la ley del respectivo domicilio⁸¹.

Estas normas indirectas, recalificando los respectivos puntos de conexión elegidos por nuestro codificador, podrían ser adaptadas al comercio electrónico, mientras no se sancionen reglas específicas. Volveremos sobre esta afirmación en nuestras conclusiones.

B. Fuente convencional: Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

Mientras que el Tratado de 1889 no se pronuncia expresamente sobre la facultad de las partes de elegir la ley aplicable, en su versión de 1940, rechaza el principio (Protocolo Adicional de 1940, artículo 5)⁸².

Sin embargo, para un sector de la doctrina, si un contrato, por ejemplo es celebrado en Montevideo, y la prestación tiene lugar de cumplimiento en Buenos Aires, resultando aplicable el derecho argentino, por vía de la doctrina del reenvío, sería admisible el acuerdo de partes en tanto nuestro país acoge el principio de autonomía de la voluntad⁸³.

En consecuencia, someten los contratos a la ley del lugar de cumplimiento, siguiendo la doctrina clásica de Savigny. En efecto, el artículo 32 del Tratado de 1889 expresa que «La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.» Y la siguiente disposición establece que la misma ley rige su existencia, su naturaleza, su validez, sus electos, sus consecuencias, su ejecución y todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto. A su turno, el artículo 37 del Tratado de 1940 contiene una disposición casi idéntica. Por su parte, el artículo 40 establece que

⁸¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7^a edición. Ed Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 395.

⁸² Resulta muy ilustrativo el debate suscitado en torno a la aceptación o rechazo de la autonomía de la voluntad, que consta en las Actas de ambos Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado de Montevideo. Una exégesis de éstas puede verse en FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., *Contratos internacionales, Segunda Parte: Autonomía de la voluntad*, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 97 y ss.

⁸³ Cfr. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*. Basado en Teoría Trialista del Mundo Jurídico. 7^a edición. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 392.

«Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos en los cuales no pueda determinarse, al tiempo de ser celebrados y según las reglas contenidas en los artículos anteriores, el lugar de cumplimiento.» Es decir, el Tratado de 1940 prevé un punto de conexión subsidiario: el lugar de celebración del contrato.

Los contratos entre ausentes se rigen por la ley del lugar de ejecución. Así, el artículo 37 del Tratado de 1889 dispone que: «La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta.» Y según el artículo 42 de la versión de 1940, «La perfección de los contratos celebrados por correspondencia o por mandatario, se rige por la ley del lugar del cual partió la oferta aceptada.»

No podemos soslayar que si bien cuando Internet es utilizada como mero medio de comunicación para la celebración de un contrato sobre bienes materiales, las normas de conflicto de los Tratados de Montevideo son perfectamente aplicables; cuando, en cambio, los bienes objeto del contrato son inmateriales y la ejecución del contrato se realiza *on line*, la aplicación automática de los criterios tradicionales que adoptan la célebre obra codificadora se convierte en una tarea mucho más ardua⁸⁴.

C. Fuente convencional: la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG)

El número de Estados ratificantes de la Convención de Viena de 1980, así como la aplicación generalizada por parte de jueces y árbitros, y la propia invocación de las partes como derecho aplicable a las compraventas que celebran, nos hace pensar si podría resultar aplicable a los contratos de compraventa internacional *on line*.

Recordemos que la CISG regula sólo algunos aspectos de la compraventa: la formación del contrato y las obligaciones entre vendedor y comprador (art. 4), excluyendo expresamente aspectos tales como la apreciación de la validez del contrato (art. 4.a), los efectos del contrato sobre la propiedad de las mercaderías (art. 4.b), y la responsabilidad civil del vendedor por los daños causados por las mercancías vendidas (art. 5). Además sólo cubre compraventas internacionales, y dentro de ellas, exclusivamente las de mercaderías, y aun así no todas las mercancías quedan comprendidas.

a. Ámbito de aplicación

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG), según su artículo 1.1, se aplica no sólo cuando las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la

⁸⁴ En el mismo sentido, se pronuncia OYARZÁBAL, MARIO, «La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional», en *Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho*, N° 10.687, Año XLI, Buenos Aires, 5 de febrero de 2003, p. 2.

ley de un Estado contratante, sino también cuando se trata de contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes miembros de la Convención.

Cabe advertir que esta condición de aplicación no es, a simple vista, tan sencilla de interpretar en el ámbito virtual, ya que las partes no necesariamente conocen el lugar de establecimiento de la contraparte.

Asimismo, la Convención de Viena establece un conjunto de normas materiales reguladoras del contrato de compraventa internacional de mercaderías. Principalmente, según lo dicho, regula la formación del contrato (parte II), los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, así como las acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento de alguna de las partes de todas o parte de sus obligaciones contractuales o legales (parte III).

Explican Garro y Zuppi, que el ámbito de aplicación de la Convención se encuentra limitado en cuatro aspectos: «En primer lugar, la Convención sólo se aplica a la compraventa internacional de mercaderías. La Convención se encarga de limitar el concepto de compraventas (art. 2º a-c) y de excluir cierto tipo de mercaderías (art. 2º d-f) de su ámbito de aplicación. En segundo lugar, el carácter «internacional» de la compraventa se encuentra limitado por el domicilio de las partes contratantes y las normas de Derecho internacional privado (art. 1º). En tercer lugar, la Convención no se aplica a cierto tipo de cuestiones relacionadas con el contrato de compraventa internacional de mercaderías (art. 4º). Finalmente, la Convención reconoce el principio de la autonomía de la voluntad, confiriendo a las partes la facultad de excluir, total o parcialmente, las disposiciones de la Convención (art. 6º)»⁸⁵.

La Convención excluye de su ámbito de aplicación las compraventas de productos para uso personal o familiar⁸⁶. Al respecto se sostiene que «la razón principal de excluir la venta a consumidores del ámbito de aplicación ha sido la de evitar un eventual conflicto entre las normas de la Convención y las leyes de orden público de protección al consumidor. La legislación especial de protección al consumidor ha sido incorporada en estos últimos años a numerosos ordenamientos jurídicos»⁸⁷.

⁸⁵ Cfr. GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, págs. 72-73.

⁸⁶ Cfr. Artículo 2. La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad.

⁸⁷ Cfr. GARRO, Alejandro y ZUPPI, Alberto, *Compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, págs. 81 - 82.

Tampoco cubre todas aquellas compraventas de servicios ya que se refiere específicamente a productos, bienes, mercaderías. En este sentido, debemos pensar si la Convención resultaría aplicable a los contratos celebrados y ejecutados en línea. Ello dependerá de la calificación, del alcance que le demos al término «bien» o «mercadería». Es decir, si lo identificamos con bienes muebles o si además consideramos que debe tratarse de bienes muebles corporales. Veamos.

b. *Aplicabilidad de la CISG a los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos*

Según De Miguel Asensio, en la medida que la Convención de Viena «contiene un régimen elaborado de normas sobre formación del contrato y obligaciones de las partes en la compraventa internacional tiene un gran impacto en el comercio por Internet. Sus reglas sobre forma... y formación del contrato... y notificaciones entre las partes... constituyen un conjunto elaborado de principios y normas flexibles adecuados para dar respuesta al empleo de las modernas técnicas de comunicación en la celebración de los contratos de compraventa internacional»⁸⁸.

Sin embargo, la doctrina ha manifestado que la Convención de Viena no sería aplicable a cierta categoría de contratos concluidos por Internet. Por una parte, según el artículo 2.a), no se aplica a las compraventas de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de esa circunstancia. Con lo cual, quedaría excluido del ámbito de aplicación de la CISG el comercio electrónico B2C.

En cierta medida, cabe advertir que en el contexto del comercio electrónico, no siempre será sencillo y evidente que el vendedor pueda tener conocimiento de la calidad de consumidor de su contraparte.

Por otra parte, resulta cuanto menos controvertido comprender dentro del concepto de mercaderías a ciertos bienes inmateriales que constituyen el objeto más usual de las transacciones por Internet, tales como programas, grabaciones musicales, libros electrónicos, susceptibles también de ser transmitidos en soporte material. Al respecto, prestigiosos especialistas afirman que: «cabe incluir en el concepto de mercadería todos aquellos bienes en formato electrónico que son susceptibles de ser transmitidos en soporte material (por ejemplo CD – ROM o *diskette*), formato en el que comercializados tradicionalmente (existe equivalente funcional entre la transmisión digital en línea y la entrega de un ejemplar en soporte material), si bien aquéllos en determinados aspectos tienden a ser equiparados a la presentación de servicios.» En cambio, deberían quedar fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena, «las transacciones

⁸⁸ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 464 – 465.

cuyo objeto es la cesión de derechos de explotación de una creación intelectual o la cesión o licencia de derechos de propiedad industrial o *know-how*, así como los contratos de distribución de programas de ordenador y los de cesión de uso por tiempo limitado»⁸⁹.

Por otro lado, la Convención es sin dudas aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías concluidos electrónicamente, pero ejecutados *off line*.

Por su parte, cabe mencionar la primera opinión consultiva del 15 de agosto de 2003 del Consejo Consultivo de la Convención (CISG-AC)⁹⁰, a solicitud informal de la Cámara de Comercio Internacional que inquirió sobre la compatibilidad del texto de la CISG con las comunicaciones electrónicas. Esta opinión revisa todos los artículos de la Convención en los que de algún modo u otro la utilización de comunicaciones electrónicas podrían tener incidencia. En términos generales, evidencia que la CISG es capaz de compatibilizarse con los nuevos medios electrónicos, y para ello, sugiere la forma en que éstos se podrían acomodar a su texto⁹¹.

Así, por ejemplo, el Consejo Consultivo respecto del artículo 11⁹², interpretó que el contrato podrá celebrarse o probarse por medios de comunicación electrónica ya que estima que al no exigirse ninguna forma en este artículo, la CISG permite a las partes celebrar contratos electrónicamente.

En relación con el artículo 13⁹³, interpretó que el término «por escrito» también incluye los medios de comunicación electrónicos susceptibles de ser recuperados en forma tangible. Es decir, el prerrequisito de «por escrito»

⁸⁹ Cfr. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho Privado de Internet*, segunda edición actualizada, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 466.

⁹⁰ El objetivo del CISG-AC es promover la promoción de la interpretación uniforme de la Convención, por lo que el precepto del artículo 7 CISG se convierte en el faro que guía al grupo. Se trata de una iniciativa privada, puesto que sus miembros no representan a sus países, ni a culturas jurídicas en particular o tradiciones legales concretas, sino que son estudiosos de la Convención que intentan responder a las cuestiones candentes, y conflictivas de la Convención. En definitiva, el principal propósito del CISG-AC es emitir opiniones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención, ya sea a pedido de parte interesada o por previa petición o a su propia iniciativa.

⁹¹ Ver GARRO, Alejandro, PERALES VISCASILLAS, Pilar y PÉREZ PEREIRA, María, «Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): Primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)», en *RCE*, núm. 44, diciembre 2003, pp. 39-56, y en *Derecho y Tecnología*. Centro de Investigaciones Jurídicas y políticas N° 5/2004. Universidad Católica de Táchira, San Cristobal, Venezuela, julio – diciembre 2004.

⁹² Artículo 11 CISG. El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.

⁹³ Artículo 13 CISG. A los efectos de la presente Convención, la expresión «por escrito» comprende el telegrama y el télex.

se satisface siempre que la comunicación electrónica sea capaz de cumplir las mismas funciones que un mensaje en papel: la posibilidad de guardar (recuperar) el mensaje y entenderlo (comprenderlo). Sin embargo, advierte que esta opinión no concierne a las reservas hechas por los Estados de acuerdo con el art. 96 CISG ni impone restricción alguna a los Estados que hayan hecho tal reserva, como es el caso de la República Argentina (Ley 22.765, art. 2º). Formular esta reserva implica que cuando una de las partes contratantes tenga su establecimiento en nuestro país, la celebración, modificación y extinción del contrato por mutuo acuerdo deberá revestir la forma escrita.

Asimismo, el Consejo Consultivo interpretó, adecuando a los nuevos medios de comunicación, los siguientes términos empleados por la CISG: «llega», «llegada», «envío», «verbal», «comunica», «comunicación», «medios de comunicación instantánea», «aviso».

La doctrina nacional, en general, está de acuerdo, asimismo, con esta opinión: «No hay indicación... de que la Convención buscara excluir ningún tipo específico de comunicación de su ámbito de aplicación. Ocurre simplemente que estas nuevas tecnologías no estaban disponibles en la época en que se adoptó la Convención en 1980. Por lo que estamos en presencia de una laguna que debe considerarse a la luz de los principios generales de libertad de formas y de autonomía de las partes en los que se basa la Convención (arts. 7.2, 6 y 11). Principios que sugieren una interpretación amplia inclusiva de «todas las formas de comunicación electrónica»⁹⁴.

Finalmente, cabe resaltar que la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales en su artículo 20.1 establece que sus disposiciones «serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte: ... Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 11 de abril de 1980)...»⁹⁵.

⁹⁴ Cfr. OYARZÁBAL, Mario J. A., «La ley aplicable a los contratos en el ciberespacio transnacional», en Dreyzin de Klor, Adriana, Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luiz Otávio (dirs.), *Revista DeCITA 5/6.2006. Derecho del comercio internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*. Ed. Zavalia – Fundação Boiteux, Brasil, 2006, p. 134.

⁹⁵ Sobre la compatibilidad de ambas convenciones, puede ampliarse en MAZZOTA, Francesco G., «Notes on the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts And Its Effects on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods», en *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, (33 RUCTLJ 251), 2007.

D. Proyectos de reforma en la República Argentina

El más reciente Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado, elaborado por la Comisión designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02 y presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003, propone un capítulo completo dedicado a los Contratos.

En efecto, el capítulo V (arts. 68 a 80) del Título III se dedica a la ley aplicable a los contratos. Regula tanto la elección del derecho por las partes (autonomía de la voluntad) y sus límites, así como dispone el derecho aplicable a falta de elección. Asimismo, en el artículo 74, el Proyecto define la ley aplicable a la forma del contrato. Y a partir del artículo 75 regula contratos específicos: sobre inmuebles, de intermediación y representación, de transporte terrestre de cosas, de transporte terrestre de personas, contratos celebrados con consumidores, y de trabajo.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado propone el reconocimiento legislativo expreso y amplio del principio de la autonomía de la voluntad en las obligaciones contractuales. En efecto, el artículo 69 dispone: «Elección del derecho. La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia».

Asimismo, se introduce expresamente la posibilidad de que las partes puedan generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coercitivas del derecho aplicable dándole amplia cabida a la autonomía material. No se aclara que la autonomía material debe ser expresa, lo cual daría lugar al ejercicio de la autonomía material tácita.

La autonomía de la voluntad reconocida en el Proyecto en toda su amplitud, le permite a las partes el empleo del *depeçage*, así como la modificación del derecho aplicable en cualquier momento, inclusive durante el proceso.

En cuanto a las limitaciones en el ejercicio de la autonomía de la voluntad se dejan a salvo las que denomina normas argentinas dictadas para preservar el interés público.

La determinación de la ley aplicable a falta de elección por las partes en el Proyecto de Código resulta del artículo 72 según el cual «el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta vínculos más estrechos». Seguidamente se introducen dos presunciones, una principal

y otra subsidiaria, el lugar de cumplimiento de la prestación más característica y la residencia habitual del deudor de la prestación más característica.

Se regulan los contratos relativos a inmuebles o a su utilización, y los contratos celebrados con consumidores, contratos en los que se veda a las partes la posibilidad de ejercitar la autonomía de la voluntad, sometiéndolos a la ley del lugar de la residencia del consumidor. En efecto, el artículo 79 dispone que los contratos relativos a la prestación de servicios o provisión de cosas muebles destinados a un uso personal o familiar del consumidor, que sean ajenos a la actividad comercial o profesional de éste, así como también los contratos que tengan por objeto la financiación de tales prestaciones, se rigen por el derecho del Estado de la residencia habitual del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato ha sido precedida de una oferta o de una publicidad realizada o dirigida al Estado de la residencia habitual del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado de la residencia habitual del consumidor; c) si el consumidor ha sido inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido.

Sin embargo, lamentablemente, la Comisión designada desaprovechó la oportunidad para incorporar aunque sea algunas normas básicas destinadas a la regulación de los contratos celebrados por medios electrónicos y además omitió tener en cuenta las nuevas tecnologías al regular los contratos celebrados por consumidores exigiendo que para que resulte aplicable la ley de su residencia habitual, aquél deberá haber cumplido en tal lugar los actos necesarios para la conclusión del contrato, lo cual resulta de casi imposible comprobación en el contexto electrónico, razón por la cual, este requisito fue omitido tanto en el Reglamento (CE) N° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas, 2000), como en el reciente Reglamento (CE) N° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁹⁶.

⁹⁶ Puede ampliarse en: FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L., RODRÍGUEZ, Mónica y SCOTTI, Luciana B., «Dictamen del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro» (resumen), publicado en *Revista Síntesis Forense* N° 116. Septiembre / Octubre 2005. Páginas 42/49. Texto completo disponible en «Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Primera parte)», en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Ed Albremática, fecha de publicación: 26 de octubre de 2007. 20 páginas. Y Segunda parte, en *Suplemento mensual de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, www.eldial.com, Ed. Albremática, fecha de publicación: 23 de noviembre de 2007. 18 páginas.

VI. Soluciones propuestas por la ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL (AADI)

Las soluciones consideradas factibles en materia de derecho aplicable en las relaciones jurídicas por Internet del XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional – XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Luis María Drago», celebrado entre el 23 y el 25 de octubre de 2003 en San Fernando del Valle de Catamarca, Sección Derecho Internacional Privado, en lo que resulta pertinente, fueron:

1) El derecho elegido, y las normas materialmente acordadas mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes estimándose de aplicación los límites a esas formas de autonomía, derivados del orden público, normas de policía y eventualmente normas coactivas del derecho elegido.

2) Se remarca la conveniencia de arribar a normas convencionales uniformes de fuente internacional (derecho sustantivo de Internet y/o derecho conflictual de Internet).

3) Normas materiales de base legal en el Derecho internacional privado de fuente interna, especialmente adaptadas en la naturaleza de este tipo de cybercasos, con soluciones armonizadas con los estándares mínimos alcanzados a nivel internacional.

4) Como reglas subsidiariamente aplicables, en defecto de las fuentes anteriores, parece plausible proponer la aproximación funcional a los criterios ya utilizados por el Derecho internacional privado, atendiendo a la adecuación más conveniente según la diversa naturaleza que pueden presentar los casos concretos (*v.gr.* contratos celebrados y ejecutados *on line*, contratos celebrados *on line* y ejecutados *off line*, contratos B2B, B2G, B2C, C2C, P2P, etc.):

a) La ley del lugar de cumplimiento,

b) La ley del lugar de emisión de la oferta o del domicilio de origen; la ley del lugar de recepción, que se da cuando entra el mensaje en el sistema de información del destinatario, (análog. lugar de celebración).

c) La ley del lugar de domicilio o residencia habitual de ambas partes (*depeçage*, análog. art. 1214 del cód. civil)

d) Se destaca la necesidad de prever o utilizar cláusulas escapatorias que permitan al juzgador liberarse de soluciones rígidas y elegir el derecho más adecuado a la naturaleza del caso, con un criterio de mayor proximidad.

e) En contratos de consumo parece recomendable adoptar la ley del domicilio o residencia habitual del consumidor, o la ley del domicilio del proveedor, vendedor o prestador de servicios, cuando ésta fuera más favorable.

f) Aplicación de una *cyberlaw* o *lex mercatoria* adaptada a la modalidad del ciberespacio.

g) Aplicación de principios de derecho uniforme generalmente aceptados.

Tal como podemos observar, las conclusiones de la A.A.D.I. sobre este particular coinciden, en gran medida, con las propuestas y opiniones imperantes en la doctrina nacional e internacional.

VII. *Soluciones en la Unión Europea*

Después de arduos trabajos, el 17 de junio de 2008, fue aprobado el Reglamento (CE) N° 593 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), que entró en vigor el 17 de diciembre de 2009 y se aplica a los contratos celebrados a partir de esa fecha.

Según el artículo 24, el Reglamento sustituye al Convenio de Roma de 1980 en los Estados miembros, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y a los que no se aplica el Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado. Tales serían, en principio, los casos de Irlanda, Reino Unido y Dinamarca⁹⁷. En efecto, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no ha participado en la adopción del Reglamento. Dicho país, por lo tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación. En cambio, Irlanda y Reino Unido están vinculados por el Reglamento, ya que Irlanda notificó, ya durante los trabajos preparatorios del Reglamento, su deseo de participar en la adopción y aplicación del nuevo instrumento; y por su parte, el Reino Unido, después de haber notificado su decisión de no participar en la adopción del Reglamento, finalmente ha comunicado su solicitud de aceptar el Reglamento⁹⁸.

En consecuencia, en la medida en que sustituye a las disposiciones del Convenio de Roma para los restantes miembros de la Unión Europea, se entenderá que toda remisión a éste se refiere al Reglamento.

⁹⁷ En efecto, disponen los siguientes considerandos del Reglamento: (44) De conformidad con el artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento.(45) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y sin perjuicio del artículo 4 del mismo, el Reino Unido no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculado por el mismo ni sujeto a su aplicación.(46) De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por tanto, no está vinculada por el mismo ni sujeta a su aplicación.

⁹⁸ Cfr. Decisión de la Comisión 2009/26/CE de 22 de diciembre de 2008 (DOUE L 10, de 15 enero 2009).

La nueva norma comunitaria reproduce en gran medida las disposiciones del Convenio de Roma.

En términos generales, una de las diferencias más significativas está relacionada a las reglas para determinar la ley aplicable en ausencia de elección de las partes.

De acuerdo al artículo 4 del Reglamento, a diferencia del Convenio, en defecto de elección de ley, la ley aplicable debe determinarse con arreglo a la norma especificada para cada tipo particular de contrato⁹⁹. Sólo en el caso de que el contrato no pueda catalogarse como uno de los tipos específicos, o de que sus elementos correspondan a más de uno de los tipos especificados, debe regirse por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato. En el caso de un contrato cuyo objeto sea un conjunto de derechos y obligaciones que pueda catalogarse como correspondiente a más de uno de los tipos especificados de contrato, la prestación característica del contrato debe determinarse en función de su centro de gravedad.

Pero si el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en cada caso, una cláusula de escape establece que ha de aplicarse la ley de ese otro país. Para determinar dicho país debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

A su turno, cuando la ley aplicable no pueda determinarse sobre la base de que el contrato pueda catalogarse como uno de los tipos especificados ni por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, el contrato debe regirse por la ley del país con el cual presente unos vínculos más estrechos. Para determinar ese país debe tenerse en cuenta también, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión tiene una relación muy estrecha con otro contrato o contratos.

Si bien el nuevo Reglamento no contiene normas específicamente destinadas a los contratos celebrados a través de medios electrónicos, en materia de contratos de consumo (artículo 6) según el Considerando 24, deja constancia que resulta necesario tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia. Asimismo, invoca la exigencia de coherencia con el Reglamento (CE) N° 44/2001. Por ende, se refiere a la «actividad dirigida» como condición para aplicar la norma protectora del consumidor. Este concepto debe ser objeto de una interpretación armoniosa en ambos Reglamentos. En este sentido, recordemos que una declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del

⁹⁹ Contratos de compraventa de mercaderías; contratos de prestación de servicios, contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o de arrendamiento de un bien inmueble; contratos de franquicia, contratos de distribución, contratos de venta de bienes mediante subasta, contratos celebrados en un sistema multilateral. (artículo 4, inc. 1, a) a h).

Reglamento (CE) N° 44/2001 especifica que para que el artículo 15, apartado 1, letra c), sea aplicable «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Esta declaración aclara también que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente».

En esta inteligencia, el artículo 6 dispone que «el contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional («el consumidor») con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.»

Por ende, en el reciente Reglamento el ámbito material del precepto se extiende a cualquier contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, para lo cual se califica al consumidor pasivo en consonancia con el artículo 15 del Reglamento de Bruselas. Y eliminó la exigencia de que el consumidor hubiere realizado en el Estado de su domicilio o residencia habitual los actos necesarios para la celebración del contrato, de difícil individualización en el comercio electrónico.

VIII. *Reflexiones finales*

Internet, la web, el espacio virtual, el mundo cibernetico constituye un escenario novedoso, inusitado, asombroso, que origina múltiples oportunidades a quienes desean operar en él. Sin embargo, a la vez, trae consigo una gran incertidumbre jurídica, que conspira en gran medida con su pleno despliegue y evolución.

Los operadores del Derecho, legisladores, jueces, abogados, asesores legales, docentes e investigadores tienen ante sí un desafío importante: crear, evaluar y aplicar reglas jurídicas idóneas para este nuevo ámbito, que, en definitiva, fue creado por el propio hombre.

En miras al cumplimiento de tal cometido, el Derecho internacional privado puede jugar un rol destacado, en tanto y en cuanto este medio es

eminente mente internacional y tiene la suficiente virtualidad para permitir un crecimiento exponencial de las relaciones jurídicas transfronterizas entre particulares.

Desde una mirada superficial, cierto es que los métodos clásicos, característicos de nuestra disciplina que conducen a localizar cada relación jurídica territorialmente, espacialmente dentro de las fronteras de un Estado para indicar como aplicable su ordenamiento jurídico, no se compadecen a simple vista con la forma en que nacen, se desarrollan y extinguen los vínculos en Internet.

No obstante, en la tarea de localizar las relaciones jurídicas en el mundo real, gracias a los criterios savignianos, con las diversas adaptaciones y matices que sufrieron a lo largo del tiempo en los ordenes jurídicos estatales y convencionales, el legislador apela, en ocasiones, a presunciones, ficciones, tan comunes en el universo del Derecho, que permitían y permiten al juez competente aplicar ya sea su propio derecho, ya sea el derecho extranjero, según cuál sea el más conforme con la naturaleza jurídica de la relación.

Ahora también debemos recurrir a la «regla de solución», de Savigny: aplicar a cada relación jurídica que se desenvuelva en Internet, o en general, a través de los nuevos medios que nos brinda la tecnología, el derecho más conforme a su naturaleza, ya sea local o extranjero, gracias a la búsqueda de su asiento jurídico.

Acaso, ¿qué razón esencial justifica, habilita a disponer y aplicar dos regímenes jurídicos diversos, con métodos disímiles, según se trate de una misma relación jurídica contractual, mismo objeto, misma causa, idénticos sujetos, que se desarrolle en el llamado mundo real o que se despliegue en el aparentemente inasible mundo virtual?

Por el contrario, semejante distinción conspiraría con el principio de no discriminación y de neutralidad tecnológica, pilares del comercio electrónico. En tal sentido, consideramos que una premisa básica a tener en cuenta para regular la cuestión que nos ocupa es evitar asimetrías sin fundamento jurídico real entre los criterios aplicables a la contratación internacional tradicional y a la contratación internacional *on line*.

El mundo real y el mundo virtual no son compartimentos estancos, no pueden ser tratados, por ende, como espacios jurídicos desconectados, porque en definitiva somos los mismos seres humanos los que nos movemos, comunicamos, comerciamos, contratamos en uno y en el otro. Los problemas son los mismos, y en consecuencia, las soluciones no pueden ser divergentes.

Por lo expuesto, estimamos que en gran medida los principios, criterios, métodos, reglas que rigen los contratos internacionales deben ser tenidos en consideración al momento de legislar en materia de contratación electrónica, y en ningún caso deben alejarse desmesuradamente de éstos,

pues en definitiva, no dejan de ser un tipo peculiar, una especie de ellos. Y, por otra parte, el juez deberá recurrir a las normas vigentes sobre contratos internacionales de fuente interna y convencional, cuando se le presente un caso, ante la ausencia de reglas específicas, con la debida flexibilidad y adaptación que sea estrictamente necesaria.

En esta inteligencia, entendemos que la primera cuestión sobre la que debemos interrogarnos cuando estamos ante un contrato celebrado por medios electrónicos es acerca de su carácter doméstico o internacional. Sólo en el segundo caso, es decir cuando el contrato presente elementos extranjeros objetivamente relevantes, tendrán operatividad las normas y principios del Derecho Internacional Privado y por ende, podrá desplegar todos sus efectos la autonomía de la voluntad para preseleccionar principalmente la ley aplicable al fondo del contrato, a través de la cual, se resolverán las eventuales controversias que pudieren surgir.

Seguidamente, tendremos que preguntarnos si es un contrato entre empresarios, profesionales o interviene un usuario o consumidor, siendo por tanto, un contrato de consumo. Sabia distinción que tiene en cuenta la presencia de una parte más débil en su poder de negociación y que se traslada al comercio electrónico, cuando diferenciamos entre el B2B y el B2C.

De la misma protección especial que goza el consumidor en las normas de Derecho internacional privado que tienden a limitar la autonomía de la voluntad en el mundo real, debe disponer el ciberconsumidor, que en cierta medida, se encuentra en un nivel más elevado de debilidad en tanto al desequilibrio ya tradicional, se le suma la asimetría en el conocimiento de las tecnologías que utiliza como medio de celebración y/o ejecución de su contrato.

Otra distinción que también tiene trascendencia en el ciberespacio en materia contractual está vinculada a la modalidad en que se perfecciona el consentimiento, con incidencia directa a los fines de determinar el momento y el lugar donde se entiende celebrado el contrato. Nos referimos a la clásica clasificación entre contratos celebrados entre presentes y entre ausentes, pues así como los espacios y técnicas conocidas permiten ambas modalidades, las nuevas tecnologías también habilitan a las partes a concluir contratos en los que ambas se encuentran virtualmente presentes y la oferta y aceptación se intercambian simultáneamente, como el denominado *chat*, la teleconferencia, o sistemas análogos, y en otras oportunidades podrán optar por un intercambio de oferta y aceptación en el que medie un distanciamiento temporal más o menos considerable como es el caso del *e-mail* o correo electrónico, que hace las veces de las antiguas cartas y de los telegramas.

Tampoco es posible soslayar la diferenciación propia del comercio electrónico, entre contratación directa e indirecta, que tiene consecuencias significativas dado que principalmente es en el primero, en el que tanto la

celebración como el cumplimiento de las prestaciones se lleva a cabo *on line*, donde se advierten dificultades adicionales para determinar el asiento de la relación contractual y consiguientemente, la ley aplicable.

La autonomía de la voluntad, tanto en el ámbito jurisdiccional, como respecto de la elección de la ley aplicable, de la que nos ocupamos en este trabajo, tiene un amplio campo de aplicación en los contratos electrónicos. De hecho, cuando de contratos entre empresarios o profesionales se trata (B2B), resulta sumamente aconsejable su ejercicio, en tanto, ante la inexistencia actual de reglas específicas, genera un alto margen de certidumbre y seguridad jurídicas.

Sin perjuicio de ello, así como la autonomía de la voluntad es un principio de reconocida trayectoria y desempeño en el ámbito de los negocios internacionales, que admite límites, en el contexto del comercio electrónico también reconoce restricciones. Entre las principales, el consabido orden público internacional, el fraude a la ley, las normas de policía del foro y eventualmente de un tercer Estado, la protección del usuario y consumidor, ante la posible imposición por parte del contratante profesional de la ley aplicable, muy frecuente en los denominados *click and wrap agreement*, la versión cibernética de los contratos de adhesión.

Ahora bien, quizás la mayor dificultad la encontramos precisamente cuando los contratantes no han hecho uso de la autonomía de la voluntad, o bien habiendo elegido ley aplicable, el acuerdo resulta inválido o ineficaz. Entonces, ¿los puntos de conexión clásicos en materia de contratos internacionales son apropiados cuando de contratación celebrada por medios electrónicos se trata?. Nos referimos al lugar de celebración del contrato, al lugar de ejecución o cumplimiento de sus prestaciones, al lugar de domicilio, residencia habitual, o establecimiento de las partes.

Cualquiera de estas conexiones, estimamos que pueden ser aplicables en los contratos electrónicos, con las siguientes aclaraciones.

Evidentemente, respecto del lugar de ejecución, punto de conexión elegido por Vélez Sarsfield en el Código Civil Argentino y vigente en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, mientras que en el comercio electrónico indirecto, no crea dificultades adicionales y peculiares, en el comercio electrónico directo, los problemas para su localización pueden ser superados si los contratantes pactaron un lugar de cumplimiento, aun cuando resulte ficticio, pues en definitiva la transacción se ejecuta en línea. De no ser así, se podría recurrir, en materia de comercio B2B a la teoría de la prestación más característica, entendiendo que el prestador más característico es el denominado proveedor de servicios de la información.

Por su parte, si optamos por el lugar de celebración, como en subsidio, recurre el Tratado de Montevideo de 1940, su localización dependerá de la teoría adoptada por cada ordenamiento jurídico respecto del perfeccionamiento de los contratos. En general, en los contratos entre empresas, se considera que el lugar de celebración coincide con el domicilio

o establecimiento del proponente, en consonancia con la teoría de la recepción, de amplia acogida en el derecho comparado. En cambio, en los contratos de consumo, se entiende que se encuentra en el lugar de la residencia habitual del consumidor.

Si la opción es a favor del domicilio de los contratantes, como indica el artículo 1214 del Código Civil para los contratos entre ausentes cuando no se hubiere fijado lugar de cumplimiento, o del domicilio del prestador más característico en el B2B o de la residencia habitual del consumidor en las relaciones B2C, será siempre necesario localizar el domicilio o establecimiento real, físico de los contratantes, para lo cual resultará imperioso su indicación expresa y precisa por las partes en virtud del principio de buena fe negocial. Obligación jurídica que debería recaer en todos los prestadores de servicios de la información, tal como dispone la Directiva N° 31/2000 de la Unión Europea y la Resolución GMC N° 21/04 del Mercosur sobre Derecho a la información del consumidor en las transacciones comerciales efectuadas a través de Internet.

En consonancia con lo dispuesto por la Convención de Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005, debe distinguirse el establecimiento real de los domicilios virtuales, en páginas web o correos electrónicos, que no generan presunción fiable alguna dado el carácter efímero y desconectado con la realidad que poseen. Tampoco puede considerarse establecimiento el lugar donde se encuentra el servidor o el equipo o la tecnología utilizados por cada una de las partes.

Otra alternativa es optar, sin más, por conexiones flexibles (*the proper law of the contract*) al estilo de la CIDIP V sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, que a simple vista parecería adaptarse más fácilmente al ciberespacio. Sin embargo, podemos caer, a nuestro entender, en un alto grado de discrecionalidad por parte de los jueces y una consecuente carencia de criterios jurisprudenciales uniformes, que genera inseguridad jurídica, no deseable, censurable en el mundo del Derecho.

Por su parte, las conexiones intermedias, del tenor de las adoptadas por la Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, sustituida por el Reglamento N° 593/2008 a partir del 17 de diciembre de 2009, podrían resultar idóneas en el contexto del comercio electrónico en tanto las presunciones que indican cuál es el derecho más estrechamente vinculado al contrato nos conducen al lugar de ejecución de la prestación más característica o al lugar del domicilio del prestador más característico, que pueden adaptarse sencillamente pues también en los contratos electrónicos suele existir una prestación que identifica, que diferencia al contrato. Claro que las mismas críticas de las que es posible la Teoría de la prestación más característica formulada para los contratos internacionales tradicionales, se trasladan cuando cobran operatividad en el ciberespacio.

A nuestro criterio, la mejor opción está a favor de los criterios tradicionales que conectan al contrato con el mundo real, con sus circunstancias. Sin embargo dada la complejidad que pueden presentar algunos contratos electrónicos, podría preverse, subsidiariamente, una suerte de cláusula de escape que permita al juez optar por un derecho distinto al que indiquen las conexiones clásicas, siempre que funde razonablemente la existencia de un derecho más próximo, que posea vínculos más estrechos con el contrato.

Por otra parte, en los contratos electrónicos de consumo, entendemos que la protección de la parte más débil, del denominado «consumidor pasivo», amerita la limitación de la autonomía de la voluntad y la protección por las leyes más favorables del lugar de su residencia habitual.

En cualquier caso, desechamos como ley aplicable a la contratación internacional celebrada por medios electrónicos, la llamada *lex informática*, *lex electrónica* o *cyberlaw*, ya que carece de autonomía y autosuficiencia para erigirse en un ordenamiento jurídico preciso y acabado que brinde soluciones a las múltiples controversias contractuales que pueden tener lugar en Internet. Las críticas de que ha sido objeto su antecesora y mentora, la *lex mercatoria*, se agigantan en el ciberespacio. Sus límites imprecisos, vagos y el déficit democrático de su gestación son mucho más notorios y fundados, al menos hasta el presente, en esta suerte de ley de y para Internet.

Esta pretendida autorregulación, cuyo trasfondo ideológico no puede perderse de vista, no constituye un conjunto de reglas libremente convenidas y creadas por la totalidad de los cibernautas, sino que refleja la imposición de los grandes operadores de la red de un nuevo derecho creado a su medida e interés, en desmedro de los «pequeños y medianos» internautas que gracias al acceso prácticamente ilimitado a Internet, intervienen, compran, venden, se comunican, negocian en su ámbito.

En definitiva, en nuestro criterio, las relaciones virtuales aparentemente deslocalizadas que se desenvuelven en el ciberespacio, un espacio atemporal, trascultural, calificado por algunos como un «no lugar», no representan una amenaza para el Derecho internacional privado, sino una oportunidad para demostrar su dinamismo, funcionalidad y vigente actualidad.

**XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO
INTERNACIONAL**

***ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA,
en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO***

***Asamblea General Ordinaria de la Asociación
Argentina de Derecho Internacional - 2010***

**Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad
Católica de Salta.**

Salta, 21, 22 y 23 de octubre de 2010

BLANCA

**PALABRAS DE LA SEÑORA PRESIDENTE DE LA
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO
INTERNACIONAL – AADI.**

Dra. María Elsa UZAL

Es un verdadero honor en lo personal y en nombre del HCD de la AADI, tener el privilegio de inaugurar el **XXII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Asamblea General Ordinaria de nuestra institución** en esta histórica y encantadora Ciudad de Salta, donde se respiran los aires de nuestras mejores y más hidalgas gestas, con las que se han escrito páginas gloriosas de nuestro pasado y donde se han acuñado gran parte de nuestras mejores tradiciones patrias.

Hemos contado para arribar a este momento con el apoyo invaluable de la **Facultad de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Salta, la UcaSal y de la Comisión Organizadora** que ha trabajado incansablemente para llegar a concretar esta fecha inaugural.

Nuestro Congreso en esta oportunidad se encuentra dedicado a **«Argentina y su proyección latinoamericana en el Bicentenario de la Revolución de Mayo».**

En estos doscientos años, el derecho internacional público, el derecho internacional privado y las relaciones internacionales se han consolidado como ramas de derecho, cuando a mitad del siglo XIX, eran ciencias desconocidas y negadas, químéricas o admitidas con reservas y salvedades por la falta de precisión en sus reglas, por la vaguedad de sus doctrinas y su dependencia de la política. En el decir de Bidau, allá por 1906: Ni ley, ni tribunales, ni sanción, era la sintética fórmula negatoria por entonces. De relaciones entre Estados precarias, escasas, subordinadas la más de las veces a los intereses y las ambiciones de los gobiernos, manifestadas en sangrientas e impiadosas hostilidades de unos pueblos contra otros, se pasa, sin embargo, a partir de entonces, a una aceleración de los progresos propios de la civilización, a la elaboración fecunda de una concepción más clara de la existencia de comunes intereses de la humanidad, a la mayor y más frecuente facilitación de las comunicaciones,

al fenómeno de las migraciones, a la incentivación de los intercambios culturales, sociales y comerciales, al auge del ideario de libertad..., todo ello condujo a estrechar las relaciones entre los pueblos y a acelerar la evolución y la consolidación del Derecho internacional, que adquirió así, perfiles cada vez más definidos.

Paralelamente, se desarrollaron el arbitraje y tribunales internacionales, desde los «Alabama claims», resueltos por el Tribunal de Ginebra, pasando por la Corte de La Haya y hoy, por la Corte Interamericana de San José de Costa Rica, por la Corte de Estrasburgo o por los diversos tribunales institucionalizados o *ad hoc* que se multiplican, y que dan forma a instituciones, ora judiciales ora convencionales, que resuelven conflictos suscitados entre Naciones, y que fortalecen el afianzamiento de las reglas de derecho en la comunidad internacional, que regulan las relaciones entre estados y procuran humanizar la guerra...

En diversos ámbitos, se ha profundizado el estudio de las fuentes de Derecho internacional, se ha dado forma legal a las organizaciones internacionales, se van perfilando los sujetos de derecho internacional y las relaciones entre ellos con mayor precisión, las inmunidades, los privilegios de los Estados y de los órganos del Estado. Se ha elaborado el Derecho de los Tratados –la Convención de Viena–, se ha ahondado en el rol del individuo dentro del derecho internacional y en la determinación de las formas y extensión de la responsabilidad internacional. Se han institucionalizado la cooperación internacional en materia económica, social y cultural, las fórmulas de solución de disputas, el uso de la fuerza por los estados, la seguridad colectiva y el derecho a la guerra y a la neutralidad.

En el Derecho Internacional Privado, Federico Carlos de Savigny, con su «Sistema de Derecho Romano actual», en 1848, trazó las primeras líneas del DIPr. moderno que luego se perfiló con desarrollos propios en el derecho continental y en el derecho anglosajón.

La Argentina, a pesar de su lejanía geográfica, desde los albores de su existencia como Nación no sólo ha vivido y experimentado las alternativas propias de las grandes cuestiones materia de nuestra área de estudio, sino que ha sido protagonista activa en la construcción del nuevo orden social y político de su tiempo, al que ha efectuado significativos aportes. Solo he de recordar, mencionándolos, cuatro hitos en el ámbito del DIPco:

* La Doctrina Drago sentada el 29 de diciembre de 1902, frente a la acción coercitiva anglo-germano-italiana en Venezuela motivada por servicios de la deuda externa de ese Estado no atendidos en la oportunidad debida, que sentó el principio de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos aún a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea.

- * La Doctrina Calvo
- * La cláusula Gondra.

* La obra póstuma de Alberdi, *El crimen de la guerra*, donde culmina señalando que el significado económico de la paz es la riqueza, la libertad y el engrandecimiento y que toda la civilización de la guerra consiste en mantener el imperio de la paz, por el imperio de la justicia o Derecho internacional, que son términos equivalentes o correlativos.

En el ámbito del derecho internacional privado estos doscientos años han visto transitar a los estudiosos por la denodada búsqueda del *mejor derecho* para solucionar el caso *iusprivatista* multinacional. La solución se vuelve ontológica, pues ha de ser la *más justa*, a través de la elección del derecho más justificado para proporcionarla. Ello enfrenta al legislador y luego, al intérprete, con la búsqueda, filosófica y complementaria, de la justicia de la elección, en primer término, y de la justicia de la solución sometida al necesario control material de esa solución a través de su comparación con los principios de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico de la *lex fori*, en segundo término. Luego, sobrevino el ensanchamiento de las fronteras de la materia, mediante la incorporación dentro de ella de todos los instrumentos normativos que conduzcan a la solución justa buscada, la doctrina, se introdujo así, en el pluralismo normativo y metodológico, ahondando no sólo en la estructura de la norma de conflicto sino, también, de las normas materiales y de policía, siempre contemplándolas dentro del necesario contexto jurisdiccional condicionante de la solución a adoptar en definitiva, como complemento necesario.

He aquí la mención de autores que son hitos en la materia: Lascano, Margarita Arguás, Romero del Prado, Vico, el Maestro Werner Goldschmidt, Berta Kaller de Orchansky, Antonio Boggiano, Miguel Angel Ciuro Caldani.

Luego, los fenómenos de integración regional *vg.* el Mercosur trajeron de la mano el estudio de las estructuras jurídicas más complejas, que resultan exigidas para llevar estos procesos hasta el umbral de la supranacionalidad o el comunitarismo, que aún no alcanzan.

Finalmente, el respeto de los derechos humanos, consagrados normativamente como incorporados con rango constitucional en Constitución Nacional por la reforma de 1994, completa el plexo del derecho internacional en el Bicentenario que hoy nos convoca.

La AADI, creada en Rosario por profesores de Derecho Internacional, ha acompañado los últimos 40 años de nuestra Patria con su aporte académico y científico, contribuyendo al estudio y profundización de la ciencia del derecho, de las relaciones internacionales, a la consolidación del derecho de la integración y de los derechos humanos y a la metodología y la enseñanza del derecho.

Las distintas Secciones de la AADI trabajarán, cada una, en los temas

elegidos y que hoy se abren a la discusión y el debate que en el intercambio de ideas generoso y amplio, habrá de producir, sin duda, fecundo y rico fruto.

Los invito pues al trabajo académico que dejo de este modo inaugurado.

También, desde el punto de vista institucional, dado que simultáneamente con el Congreso se lleva a cabo la Asamblea General Ordinaria de la AADI, también la declaro formalmente abierta, llamando a un cuarto intermedio para que los Sres. Asociados consideren la admisión de nuevos socios, reanudándose las sesiones de la Asamblea conforme a lo previsto en la Convocatoria que obra en poder de todos Ustedes para continuar con las deliberaciones el sábado 23 de octubre de 2010 en el Aula Magna del Campus de la Universidad Católica de Salta, sita en Campo Castañares. Salta, Pcia de Salta.

Muchas gracias a todos y ¡bienvenidos!

RELATOS

BLANCA

**SECCIÓN
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO**

BLANCA

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«**ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA**»,
En el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Sección Derecho Internacional Público

**LAS CONTROVERSIAS LIMÍTROFES PENDIENTES
EN AMÉRICA DEL SUR**

PENDING BORDER DISPUTES IN SOUTH AMERICA

*Relatores: Claudio Rubén Díaz **
*y Selva DEGIORGIO ** - ****

RESUMEN

El trabajo aborda las cuestiones limítrofes pendientes en un área geográfica determinada, América del Sur. Propone un análisis del impacto de la evolución del Derecho internacional sobre la función más tradicional de ese derecho, la distribución de competencias. Señala tendencias y la importancia del derecho interamericano.

PALABRAS - CLAVE

Derecho Internacional – territorio – límite – conflicto – América del Sur – solución de controversias – OEA.

* Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público, Universidad Nacional del Litoral. Profesor Universidad Nacional de Rosario. Miembro titular de la AADI.

** Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Profesora Adjunta Derechos Humanos y Garantías, Universidad Nacional del Litoral.

*** Los autores agradecen la colaboración de: María Fabiana Beaugé, José Yermanos; Laura Araceli Aguzin, Johana Ibarra; Vanina Sciolla y María Celeste Jordá. Sección Derecho Internacional Público del Instituto de Derecho Internacional de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Docentes de las Cátedras B1 y C1 de dicha Institución.

ABSTRACT

The work approaches pending border disputes in a determined geographical area, South America. It proposes an analysis of the impact of the evolution of international law over the most traditional function of this legal system, the distribution of competence. It also points out tendencies and the importance of interamerican law.

KEY WORDS

International Law- territory- border- conflicts- South America- dispute settlement - O.A.S.

SUMARIO

1. Algunas reflexiones iniciales como marco teórico general.
2. El territorio en América del Sur. 3. Las controversias y sus medios de solución. 4. Algunas conclusiones.

1. Algunas reflexiones iniciales como marco teórico general**1.1. *La continuidad del Estado como principal protagonista del derecho internacional.***

El transcurso del siglo XX ha marcado profundamente al ordenamiento jurídico en estudio, el escenario del paso del Derecho internacional clásico al contemporáneo. Este paso no es una cuestión menor, está cargado de avances y retrocesos, crisis, predicciones, anomalías y paradigmas.

Así, se agregó al tradicional y clásico «Derecho Internacional de co-existencia», el «Derecho Internacional de Cooperación».

Las consecuencias fueron profundas, tanto en el contenido de la normativa, como en su generación, aplicación, responsabilidades y sanciones¹.

Es posible visualizar estas consecuencias desde diferentes ópticas que lógicamente se entrecruzan, todas ellas, nacidas en el siglo XX se profundizan en éste nuestro siglo XXI.

En este Derecho internacional contemporáneo se ha llegado a cuestionar el protagonismo del Estado, o desde otro punto de vista algunos han sostenido la disminución de su soberanía frente a la problemática de la globalización².

¹ AGUZIN, Laura Araceli. *Balance y perspectiva del derecho internacional contemporáneo. Una visión internista*. Alegatos. Universidad Autónoma Metropolitana. Méjico. 2004.

² A título ejemplificativo Juan Antonio Travieso habla de una soberanía devaluada en los siguientes términos: *el ensanchamiento del campo operativo del derecho internacional tiene que ver con la globalización y es directamente proporcional a la disminución de la soberanía*. En «Derecho Internacional Público», Colección de Análisis Jurisprudencial, *La Ley*, Bs. As., 2004.

Sin adentrarnos en la problemática particular que ameritaría un trabajo separado y extenso que ofrecería sin duda muy rico debate, entendemos que el Estado continúa gozando de buena salud como principal sujeto de este particular sistema y no se ha construido otro sistema que lo reemplace.

La comunidad internacional actual se caracteriza por su creciente interdependencia dado que muchas de las nuevas necesidades y problemas se manifiestan en forma global. Ello puede apreciarse con gran énfasis en las cuestiones referidas al medio ambiente, es un mundo políticamente compartimentado pero ecológicamente único.

Podría pensarse en la capacidad del Estado para responder por sí o en conjunto a estos problemas. Distintos factores habrían contribuido a la pérdida de cierta capacidad política de los estados ante determinados actores de la comunidad local e internacional o ante determinados cambios de perspectivas de la soberanía.

En realidad pese a estos cuestionamientos, habría que pensar si existe la posibilidad de superación del Estado en cuanto organización o si existe la posibilidad de una comunidad internacional sin Estados. Creemos, si se quiere como dato empírico que, aunque la capacidad de decisión de los Estados pueda entenderse comprometida la comunidad internacional sigue necesitando del Estado.

1.2. La necesidad histórica de articular normas que regulen la distribución de competencias: la competencia territorial y sus transformaciones.

La soberanía abarca el conjunto de competencias regladas y discrecionales que el Derecho internacional atribuye al Estado y son ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados³.

La coexistencia de una pluralidad de sujetos soberanos llama a la necesidad de articular normas que regulen la distribución de competencias entre ellos al efecto de evitar conflictos. Ésta ha sido una función histórica del Derecho internacional y esta distribución de competencias se realiza en consonancia con los elementos tradicionales que componen al Estado. Por ello, en lo que resulta objeto del presente, como entes territoriales que son los Estados, su competencia es, en primer lugar, territorial.

El árbitro Max Huber en el caso Isla de Palma definió a la competencia territorial como «el derecho de ejercer en el territorio, con exclusión de cualquier otro, las funciones de un Estado». Esta competencia está caracterizada por la plenitud de su contenido, la exclusividad de su ejercicio y por su inviolabilidad.

³ REMIRO BROTÓNS, Antonio, RIQUELME CORTADO, Rosa, DIEZ-HOCHLEITNER, Javier, ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza, PÉREZ PRAT DURBÁN, Luis, *Derecho Internacional*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, España, 2007.

En la evolución del Derecho internacional en este tema en particular debemos tener en cuenta que se han sucedido cambios de distinto impacto.

Así, en el Derecho internacional clásico se concedió prelación a la tierra frente a las aguas, ello ya no es así en el contemporáneo, y esta nueva importancia de las aguas ha hecho surgir conflictos de delimitación o soberanía que con anterioridad no existían. Por ejemplo el interés en la inclusión de una isla dentro de los límites de un Estado. ¿Podría pensarse en el abandono de una concepción geocéntrica del territorio?

Otra transformación refiere a la inexistencia de tierras de nadie y a la aparición de otros conceptos como espacios de soberanía polémica, *res communis* o patrimonio común de la humanidad.

Por último, podría también señalarse la aparición de sistemas jurídicos novedosos, diferentes al Derecho internacional y al Derecho interno, que plantean una nueva reestructuración de las competencias territoriales acercándose a una definición funcional de territorio.

Luego veremos cómo estas transformaciones han impactado en las controversias litorâneas en América del Sur.

1.3. *Las distinciones terminológicas necesarias en el recorte del objeto.*

El objeto del relato que nos ha sido asignado propone una acotación en el tema de estudio que requiere ser explicitado al menos a fin de transparentar el camino a recorrer.

En primer lugar, temporalmente, sólo se abordarán en profundidad cuestiones pendientes pues de lo contrario sería inabarcable pretender hacer un relato histórico en unas cuantas páginas, por supuesto que trayendo a colación aquellas cuestiones históricas que puedan considerarse necesarias en el análisis de las actuales.

En segundo lugar, desde el punto de vista espacial se trata de aquellas controversias existentes en los límites territoriales de América del Sur tal como lo define su título.

En tercer lugar, se trata de controversias de delimitación. Sin embargo, previamente desde el punto de vista jurídico, es útil determinar qué entendemos por controversia. Para ello nos parece pertinente citar lo sostenido por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en el asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina:

«Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas»

Pero además es necesario que esa oposición se exteriorice. Así en el caso del Sudoeste Africano (1962) el juez G. Fitzmauricé –integrante de la Corte Internacional de Justicia (CJI)– expresó que para que exista una controversia:

«... es preciso que una de las partes formule o haya formulado, a propósito de una acción, omisión o comportamiento, presente o pasado de la otra, una queja, pretensión o protesta cuya validez ésta impugna, rechaza o niega, expresa o implícitamente al persistir en la acción, omisión o comportamiento incriminado ...»

Asimismo, y teniendo en cuenta el objeto del presente relato, en las controversias territoriales se presenta además una distinción doctrinal entre conflictos fronterizos, conflictos de delimitación y conflictos de atribución.

En la controversia fronteriza entre Burkina Faso y la República de Mali (1986), la CIJ entendió que las dos primeras (léase conflictos fronterizos y conflictos de delimitación) refieren a operaciones de delimitación relativas a lo que podría llamarse una parcela geográficamente no autónoma, reservándose el término conflictos de atribución a aquellos que tienen por objeto la atribución de la soberanía en el conjunto de una entidad geográfica.

Pero además, el Tribunal agregó que en la mayoría de los casos la distinción, así esquematizada, no se resuelve con distintas contraposiciones sino que se expresa más bien como una diferencia de gradación en la aplicación de la operación considerada. Es decir, en cada delimitación por estrecha que sea la zona en controversia que atraviesa el trazado, éste tiene por consecuencia repartir parcelas limítrofes.

Es decir, si bien la Corte relativizó la distinción entre conflictos de atribución y de delimitación como tradicionalmente se había hecho hincapié desde la doctrina, no la descartó⁴. Es más, luego la retomó para la aplicación del principio del *uti possidetis iuris* tanto a los problemas de delimitación como de atribución (*El Salvador c. Honduras*, 1992).

Por último, en la búsqueda de precisiones terminológicas resulta útil determinar las diferencias entre fronteras y límites y delimitación y demarcación.

El territorio es la base física donde el Estado ejerce sus poderes en forma plena y exclusiva (soberanía territorial); se hace necesario pues, fijar con precisión sus contornos, lo que se conoce en doctrina como el tema de la determinación de fronteras o límites. Más allá de la falta de una definición estable y precisa de territorio en el ámbito internacional, a través del proceso de desarrollo de las relaciones internacionales, los Estados fueron gradualmente considerando la necesidad de trazar de manera más precisa y fija, las líneas definitivas que los separaban entre sí, de las zonas que en diferentes formas utilizaban en común, o de aquellas en que sus derechos estaban aún indeterminados⁵.

⁴ Por tal razón quedaría fuera, a título de ejemplo, la controversia referida a la soberanía entre la República Argentina y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte referida a las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sandwich del Sur y los espacios marítimos correspondientes.

⁵ Así comienza Puceiro Ripol el análisis de la concepción actual de las fronteras y lo tomamos como punto de partida para nuestro análisis. (PUCEIRO RIPOL, Roberto, *Las Fronteras, Derecho Internacional Público*, T III, FCU, Montevideo, 1992).

En su evolución histórica la determinación de las fronteras reviste desde entonces y actualmente gran importancia, ya que constituye un elemento de seguridad; es señal de independencia y brinda un factor de paz.

Los Estados han adherido a lo que se conoce como la concepción romana (en oposición a la germánica) ante la necesidad de trazar fronteras precisas que fijarán el ámbito sobre el cual ejercerán su soberanía. Sin embargo, con el paso del tiempo notamos que de manera colectiva los Estados tratan de abarcar espacios más amplios como la cuenca de un río o para atender un conjunto de nuevas demandas conforman zonas económicas que nos remiten a la vieja teoría germánica.

En el primero de los casos, y vinculado a nuestro país, encontramos como ejemplo el Tratado y el Estatuto del Río Uruguay y en el segundo de los casos, los procesos de integración que encuentran en la actual Unión Europea su paradigma.

Desde el punto de vista histórico- terminológico⁶, entendemos que la frontera comprende a la vez el límite y la zona delimitada. Esto nos lleva a la necesidad de distinguir entre frontera y zona fronteriza. Generalmente el primero de los términos ha sido utilizado para referirse a la línea que separa el territorio de los Estados pero también como la región que se extiende alrededor de este límite. Para dotar de mayor precisión jurídica se podría utilizar el término frontera para referir a la línea de separación entre los Estados, mientras que para la segunda de las situaciones utilizar el término zona fronteriza.

Para Remiro Brottos, el Derecho internacional cuenta con escasas normas generales sobre el tema siendo solamente aquellas que establecen lo siguiente:

⁶ Límite significa 1. *Término, confín o lindero de reinos, provincias, posesiones. 2. Fin, término, y Frontera, Confín de un Estado*, (Real Academia Española, Diccionario, 20º. Ed.1984). En español y en francés el término tenía un significado análogo, pues en ambos casos hacia a la línea de peligro: el hacer frente. Distinto es el caso del alemán donde se pierde el vocablo latino y se divulgaria gracias a Lutero la palabra *grenze* de origen eslavo y que apareciera en el siglo XVIII. (AEL, Rubén, investigación, 1997). Parte de la doctrina considera a la frontera como una zona y al límite como una línea, definiendo la primera «como zona o lugar de contacto donde se materializan relaciones de contigüidad entre los estados en la extensión de sus límites comunes», mientras que el límite es la «línea imaginaria que deslinda el dominio territorial del estado». Moreno Quintana, citado por Ael en la obra citada, dice que «no obstante una confusión muy generalizada que registra tanto la terminología diplomática como la jurídica, el dominio terrestre no se determina por la frontera sino por el límite, y que este último -línea matemática abstracta-, es el que separa el dominio territorial de un Estado respecto de los demás. La frontera, en cambio, es una zona real en la que se mantienen relaciones de vecindad entre Estados limítrofes». PAGLIARI, Arturo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Advocatus, Córdoba, 2007, pág 367, ver citas 15 y 16.

a) que la determinación de la frontera pertenece a la competencia exclusiva de los Estados que la comparten;

b) que las fronteras se determinan mediante acuerdos directamente o acudiendo a los medios de arreglos pacíficos especialmente los jurisdiccionales a fin de solicitarles a esos medios un trazado o directrices para su negociación por las partes.

Definitivamente la frontera quedará demarcada cuando se pueda traducir sobre el terreno la delimitación pactada. Julio Barberis señala que la delimitación es un acto jurídico que consiste en la creación de una o varias normas jurídicas que cuando se trata de Estados colindantes se establece, por lo general, mediante tratados que manifiestan los acuerdos alcanzados⁷.

Debemos diferenciar este concepto (delimitación) del de demarcación. Este último es el conjunto de actividades técnicas –pudiendo ser éstas extremadamente complejas–, ya que el trazado de las fronteras puede obedecer a elementos naturales (accidentes geográficos), o a medios artificiales (líneas geográficas proyectadas; líneas astronómicas, como paralelos y meridianos).

Las fronteras delimitan claramente el goce pleno de la soberanía de los Estados, sin embargo, las zonas fronterizas de una y otra parte resultan unidas por cuestiones sociológicas, económicas y culturales generando esta situación, en muchos casos, regímenes jurídicos especiales y relaciones particulares de cooperación y buena vecindad. En este sentido Ripol nos señala: «los Estados pueden concederse recíprocamente derechos o asumir obligaciones especiales en esas zonas, o enlazar en ellas sus servicios públicos, particularmente en materia de comunicaciones, llegándose incluso al establecimiento de estaciones internacionales⁸. Del mismo modo, los habitantes de dichas regiones gozan de ventajas especiales en materia de desplazamiento, regímenes laborales, adquisición de mercaderías y demás»⁹.

Pero por el contrario, también son las zonas en las cuales se generan los problemas más serios de enfrentamientos cuando se producen disputas territoriales limítrofes.

Para el establecimiento de un límite la doctrina distingue varias etapas: La acreditación del título en que se funda la soberanía territorial; la delimitación de la frontera en el instrumento jurídico en el que conste; y la demarcación concreta sobre el terreno mediante signos externos que la acrediten. «Estos problemas –determinación, delimitación, demarcación– se han de afrontar sucesivamente. La primera fase implica la segunda y

⁷ BARBERIS, Julio, *El territorio del Estado y la soberanía territorial*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2003.

⁸ Tratado de Paz entre Ecuador y Perú, 26.07.1998.

⁹ BARBERIS, J., *ob. cit.*, pág. 89.

ésta a su vez la tercera; de una a otra va disminuyendo el índice de politización y aumentando el técnico, siendo más probable la aceptación de un arreglo de diferencias pendiente mediante la intervención de un tercero imparcial¹⁰. En efecto, las distintas etapas u operaciones en la fijación del límite, pueden dar lugar a controversias ya que puede no coincidir el título, con la delimitación instrumentada y la demarcación practicada¹¹.

Como una problemática particularizada dentro de lo que son los límites y fronteras surgió el entrecruzamiento entre los límites y la existencia del Estado.

Para que un Estado exista como tal, recordando que nos encontramos frente a un sujeto territorial, resulta necesario que el territorio tenga una consistencia suficiente aunque no sería necesario que esté totalmente delimitado.

Por supuesto que no se trata de que el pretendido Estado carezca de territorio. Por ejemplo Guatemala se opuso al ingreso de Belice como nuevo miembro de Naciones Unidas. En su opinión la nueva entidad no era estado por carecer de territorio propio. El representante de Guatemala ante la Asamblea General de Naciones Unidas expresó¹²:

«Tomando el más elemental y común de los conceptos de cuanto integra un estado, encontramos como elemento *sine qua non* el de un territorio. En el caso de Belice vemos que carece de territorio propio. Ejerce jurisdicción sobre un área, pero esto es un mero fenómeno de fuerza y, por tal razón, incapaz de crear derecho firme sobre ese mismo territorio. El territorio de Belice es parte del territorio de Guatemala. Así lo preceptúa la Constitución de la República de Guatemala...»

Descartando este primer problema, es decir no careciendo el pretendido Estado de territorio, ¿es necesario que el mismo se encuentre completamente delimitado? La respuesta del Derecho internacional es negativa, no resulta necesario que el territorio del Estado se encuentre perfectamente delimitado. Debe estar razonablemente delimitado. Y aquí la cuestión a determinar sería cuál es el estándar de razonabilidad aceptable en el Derecho internacional.

En este sentido Barberis destaca que para saber cuándo un Estado tiene los límites determinados suele recurrirse a una conocida decisión arbitral:

¹⁰ REMIRO BROTONS, A., *ob, cit.*

¹¹ Caso del Templo Preah Vihear (*Camboya c. Tailandia*). ICJ, Reports, 1962

¹² Declaración del representante de Guatemala en la 13^a. Sesión Plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 25.09.1981. La Asamblea General admitió a Belice como nuevo miembro con el voto en contra de Guatemala, ver ABELLÁN HONRUBIA, Victoria, *Prácticas de Derecho Internacional Público*, 3^a Edición; J.M. Bosch Editor, Barcelona, España, 2005.

«Cualquiera sea la importancia de la delimitación de fronteras, no se puede sostener que hasta que esta delimitación no haya concluido jurídicamente, el Estado en cuestión no pueda ser considerado como teniendo un territorio. Aquí también la práctica del Derecho internacional y los precedentes históricos demuestran lo contrario. Para que un Estado exista y pueda ser reconocido como tal con un territorio, sin el cual no podría existir ni ser reconocido, resulta suficiente que ese territorio tenga una consistencia suficientemente cierta (aun cuando las fronteras no hubieran sido delimitadas exactamente) y que, sobre ese territorio, aquél ejerza realmente el poder público nacional de manera independiente¹³.»

La CIJ confirmó esta concepción en 1969 al expresar que no existe ninguna norma en Derecho internacional que disponga que las fronteras terrestres de un Estado deban estar completamente delimitadas y definidas¹⁴. También expresó que aunque el Derecho internacional no reconozca la existencia del Estado nómada, ello no significa que necesariamente la organización política tenga una base territorial completamente delimitada y demarcada¹⁵.

Creemos que el estándar de razonabilidad fue una cuestión de determinación en el caso concreto. Por otra parte los conflictos limítrofes encuentran su origen en la indeterminación de las fronteras o en su superposición que acarrea como resultado la indeterminación.

Para concluir, conforme lo señala José Juste Ruiz, a los conflictos propiamente territoriales clásicos se les debe agregar una conflictividad funcional. Es decir aquellos conflictos transfronterizos de naturaleza política (acciones armadas fronterizas y transfronterizas), económica (derechos de navegación y conexos) o ambiental (contaminación de río, esparcimiento aéreo de herbicidas tóxicos) que se han manifestado en la región con particular énfasis en este siglo XXI. Conflictos que no responden a separación entre estados sino a intereses comunes en la frontera.

Estos conflictos exceden sin duda los límites de este trabajo, circunscribiéndonos a los conflictos territoriales limítrofes en la medida que existe una delimitación pendiente en nuestra parte del continente.

2. El territorio en América del Sur.

2.1. *Algunos conflictos legados del siglo XIX y otros profundizados por los cambios del Derecho Internacional del siglo XX.*

En el continente americano, a dos siglos de sus guerras de independencia de España y Portugal, aún persisten una serie de conflictos limítrofes sin resolver.

¹³ Sentencia del 01.08.1929 del Tribunal Arbitral Mixto germano polaco en el caso *Deutsche Continental Gas- Gesellschaft c. Etat polonais*, en Barberis, J., *op. cit.* pág. 139.

¹⁴ CIJ, Recuil 1969, pág. 32.

¹⁵ CIJ, *Sahara Occidental*, 1975. REMIRO BROTONS, págs. 871/872.

En algunos de ellos se han utilizado o al menos desplegado sus fuerzas militares. Estos conflictos implicaron que un número importante de Estados de América del Sur y de América Central, diez de los diecinueve países, haya estado o esté involucrado en controversias de esta naturaleza. Incluso uno de ellos, el sucedido entre Perú y Ecuador, resultó de una magnitud preocupante. Ambos países entraron en guerra en 1995 ocasionando más de mil víctimas entre muertos y heridos y cuantiosas pérdidas económicas.

En un interesante trabajo Jorge Domínguez¹⁶ destaca que algunos de estos conflictos son un legado del siglo XIX pero que en su mayoría aparecieron o se profundizaron en el siglo XX.

En gran medida ello se debe a las transformaciones en el Derecho internacional que hemos señalado con anterioridad. Así, el cambio en el Derecho internacional del mar y el proceso de descolonización han sido factores importantes en la aparición de nuevos conflictos o profundización de los existentes.

En el sur del continente, el legado del proceso descolonizador fue el conflicto entre Guyana y Venezuela¹⁷ pues a partir del proceso descolonizador iniciado con la resolución 1514 de la AGNU y la independencia de Guyana dejó de ser un conflicto entre Venezuela y el Reino Unido. Ello nos lleva a la consideración del *uti possidetis iuris* que abordaremos más adelante.

Por su parte y en este ámbito geográfico, el derecho del mar trajo aparejado la profundización del conflicto marítimo entre Colombia y Venezuela sobre el golfo de Venezuela¹⁸, sin duda, dicha profundización estuvo acompañada de otros factores. También podría mencionarse en igual sentido la controversia entre Chile y Perú y la salida al mar de Bolivia. El conflicto de Chile con Perú se encuentra actualmente ante la Corte Internacional de Justicia, es un diferendo planteado por Perú ante esa instancia sobre la soberanía de una zona marítima de aproximadamente 37.900 km² en el Océano Pacífico, a partir de la tesis peruana la delimitación del límite marítimo entre ambos países estaría aún sin determinar, por su parte, la tesis chilena sostiene que no hay temas limítrofes pendientes con el Perú, ya que existen tratados internacionales vigentes sobre la materia.

También podríamos atribuir a los avances del siglo XX la aparición de conflictos respecto de la Región Antártida, sin embargo fue el mismo Derecho internacional en forma creativa el que los ha desactivado como enfrentamiento.

No obstante la existencia de conflictos limítrofes y territoriales

¹⁶ DOMÍNGUEZ, Jorge I. *Conflictos territoriales y limítrofes en América Latina y el Caribe*, www.gloobal.net.

¹⁷ En América Central ello sucedió entre Guatemala y Belice.

¹⁸ También ocurrió con muchos estados insulares caribeños que tuvieron que determinar sus zonas marítimas.

pendientes de solución¹⁹, para los estándares internacionales, América es un continente de baja cantidad de guerra en el transcurso del siglo pasado. Lo que nos lleva a analizar y a valorar los diversos modos de solución de controversias utilizados en los conflictos en la región y, además, el papel que han jugado las instituciones del sistema americano e internacional en la resolución de los conflictos limítrofes territoriales o al menos en su distensión.

En este sentido, nos parece oportuno destacar la importancia y desarrollo en el marco del derecho interamericano. Este sistema puede presentar al mundo un balance muy positivo en más de un siglo de existencia.

2.2. Los procesos de independencia de la Corona Española y el *uti possidetis iuris. Tendencia jurisprudencial.*

La delimitación territorial en América estuvo íntimamente vinculada al llamado *uti possidetis iuris*.

En los Tratados de Panamá de 1826, Colombia introduce la regla de «*uti possidetis*» y posteriormente esta regla fue adoptada por varios tratados de límites o aplicada en arbitrajes celebrados entre Estados hispano-americanos. Los de América del Sur lo expresaron como «*uti possidetis* de 1818» y los de América Central como «*uti possidetis* de 1821».

Esta expresión, y en consecuencia la regla, proviene de la fórmula usada por los pretores romanos para proteger la posesión: *uti posseditis ita possidatis*; esto es, así como poseéis así poseeréis. La regla fue aplicada por España durante el siglo XVII para señalar en sus dominios coloniales hasta dónde llegaban los derechos y privilegios que otorgaba, y los Estados hispanoamericanos la invocan pretendiendo significar que sus límites respectivos debían ser los establecidos por la metrópoli española hasta el momento de su emancipación mediante cédulas reales y otros documentos para las distintas jurisdicciones coloniales de las cuales se consideraban sucesoras²⁰.

Parte de la premisa de la inexistencia de territorio *res nullius* en el

¹⁹ En el año 2006 el Heidelberg Institute for International Conflict Research puntuализa los siguientes conflictos latentes e inactivos la mayoría de ellos territoriales: Honduras – Nicaragua (diferencia marítima, sentencia); Guatemala – Belice (demarcación terrestre); El Salvador, Honduras y Nicaragua (acceso al Golfo); Perú – Ecuador (diferendo terrestre); Chile – Perú (demanda marítima); Bolivia – Chile (acceso al mar); Argentina – Chile (Antártida); Guyana – Surinam (demarcación terrestre); Colombia – Venezuela (en el Golfo); Colombia – Nicaragua (delimitación marítima). Luego agrega el de la frontera entre Colombia y Ecuador por tráfico ilícito de drogas; y el acceso o uso de aguas entre México y Guatemala; Nicaragua y Costa Rica; Argentina y Uruguay; Bolivia y Chile. Citado por Claudio Fuentes en *Fronteras Calientes* en Foreign Affairs Latinoamericana, Volumen 8 número 3. Cabría adicionar: Guyana – Venezuela (conflicto limítrofe); Argentina – Chile (demarcación), Argentina – Reino Unido (conflicto de atribución).

²⁰ PODESTÁ COSTA –RUDA, *Derecho Internacional Público*, TEA, 1985, Buenos Aires.

continente americano y funda los límites de las nuevas unidades en los correspondientes a las entidades que las antecedieron (Virreinatos, Capitanías Generales).

Una vez sucedidos los procesos de independencia de la metrópoli española esta regla, por lo tanto, ha sido invocada frecuentemente por los Estados de América del Sur y Central para sostener sus diferendos por cuestiones de límites que mantuvieron entre sí.

Sin embargo, su aplicación no resultó sencilla, como señala Podestá Costa fueron varios los motivos que llevaron complicaciones en los hechos para la aplicación de la regla citada.

En primer lugar, la existencia de grandes territorios desconocidos o despoblados o habitados por tribus indígenas; en segundo lugar, el conocimiento imperfecto del terreno lleva a mapas erróneos y a denominaciones topográficas que resultaban, muchas veces, imprecisas generando contradicciones con las cédulas reales y, por último, a menudo no coincidía la posesión del territorio con lo que correspondía de acuerdo al título invocado.

En definitiva, el *uti possidetis* trató de otorgarle preeminencia al título por sobre las efectividades, no se valora la posesión efectiva sino el derecho a poseer de acuerdo a un título válido, y esto es lo que genera las dificultades señaladas. Genéricamente, un título estaría conformado por aquellos hechos que el ordenamiento jurídico juzga capacitados para conferir un derecho; puntualmente en nuestro trabajo el Estado ostenta un título a la soberanía territorial²¹.

Pero título también es el documento y ambas acepciones han sido receptadas por el Derecho internacional. Si debemos distinguir el título de los modos de adquirirlo. Estos serían los procesos jurídicos o fácticos que el Derecho internacional reconoce como capaces para la creación del título²². No obstante estas críticas y observaciones, resaltamos que la regla resultó de utilidad para solucionar controversias entre los países de América del Sur y Central.

Se trataba, en definitiva, de buscar fórmulas sobre las cuales estos nuevos países fundamentaran cada uno de ellos sus respectivas fronteras, fijando, de esta manera, el espacio sobre el cual ejercerán su soberanía estatal. Delimitando su territorio definen el ámbito territorial del Estado intentando asentar sus propias jurisdicciones en estas incipientes unidades políticas surgidas en las guerras de la independencia.

La discusión se centró en la consideración de este principio como norma jurídica o no. Julio Barberis sostiene que no es una norma jurídica pero su trascendencia hace que normalmente se lo incluya en los tratados.

²¹ REMIRO BROTÓNS, *ob. cit.*

²² *Ibidem.*

Por su parte Remiro Brotons entiende que a su criterio se ha transformado en una norma consuetudinaria en el ámbito iberoamericano y en este sentido señala:

- a. existe una abundante práctica convencional, desde el remoto Tratado de Unión y Alianza (1811) entre Argentina y Paraguay, que aceptaba los límites del *uti possidetis iuris* de 1810;
- b. además, las propias constituciones de las repúblicas latino-americanas (por ejemplo el art. 2 de la ley fundamental de la Gran Colombia, de 1819; el art. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de México, de 1824, el art. 6 de la Constitución ecuatoriana de 1830, el art. 7 de la Constitución de Costa Rica de 1848, entre otros);
- c. también se lo reconoce en los compromisos en los que se someten a arbitraje controversias fronterizas, como el Tratado Arosemena - Guzmán (1881) por el que Colombia y Venezuela sometían al Rey de España la determinación de su frontera común de conformidad con el *uti possidetis* de 1810;
- d. y consiguientemente, en la jurisprudencia arbitral, cuyo primer pronunciamiento relativo al citado principio se produce en el laudo de la Reina Regente de España María Cristina, relativo al caso del conflicto fronterizo entre Colombia y Venezuela (1891). El último se debe ya en el marco del arreglo judicial, a la Corte Internacional de Justicia (Controversia fronteriza, terrestre, insular y marítima, *El Salvador c. Honduras*, 1992).

Sea considerada doctrinariamente como una norma consuetudinaria o como un principio de Derecho internacional, o como una regla o como un principio incorporado a los tratados, lo cierto es que sirvió en la práctica para solucionar los conflictos limítrofes en América y que luego se extendió en su aplicación a otras zonas geográficas, en la que cabe destacar la de África, precisamente por haber enfrentado dicho continente un proceso de descolonización. Asimismo, fue utilizado en supuestos de sucesión de Estados, en especial en aquellos en que se asistió a un proceso de desintegración o separación²³.

La Corte ha establecido claramente la preeminencia del título y la aplicación de *uti possidetis iuris* sobre las efectividades. Las pautas de aplicación en la contienda derecho versus efectividades parecen surgir con claridad de la sentencia de la Corte en la Controversia fronteriza (*Burkina Fasso c. Mali*, 1986):

- (a) Si el hecho corresponde al derecho la efectividad tendrá un valor confirmatorio.
- (b) Si el hecho no corresponde al derecho tendrá preferencia el título.

²³ Por ejemplo la República Checa y Eslovaca, también podría ser el caso de la URSS, y también habría sido el de las fronteras entre Croacia y la R.F. de Yugoslavia y entre ésta y Bosnia y Herzegovina.

La delimitación del principio del *uti possidetis iuris* ha podido apreciarse, en nuestro continente, en la sentencia de la Sala *ad hoc* de la Corte sobre la Controversia fronteriza terrestre, insular y marítima, *El Salvador c. Honduras*, 1992. En este sentido parece importante destacar que al aplicar el principio remarcó que son los límites administrativos entre las divisiones administrativas coloniales españolas y no los límites entre las poblaciones indias en cuanto tales, los que se transformaron en fronteras internacionales (en 1821 en el caso).

Además la Corte en el caso *Nicaragua c. Honduras* (2008) decidió que los cayos en litigio pertenecen a Honduras y lo hizo examinando el *uti possidetis iuris*, reafirmando la aplicación en materia territorial y particularmente en materia insular.

La Corte combinó el *uti possidetis iuris* y consideró las pruebas sobre efectividades coloniales o postcoloniales en distintos asuntos de nuestro continente. Así en la controversia entre El Salvador y Honduras entendió que sólo podía considerar la prueba si existe una relación entre las efectividades y la determinación de la línea fronteriza, determinando con ello un límite a la consideración de estas efectividades postcoloniales.

Luego, lo reitera en el caso de *Nicaragua c. Honduras*, pero no lo resuelve sólo por las efectividades sino también por la falta de protesta de Nicaragua. En el caso, la cartografía y el rol de los terceros estados sólo jugaron un rol confirmatorio de lo que se había decidido con anterioridad²⁴. Es importante recordar en esta distinción el fallo de mayo de 2008 en el caso de *Malasia c. Singapur*, en el que si bien se reafirma la existencia del título también se establece la posibilidad de su pérdida aunque no por las efectividades contrarias sino por abandono o acuerdo tácito²⁵.

El caso *Nicaragua c. Colombia* se encuentra pendiente ante la Corte aunque en diciembre de 2007 se resolvieron las excepciones preliminares que presentó Colombia. El caso versa sobre la soberanía del archipiélago de San Andrés y sobre la delimitación marítima en el Mar Caribe entre los dos estados. Nicaragua invoca la soberanía sobre el archipiélago con fundamento en el *uti possidetis iuris* pero para ello necesita también fundar la nulidad de un tratado que define la soberanía colombiana sobre dicho archipiélago. Nicaragua declaró la nulidad del tratado en 1928. Colombia considera que dicho tratado es válido por lo que presentó excepciones preliminares fundándose en el art. 6 del Pacto de Bogotá. Sin embargo la Corte sólo admitió parcialmente la excepción preliminar en tanto el tratado no define la extensión del archipiélago de San Andrés o en su caso podría

²⁴ KOHEN, Marcelo, *La jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia en materia territorial*, 22.10.2009, Conferencia CARI, inédito.

²⁵ En opinión de Marcelo Kohen la Corte no llega a explicitar el abandono o acuerdo tácito por parte del Sultanato de Johor y Malasia para la transferencia de soberanía.

existir una disputa sobre el alcance del término archipiélago. En definitiva, la Corte consideró la cuestión como aún pendiente.

Hacemos notar que en la controversia pendiente entre Venezuela y Guyana, que no fue llevada a la Corte, Venezuela invoca el *uti possidetis iuris* y la nulidad, no de un tratado, sino de un laudo arbitral. Las razones por las cuales Venezuela reclama el territorio Esequibo, actualmente bajo jurisdicción de Guyana, se remontan a la Venezuela colonial, cuando el país estaba constituido por provincias pertenecientes al Imperio Español, siendo una de esas provincias la de Guayana. Venezuela alega a favor de su título las Bulas de Alejandro VII (1493) que concedían a España «las islas y tierra firme del mar Océano, descubiertas y por descubrir», así como el hecho indubitable del reconocimiento y toma de posesión de las costas venezolanas, incluidas las del territorio del Esequibo, realizado por Alonso de Ojeda en 1499. Desde entonces, numerosas son las expediciones ordenadas por la Corona española para la exploración de la Guayana. Luego, en 1627 Holanda se apoderó del territorio que después sería la Guayana Británica. En 1648 España se obligó por el Tratado de Westfalia, pero éste no comprendió ninguna región al oeste del Río Esequibo, por lo que España desalojó a los ocupantes holandeses de dicha región. En 1777 se crea la Capitanía General de Venezuela, cuyo borde oriental estaba constituido por el Río Esequibo. Finalmente, por el Tratado de Londres, en 1814, los territorios poseídos por Holanda fueron cedidos a Gran Bretaña.

Para concluir, cabe destacar una extensión más del principio, quizás poco explorada, la aplicación del *uti possidetis iuris* al interior de un Estado colonial independizado de la metrópoli, por sus subdivisiones internas al constituirse como Estado federal.

En este sentido, el territorio de la actual República Argentina está constituido originariamente por algunas de las antiguas provincias del Virreinato del Río de La Plata. En su interior se han suscitado controversias de límites entre estas provincias, muchos de las cuales fueron resueltas mediante arbitraje. En materia de límites los árbitros han aplicado el derecho de gentes. Y, a ese efecto, se destaca la aplicación del *uti possidetis*²⁶.

En conclusión, podría entenderse que la tendencia jurisprudencial ha marcado una extensión multivalente y omnicomprensiva²⁷. Multivalente

²⁶ BARBERIS, Julio, *Un precedente poco conocido sobre la aplicación del uti possidetis a un río limítrofe que cambia de curso*, págs. 583 a 589, en *El derecho internacional en un mundo en transformación*, Liber Amicorum en homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, 1994. El autor examina la decisión de la Comisión nacional de límites interprovinciales del 12 de noviembre de 1969 que resolvió el litigio entre las provincias de Mendoza y San Luis; la Comisión decidió que la norma que fijaba el límite entre ambas provincias era la Real provisión del 25 de setiembre de 1603 que erigía como tal al Río Desaguadero, luego debió considerar la modificación del cauce del río.

²⁷ JUSTE RUIZ, José, Los contenciosos de límites en América Latina, IHLADI, agosto 2008.

porque se aplica tanto a los conflictos de atribución como de delimitación; y de alcance omnicomprensivo por aplicarse tanto a conflictos terrestres como a los insulares y marítimos.

3. Las controversias y sus medios de solución.

3.1. *El corolario de la igualdad soberana de los Estados, la libre elección de medios, continúa hoy vigente*²⁸

Frente a una controversia, los Estados deben buscar una solución a la misma de manera pacífica.

Pastor Ridruejo señala tres normas generales para la resolución de controversias. La primera, que estamos frente a una obligación de comportamiento; la segunda, la libertad de elección de los medios por parte de los Estados y la tercera, la prohibición al uso de la fuerza o la amenaza de su uso²⁹.

Desde 1945 con la creación de Naciones Unidas, uno de los pilares jurídicos del sistema internacional fue la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza en la relaciones entre Estados. Coherente postulado con el principal objetivo que persigue la organización: garantizar la paz y la seguridad internacional.

El otro principio en el que se apoya el fin principal de la organización y como complemento del anterior, es el de la solución pacífica de controversias.

El principio se enmarca dentro de aquellos que presuponen la aceptación de la estructura de la comunidad internacional³⁰.

La Carta ha sido complementada por la Resolución 2625 de la AGNU. En su elaboración se plantearon dos posiciones antagónicas que simbolizaban con mayor pureza las concepciones opuestas de los Estados sobre la función de la soberanía, en aquel momento, en el cumplimiento del principio: la negociación por un lado, y por otro la decidida defensa de las jurisdicción de la CIJ.

La prioridad de la negociación como el medio más respetuoso de la soberanía estatal, es una posición que mantuvieron en especial las democracias derivadas de los socialismos reales del Este con el apoyo de los países de reciente independencia. Sin embargo, en un intento de aproximación, Checoslovaquia distinguió entre el deber de celebrar

²⁸ AGUZIN, Laura Araceli, *Mutaciones y cambios en los mecanismos de derecho internacional para la solución pacífica de controversias*, Año 2010, inédito.

²⁹ PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1996, Madrid, Pág. 605.

³⁰ PÉREZ VERA, Elisa. *Naciones Unidas y los principios de la coexistencia pacífica*. Ed. Tecnos, colección de Ciencias Sociales, serie de Relaciones Internacionales. Madrid, 1973.

negociaciones directas y la posibilidad de recurrir de común acuerdo a otros procedimientos; luego en 1964 este país aceptó que todos los posibles modos deben ser considerados para arribar un arreglo justo. Más allá de las discusiones para arribar a una posición común, parecería que la preocupación era definir cuál era el mejor medio para arribar a una solución justa.

Por su lado, las potencias occidentales junto con algunas delegaciones del tercer mundo también matizaron su postura de un mayor recurso a la Corte. Así, Japón en 1964 (junto a Italia, Países Bajos, Madagascar y Dahomey) bregaban por la aceptación de la jurisdicción de la Corte y que además lo sea sin reserva. En 1966 bajaron sus pretensiones a que los estados acepten cada vez más la jurisdicción de la Corte.

El Comité de Redacción presentó a la Comisión Especial un texto conciliador que fue aceptado por todos.

Este principio se basa en los siguientes pilares:

(1) la obligación de buscar un arreglo pacífico no desaparece en tanto persista la controversia;

(2) en el cumplimiento de la obligación los Estados actuarán conforme al principio de libre elección de los medios;

(3) la actitud que deben asumir los Estados en el cumplimiento de esta obligación es de comportarse de buena fe y con un espíritu de cooperación.

El corolario de la igualdad soberana de los Estados, la libre elección de medios, continúa hoy vigente. Ello ha sido puesto de relieve tanto en distintas Declaraciones, incluida la mencionada, como por la CIJ en distintas oportunidades (Interpretación de los tratados de paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía, 1950; Ambatielos, 1953; Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, 2004).

En el ámbito judicial el postulado de la libre elección se proyecta en la severa apreciación que suele hacerse del consentimiento de la parte demandada a fin de apreciar la competencia de jueces y tribunales en la controversia que le ha sido sometida a su conocimiento.

La obligación de arreglo pacífico de controversias es hoy una norma imperativa de Derecho internacional, y luego de la resolución citada ha sido incluida en otras, *v.g. res. 37/10 (1982), 44/22 (1987)*; reiterada en instrumentos regionales como el Pacto de la Liga de Estados Árabes, la Carta de la O.E.A., la Carta de la UOA, entre otros; y receptada en la jurisprudencia internacional (caso Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, 1986).

3.2. Los modos de resolución de las controversias limítrofes: los medios diplomáticos y sus transformaciones.

Como es sabido el ordenamiento internacional brinda un conjunto de

medios de solución de controversias. Estos han ido transformándose con el paso del tiempo. A más de ello la proliferación de foros y la existencia de regímenes diferenciados en el ámbito regional y universal han motivado un conjunto de problemáticas a veces difíciles de resolver.

Veamos a continuación, en primer lugar, algunos ejemplos de uso de medios diplomáticos en distintos conflictos de delimitación territorial y las previsiones del Tratado Interamericano de Soluciones Pacíficas de Controversias (conocido como Pacto de Bogotá). Sin perjuicio de que el Pacto de Bogotá³¹ sólo ha sido ratificado por 14 de 35 y ha sido objeto de numerosas reservas³², la Corte ha debido pronunciarse respecto de él justamente en controversias territoriales por cuanto se ha constituido en un mecanismo de llegada a aquella instancia universal.

La negociación constituye generalmente el primer paso en todo proceso de arreglo diplomático. Incluso la Carta de las Naciones Unidas determina que no puede someterse un asunto a consideración del Consejo de Seguridad si de manera previa no se ha hecho uso de la negociación. Asimismo, la CIJ advirtió, «No hay necesidad de insistir en el carácter fundamental de este método de arreglo»³³.

Es el método diplomático más antiguo, además de «cumplir una función múltiple en la solución de controversias internacionales en la medida en que, además de ser el medio autónomo de arreglo por excelencia, pueden ser el prólogo y/o epílogo necesarios de otros procedimientos en los que intervenga un tercero»³⁴.

A título de ejemplo en el diferendo del Canal de Beagle entre Argentina y Chile, el Acta de Puerto Montt estableció un sistema de negociaciones que debía desarrollarse en tres fases dejando de lado cualquier mecanismo judicial, atento que las dos primeras fases no arrojaron un resultado satisfactorio se abrió la última que consistía en buscar el método de solución pacífica que cada uno de los estados considerase más adecuado. En esa búsqueda se plantearon las divergencias históricas del Derecho internacional, negociaciones (Argentina) versus arreglo judicial (Chile).

Los buenos oficios, por su parte, se dan cuando un tercero, al advertir que existe una controversia y que las relaciones entre las partes son tensas

³¹ ALONSO GÓMEZ – ROBLEDO VERDUZCO. *El Pacto de Bogotá sobre solución de controversias, a la luz del caso relativo a las acciones armadas, fronterizas y transfronterizas, entre Nicaragua y Honduras (CIJ)*. En Temas selectos de Derecho Internacional. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de Méjico. 1999. El autor sostiene que la debilidad del Pacto no es jurídica sino política.

³² El 07.03.2008 ratificó el Pacto Ecuador, los restantes Estados lo habían hecho entre 1948 y 1967, es decir en el siglo pasado, y son 8 las reservas realizadas al firmar o ratificar, todo ello según publicación de la página oficial de la Organización de Estados Americanos (OEA), www.oas.org.

³³ Caso Plataforma Continental del Norte, 1969.

³⁴ REMIRO BROTÓNS, *op cit.*, pág. 677.

o, incluso, se han roto, procura aproximar a las mismas por medio de la diplomacia. A título de ejemplo puede citarse la oferta realizada por el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, en 2002, a los Presidentes de Camerún (P. Biya) y Nigeria (P. Obasanjo) en relación a la ejecución de la sentencia de la CIJ en el asunto de la Frontera terrestre y marítima de ambos países.

Tomando en consideración el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas³⁵, el procedimiento de los Buenos Oficios consiste en la gestión de uno o más Gobiernos Americanos o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano, ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada. Una vez que se haya logrado el acercamiento de las partes y que éstas hayan reanudado las negociaciones directas quedará terminada la gestión del Estado o del ciudadano que hubiere ofrecido sus Buenos Oficios o aceptado la invitación a interponerlos; sin embargo, por acuerdo de las partes, podrán aquellos estar presentes en las negociaciones³⁶.

Mientras que los Buenos Oficios culminan con el exhorto a un arreglo de las diferencias, la mediación involucra al tercero³⁷. Destaca el Pacto: El procedimiento de mediación consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier estado americano extraños a la controversia³⁸.

En el ejemplo del Canal de Beagle, la intervención papal culminó finalmente con una propuesta de delimitación que fue aceptada por las partes en la disputa. Ello dio origen al Tratado de paz de 1984 que fijó el límite entre ambos estados desde el Canal de Beagle hasta el Cabo de Hornos.

Las comisiones de investigación tienen por objeto investigar minuciosamente sobre los hechos que motivan la controversia, obtener un conocimiento imparcial, con el propósito de preparar el camino hacia una solución negociada del problema; reducir la tensión entre las partes,

³⁵ Pacto de Bogotá, 30 de abril de 1948. Donde se establece la obligación general de resolver las controversias por medios pacíficos y en su Artículo I señala que: Las Altas Partes Contratantes, reafirmando solemnemente sus compromisos contraídos por anteriores convenciones y declaraciones internacionales así como por la Carta de las Naciones Unidas, convienen en abstenerse de la amenaza, del uso de la fuerza o de cualquier otro medio de coacción para el arreglo de sus controversias y en recurrir en todo tiempo a procedimientos pacíficos.

³⁶ Artículos IX y X Pacto de referencia.

³⁷ Argelia cumplió funciones de mediador entre Estados Unidos e Irán, lo cual facilitó la Declaración de Argel (1981) por la que entre otras cosas, se creó el tribunal de Reclamaciones *Irán c. EE.UU* (art. II de la Declaración); también la mediación de Estados Unidos, que condujo a los Acuerdos de Camp David, preparatorios del Tratado de Paz entre Egipto e Israel (1978).

³⁸ Artículos XI y XII del Pacto.

eliminar la belicosidad implícita en el tratar de demostrar posiciones con base en argumentos políticos y no en hechos. Las comisiones funcionan en dos niveles: como un mecanismo independiente cuya investigación permite resolver una disputa en definitiva, o un arbitraje³⁹.

La conciliación tiene un aspecto semi-jurisdiccional porque se basa en la metodología usada en el proceso de arbitraje⁴⁰. El Tratado Americano de Soluciones Pacíficas de Controversias establece que en caso de someter una controversia al procedimiento de investigación y conciliación se constituirá una comisión a los efectos según las disposiciones del mencionado tratado. La parte que promueva el procedimiento deberá solicitar al Consejo de la Organización de Estados Americanos que convoque la comisión de conciliación e investigación, debiendo tomar dicho órgano de la OEA las providencias inmediatas para convocarlo⁴¹.

El Pacto de Bogotá no sólo señala que las Altas Partes Contratantes tendrán la facultad de someter a arbitraje, si se pusieren de acuerdo en ello, las diferencias de cualquier naturaleza, sean o no jurídicas, que hayan surgido o surgieren en lo sucesivo entre ellas, sino que también desarrolla como debe ser el procedimiento⁴².

Destacamos que en el ya señalado conflicto pendiente entre Venezuela y Guyana, a más de distintos medios y luego de activarse y desactivarse en sucesivos momentos históricos, es de observar en la etapa actual el recurso a un *buen oficiante* por parte del Secretario General de Naciones Unidas evitando derivar la solución a un tercero o a un arbitraje. Sin embargo surgirían una serie de interrogantes acerca de la viabilidad y

³⁹ La investigación fue concebida por la Convención de La Haya de 1899 para las controversias que versando sobre una divergencia en la apreciación de los puntos de hecho no comprometieran ni el honor ni los intereses vitales de las partes. La experiencia resultante del primer caso en que se recurrió a este medio (Dogger Bank, 1904-1905), provocado por el ataque de una escuadra rusa a pesqueros británicos a los que se confundió con torpederos japoneses (la comisión determinó la negligencia del almirante ruso al dar la orden de fuego, lo que llevó a Rusia a indemnizar a Gran Bretaña), sirvió para que la Convención de La Haya de 1907 desarrollara y precisara las reglas de funcionamiento de las comisiones de investigación.

⁴⁰ Ignorada por los Convenios de La Haya de 1889 y 1907, la conciliación como medio nació y se multiplicó en el marco de la S de N. Habiendo recomendado la Asamblea de la Sociedad de las Naciones en 1922 el recurso a la conciliación para las controversias que no hubiesen sido resueltas por otros medios políticos, se coció en el período de entreguerras una hornada de unos doscientos tratados de arreglo pacífico, bilaterales y multilaterales que respondían a la sucesión obligatoria del tríptico: conciliación, arbitraje, arreglo judicial. Entre los bilaterales, destacan los Tratados Locarno, concluidos en 1925 entre antiguos adversarios europeos. Entre los multilaterales, el Acta General para el arreglo pacífico de controversias internacionales. Adoptada en 1928 (y revisada por ONU en 1949), para mayor desarrollo ver REMIRO BROTÓNS, A., *op.cit.* pág 686.

⁴¹ Artículo XV y XVI del Pacto.

⁴² Artículos XXXVIII, XXXIX, XL.

eficacia del mecanismo del *buen oficiante*. Si bien el mecanismo no fue de utilidad hasta el momento para resolver la controversia, ha servido de marco estabilizador⁴³.

Pero a más de los métodos clásicos reseñados y quizás como parte de sus mismas transformaciones, en la región se han desarrollado y articulado diversos instrumentos políticos e institucionales que han intercedido en los conflictos, con distintos grado de éxito. Así, el «Grupo Contadora», «Grupo de países amigos», «Grupo Río», y la misma OEA en especial a través del Consejo Permanente⁴⁴.

Por último, señalamos que también fue un modo original –no de solucionar pero sí de desactivar temporalmente un gran conflicto– no ya a escala regional sino universal, el sistema creado en la Antártida. El tema se presenta como un conflicto desactivado o latente entre dos países de la región, Argentina y Chile. La flexibilidad y pragmatismo que caracterizan el régimen permitió la compatibilización de intereses y la impermeabilidad con relación a conflictos o disputas⁴⁵.

3.3. Los medios jurisdiccionales: transformaciones y articulaciones

El arbitraje fue un método de solución de controversias preferido por los estados al momento de solucionar sus diferendos limítrofes. Sin embargo ha sufrido transformaciones.

En un primer momento histórico la función recaía sobre un árbitro único constituido por los Jefes de Estado o de Gobierno. Para el arbitraje de controversias territoriales latinoamericanas se recurrió a los Reyes de España (los de Isabel II en la disputa entre Venezuela y Holanda sobre la Isla de Aves en 1856, la Reina Regente María Cristina en la delimitación fronteriza entre Venezuela y Colombia en 1891, Alfonso XIII en el asunto de límites entre Honduras y Nicaragua en 1906). También cabe mencionar en forma más reciente los laudos de la Reina Isabel II de Inglaterra en relación con las controversias fronterizas entre Argentina y Chile en los Andes (Río Encuentro, 1966) y en el Canal de Beagle en 1977 para la cual se designó una comisión de cinco miembros todos ellos jueces de la Corte, en este caso no fue un típico árbitro tal como se venía dando hasta ese momento, sin perjuicio que el laudo fue considerado nulo por Argentina.

⁴³ SERBIN, Andrés (autor), BERROTERÁN, Manuel (colaborador). *Las relaciones entre Venezuela y Guyana y la disputa del territorio Esequibo: ¿un paso adelante, dos atrás?*. www.gloobal.net., 2006.

⁴⁴ Ver Claudio FUENTES, *op. cit.* El Protocolo de Cartagena de Indias conformó las funciones de este órgano en este sentido.

⁴⁵ *A cien años de la presencia permanente e ininterrumpida de la Argentina en la Antártida.*, Armando Daniel ABRUZA, coordinador. Legislatura de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur/ Asociación Argentina de Derecho Internacional, Ushuaia, 2006.

El recurso a un tribunal arbitral se dio en gran medida para solucionar controversias entre estados latinoamericanos y potencias europeas por las secuelas territoriales y limítrofes de la descolonización.

Fue el caso de la controversia aún hoy pendiente entre Venezuela y Guyana. Así, cuando dicha controversia tenía por partes a Venezuela y Gran Bretaña (con anterioridad a la independencia de Guyana) se involucró en la misma Estados Unidos. En ese marco, en 1897, se celebró un Tratado de Arbitraje por el cual un Tribunal compuesto por cinco jueces (dos británicos, dos norteamericanos y uno ruso) sesionó en París dando lugar al laudo del 3 de junio de 1899 que atribuyó a Gran Bretaña la Guayana Esequiba en ese año. Venezuela hoy sostiene la nulidad de este laudo. Observamos que el recurso a este medio en la controversia pendiente no produjo una solución de la misma.

La constitución de estos Tribunales es una práctica generalizada para resolver controversias limítrofes. Este fue el caso de Laguna del Desierto entre Argentina y Chile de 1991, con una particularidad importante de señalar, fue el primer tribunal arbitral en la historia del subcontinente compuesto exclusivamente por árbitros latinoamericanos.

En cuanto al arreglo judicial, el artículo XXXI del Pacto de Bogotá prescribe que, de conformidad con el inciso 2º del artículo 36 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las Altas Partes Contratantes declaran que reconocen respecto a cualquier otro Estado Americano como obligatoria *ipso facto*, sin necesidad de ningún convenio especial mientras esté vigente el presente Tratado, la jurisdicción de la expresada Corte en todas las controversias de orden jurídico que surjan entre ellas y que versen sobre: a) La interpretación de un Tratado; b) Cualquier cuestión de Derecho internacional; c) La existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría la violación de una obligación internacional; d) La naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional.

El establecimiento de la jurisdicción obligatoria de la Corte en el Pacto de Bogotá fue visto oportunamente como un gran avance en el Derecho internacional americano. Jimenez de Arechága señaló que esta jurisdicción compulsoria no está basada en puridad en la invocada norma del Estatuto de la Corte Internacional, pues ésta se trata de una declaración unilateral en tanto el Pacto es una disposición convenida multilateralmente y sin prever comunicación al Secretario General de Naciones Unidas⁴⁶.

La Corte ha debido pronunciarse acerca de esta relación entre el artículo XXXI del Pacto y su Estatuto. Así en el caso entre Nicaragua y Honduras (Acciones armadas fronterizas y transfronterizas, 1988) la Corte

⁴⁶ El Pacto prevé un sistema más preciso, cerrado y estricto que el previsto en el Estatuto, en materia de retiro y reservas, jurisdicción doméstica, cosa juzgada, agotamiento de los recursos internos entre otras cuestiones.

entendió que el artículo del Pacto sería una declaración del párrafo 2 del art. 36 del Estatuto aunque *sui generis* pues se regiría por el mismo Pacto y no por el Estatuto⁴⁷. Además también entendió que los artículos XXXI y XXXII prevén dos vías diferentes por las cuales alcanzar el acceso a la Corte. Por el primero, aquellos casos que pueden acceder directamente a la Corte y por el segundo, aquellos que previamente han recurrido a la conciliación.

El 13.12.2007 la Corte Internacional de Justicia se expidió sobre las excepciones preliminares presentadas por Colombia respecto a la incompetencia de la Corte para considerar la demanda de Nicaragua del 06.12.2001 en materia de títulos territoriales y delimitación marítima en el Caribe occidental.

Para Nicaragua la competencia de la Corte tenía un doble fundamento, por un lado el artículo XXXI del Pacto y por otro, las declaraciones unilaterales de los litigantes de 1929 y 1937. Colombia opuso excepciones preliminares, sostuvo que la norma del Pacto invocada por Nicaragua no podía aplicarse en virtud de los artículos VI⁴⁸ y XXXIV⁴⁹ dado que existía el Tratado Bárcenas - Esguerra de 1928/1930 (en vigor a la fecha de la celebración del Pacto) que le atribuía la soberanía sobre las Islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina y los componentes del archipiélago de San Andrés. Siendo ello así, no existía controversia pendiente.

La Corte reconoció que el mencionado tratado se encontraba en vigor a la fecha del Pacto y que el mismo había resuelto la soberanía sobre las tres islas, por lo que carecía de competencia en esta cuestión. Sin embargo, determinó que la cuestión de la extensión y composición del resto del Archipiélago no estaba resuelta por el Tratado invocado por Colombia, por lo que subsistía su competencia.

Por otra parte, la Corte parece entender que los fundamentos dobles de su competencia, en el Pacto y en las declaraciones unilaterales, son complementarios, sin que quepa entender que el Pacto de Bogotá prevalece sobre el Estatuto de la Corte. Por ello entró a analizar si la competencia que le negaba el Pacto en el caso, no le resulta atribuida por las declaraciones unilaterales, y concluyó que al ser resuelta la cuestión por el Tratado de 1928 no existía controversia jurídica pendiente⁵⁰.

⁴⁷ PUCEIRO RIPOLL, *op. cit.*, pág. 238.

⁴⁸ Artículo VI: Tampoco podrán aplicarse dichos procedimientos a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por un laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto.

⁴⁹ Artículo XXXI: Si la Corte se declarare incompetente para conocer la controversia por los motivos señalados en los artículos 5, 6 y 7 de este Tratado, se declarará terminada la controversia.

⁵⁰ JUSTE RUIZ, José, *op. cit.*

En verdad estariamos frente a la interpretación de ciertas restricciones a la competencia de la Corte introducidas en el Pacto de Bogotá como sistema autónomo concertado de aceptación de la jurisdicción, y su relación con aquellas formas de aceptación directamente previstas en el mismo Estatuto.

En las controversias territoriales la problemática planteada no es menor, atento que muchas veces una de las partes alega la existencia de un tratado de larga data como fundamento de la resolución del conflicto y la otra la falta de vocación del mismo para la solución o en su defecto la nulidad.

4. Algunas conclusiones:

Los Estados sudamericanos se han valido de todos los medios para resolver los conflictos limítrofes que han tenido o que tiene en la actualidad, sabiendo, en la mayoría de los casos, resolver pacíficamente y de acuerdo al Derecho internacional las controversias que se le presentan.

Nuestro continente ha sido en las relaciones interestatales el más pacífico de los continentes en el tan cruel siglo XX. Su preocupación por la solución pacífica de las controversias, por evitar el recurso al uso de la fuerza, por establecer desde los albores del siglo un tejido de instituciones destinadas a atender los aspectos sociales, sanitarios, educativos, jurídicos, económicos, financieros, científicos y tecnológicos sirvieron de modelo a la normas codificadoras y a las organizaciones internacionales que con vocación universal surgieron después de la Segunda Guerra Mundial⁵¹.

Las controversias limítrofes pendientes en América del Sur son en parte un legado del siglo XIX, pero fundamentalmente han sufrido las influencias de los cambios en el Derecho internacional del siglo XX.

Los medios de solución pacífica de estas controversias limítrofes elegidos por los estados en la región, en gran parte siguen siendo los diplomáticos, aunque con las transformaciones necesarias adecuadas a cada situación. No siempre estos medios fueron exitosos, pero sí han servido en muchos casos de marco estabilizador. Por su parte, las articulaciones y transformaciones de los medios jurisdiccionales han provocado un paulatino mayor recurso a éstos.

Es necesario tener en cuenta que a los conflictos limítrofes ya sea de delimitación o de demarcación, se agregan los transfronterizos, los cuales se han acrecentado en este siglo XXI y que responden fundamentalmente a los intereses comunes antes que a la separación.

⁵¹ ARRIGHI, Jean Michel, *Nuevos Desarrollos del derecho interamericano*, en Liber Amicorum en Homenaje al profesor Dr. Didier Opertti Badán, FCU, Montevideo, 2005.

Ante todo ello creemos que juega un rol fundamental la pacificación a través del incentivo de los procesos de integración en sentido amplio.

Y además en el mismo sentido, el derecho interamericano que sirviera para mantener un bajo nivel de conflictividad interestatal en la región puede ahora servir para consolidar la paz y la democracia en nuestros países⁵².

⁵² Ver conclusiones, en *Nuevos desarrollos del derecho interamericano*, Jean Michel ARRIGHI, Liberamicorum en homenaje a Didier Opert Badan, Montevideo, año 2005.

BLANCA

**SECCIÓN
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

BLANCA

**XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA»,
en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO**

Sección de Derecho Internacional Privado

**JURISDICCIÓN Y LEY APPLICABLE EN MATERIA DE
RELACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS Y SUS
IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL.**

*JURIDITION AND APPLICABLE LAW IN CROSS- BORDER
RELATIONS AND THEIR IMPLICATIONS IN SOCIAL SECURITY*

**«JURISDICCIÓN Y LEY APPLICABLE EN MATERIA DE
RELACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS»**

*«JURISDICTION AND APPLICABLE LAW TO CROSS- BORDER
EMPLOYMENT RELATIONSHIPS»*

Relatores: Eduardo Leopoldo FERMÉ,
Demetrio Oscar GONZÁLEZ PEREIRA**
y C. Gustavo FERRANTE ****

RESUMEN

Análisis del contrato de trabajo con elementos de internacionalidad en cuanto a las personas contratantes, al lugar de celebración o al lugar de ejecución del débito laboral. Influencia del fenómeno de la globalización.

* Ex Juez de la Cámara Civil de la Ciudad de Buenos Aires, Ex profesor titular y Profesor emerito de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

** Profesor regular adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Profesor de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en la Maestría de Derecho Internacional Privado; Autor de varias publicaciones en materia de Derecho Internacional Privado. Miembro pleno de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

*** Profesor Asistente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Profesor en el Curso de Espé-

Estudio de las fuentes aplicables. Posibilidades y limitaciones de la autonomía de la voluntad al contrato laboral. Desarrollo de la jurisprudencia argentina sobre el particular. Estudio del contacto *lex executionis* y su desarrollo o ampliación en otros contactos para supuestos atípicos o de multiplicidad de lugares de cumplimiento. Jurisdicción internacional competente sus limitaciones y efectos. Aplicación del derecho extranjero en el proceso y los límites de los principios protectores del trabajo internacionalmente reconocidos. Breve reseña de la regulación estatal del contrato de trabajo en el MERCOSUR y en la Unión Europea. Necesidad de uniformar soluciones materiales en especial en el ámbito de un espacio integrado. Conclusiones y Propuestas.

ABSTRACT

Analysis of employment contracts with foreign contacts regarding parties to the contract, place of execution or place of performance. Impact of the globalization phenomenon. Study of applicable sources. Law chosen by the parties to govern employment contracts. Scope of application and restrictions to Party Autonomy. Argentine Case Law development. Law of the place of performance as a connecting factor. Development and enlargement of this connecting factor for non-typically regulated cases and multiple places of performance. International Jurisdiction. Restrictions and Effects. Application of foreign law in civil procedures. Limitations of labour protective principles internationally recognized. Brief summary of domestic rules for employments contracts in the MERCOSUR and the European Union. Need of unification of substantive rules, particularly in the integrated spaces. Conclusions and proposals.

PALABRAS CLAVE

Contrato de trabajo internacional. Jurisdicción internacional. Ley aplicable. Autonomía de la voluntad. Lugar de ejecución del contrato laboral. Multiplicidad de lugares de ejecución del contrato laboral. Aplicación del derecho extranjero. Orden Público Internacional.

cialización en Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Católica Argentina, a cargo del Módulo sobre Derecho Internacional Privado del Trabajo y la Seguridad Social. Profesor Titular de Posgrado de Derecho Laboral Empresario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo Autor de distintas publicaciones en materia laboral, y Derecho Internacional Privado del Trabajo. Vocal Titular de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ha desempeñado funciones en el Ministerio de Trabajo de la Nación, Dirección Nacional de Asociaciones Profesionales y en la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo.

KEYWORDS

International employment contract. International Jurisdiction. Law applicable. Choice of law by the parties. Place of performance of the contract. Multiple places of performance of the employment contract. Applying foreign law *ex officio* or at party request. International Public policy (*ordre public*)

SUMARIO

1. Introducción: Importancia del tema como consecuencia de la globalización e internacionalización de las relaciones del trabajo.
2. Derecho aplicable a la validez intrínseca del contrato de trabajo en el derecho positivo argentino.
3. Aspectos Diferenciales del Contrato Laboral. ¿Es posible la autonomía de la voluntad?
4. Los vaivenes de la jurisprudencia.
5. Supuestos diversos de ley aplicable a los Contratos de Trabajo – Los Grupos Económicos Internacionales como empleadores.
6. El derecho extranjero en el proceso laboral.
7. El Orden Público Internacional. Principios protectores del derecho laboral argentino.
8. Jurisdicción Internacional en materia laboral.
9. Sistemas de Derecho Internacional Privado de los contratos de trabajo en los países del Mercosur y en la Unión Europea.
10. Consideraciones finales - Propuestas.

1. Introducción: Importancia del tema como consecuencia de la globalización e internacionalización de las relaciones del trabajo.

El fin del presente relato es analizar el panorama actual de los contratos de trabajo que poseen en su génesis elementos de internacionalidad, ya sea en la persona del trabajador, o en la persona del empresario empleador, o en el lugar de ejecución de las prestaciones y los débitos y obligaciones de las partes, o en el lugar de celebración del convenio laboral.

La importancia del tema en estudio ha adquirido en los últimos treinta años una relevancia muy marcada en el derecho argentino, fundamentalmente por dos razones; a) la realización de políticas económicas de la última década del siglo pasado que han generado que empresas o sociedades con sede en el extranjero se asentaran en gran cantidad en nuestro país, ya sea para desarrollar nuevos proyectos o bien para participar de las otras empresas públicas y luego privatizadas y con ello generaran una nueva corriente de personas que, perteneciendo a otros países (por su domicilio o residencia) desarrollaran labores y ejecutarán el contrato de trabajo en nuestro territorio y; b) el creciente fenómeno de la exportación de talentos ocasionada por un lado por la globalización de la economía y por el otro en las crisis padecidas por nuestro país.

Todo ello no es más ni menos que el fenómeno de la globalización o mundialización¹, de la cual mucho se ha escrito y son varias las definiciones y conceptos que se han publicado.

A los fines del presente trabajo, nos interesa destacar que la globalización es un proceso de extensión e intensificación de las relaciones sociales, políticas, económicas, culturales, entre lo local y lo distante.

La expansión de las empresas transnacionales, el flujo masivo de capitales y de información a nivel mundial, la generalización de la economía de mercado, el desarrollo de la tecnología informática y de las telecomunicaciones, la pérdida del grado de territorialidad de las actividades económicas generada por la nueva economía, de igual forma que la internacionalización de valores, el turismo de masas y la uniformidad en las pautas de consumo, son múltiples causas que han hecho del mundo un mundo global. La globalización es un proceso económico, tecnológico, social y cultural a gran escala, que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unificando sus mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. La globalización es a menudo identificada como un proceso dinámico producido principalmente por las sociedades que viven bajo el capitalismo democrático o la democracia liberal y que han abierto sus puertas a la revolución informática, plegando a un nivel considerable de liberalización y democratización en su cultura política, en su ordenamiento jurídico y económico nacional, y en sus relaciones internacionales.

Este proceso originado en la Civilización Occidental y que se ha expandido alrededor del mundo en las últimas décadas de la Edad Contemporánea (segunda mitad del siglo XX) recibe su mayor impulso con la caída del comunismo y el fin de la Guerra Fría, y continúa en el siglo XXI. Se caracteriza, en la economía, por la integración de las economías locales a una economía de mercado mundial donde los modos de producción y los movimientos de capital se configuran a escala planetaria cobrando mayor importancia el rol de las empresas multinacionales y la libre circulación de capitales junto con la implantación definitiva de la sociedad de consumo. El ordenamiento jurídico también siente los efectos de la globalización y se ve en la necesidad de uniformar y simplificar procedimientos y regulaciones nacionales e internacionales con el fin de mejorar las condiciones de competitividad y seguridad jurídica, además de universalizar el reconoci-

¹ Ciertos autores consideran más adecuado en español el término mundialización, galicismo derivado de la palabra francesa *mondialisation*, en lugar de globalización, anglicismo procedente del inglés *globalization*, puesto que en español «global» no equivale a «mundial», como sí ocurre en inglés. Sin embargo, el Diccionario de la Real Academia Española registra la entrada «globalización», entendida como la «tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales» (DRAE 2006, 23^a edición), mientras que la entrada «mundialización» no está en el Diccionario.

miento de los derechos fundamentales de ciudadanía. En la cultura se caracteriza por un proceso que interrelaciona las sociedades y culturas locales en una cultura global; al respecto existe divergencia de criterios sobre si se trata de un fenómeno de asimilación occidental o de fusión multicultural. En lo tecnológico, la globalización depende de los avances en la conectividad humana (transporte y telecomunicaciones) facilitando la libre circulación de personas y la masificación de las tecnologías de la información y la comunicación y la Internet. En el plano ideológico, los credos y valores colectivistas y tradicionalistas causan desinterés generalizado y van perdiendo terreno ante el individualismo y el cosmopolitismo de la sociedad abierta. Mientras tanto en la política, los gobiernos van perdiendo atribuciones, el activismo cada vez más gira en torno a las redes sociales, se ha extendido la transición a la democracia contra los regímenes despóticos, y en políticas públicas destacan los esfuerzos para la transición al capitalismo en algunas de las antiguas economías dirigidas y en economías subdesarrolladas de algunos países aunque con distintos grados de éxito.

Si bien el proceso de globalización no es un fenómeno que sufren exclusivamente los países americanos, es más perceptible y tiene mayores repercusiones en América Latina con impactos evidentes en diversos campos del derecho.

Y es en el contrato laboral donde el fenómeno de la globalización se ha hecho más relevante, desde el momento que ha generado múltiples transformaciones en las estructuras empresariales, que obviamente no podían dejar de incidir en las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores.

Asimismo y como complementario y consecuencia de éste nuevo fenómeno, debemos agregar el creciente desarrollo y concentración de un nuevo participante en el contrato de trabajo, como lo son los grupos económicos –o más precisamente en nuestra esfera internacional–, la de los grupos empresarios multinacionales, que hoy juegan un trascendental papel en el desarrollo del derecho laboral.

En este sentido es un hecho cierto que el mercado de trabajo internacional, aunque «globalizado», se encuentra fragmentado en unidades estatales y/o regionales. Esto es en la práctica que el mercado laboral posee una naturaleza nacional, debido a que no existe un marco supranacional uniforme que lo discipline, sino que encuentra su ordenación en el marco establecido por el legislador de cada Estado, con respecto a las relaciones de naturaleza laboral que se producen en su territorio estrictamente. Y esto es así, incluso con respecto a determinadas regiones inmersas en un avanzado proceso de integración económica (como lo es la Unión Europea), donde la armonización de la normativa laboral queda todavía lejos de eliminar las profundas diferencias existentes entre los ordenamientos laborales estatales².

² PALAO MORENO, Guillermo, *Los Grupos de Empresas Multinacionales y el Contrato individual de trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia año 2000, pag. 21.

Por lo tanto podemos ver cómo el mercado internacional del trabajo se encuentra, en la actualidad, dominado por los intereses propios de los Grupos de Empresas multinacionales, con los traslados de personal de un territorio a otro o con movilidades internas de los mismos trabajadores dentro del conglomerado de empresas que lo componen, que afectan tanto a las relaciones individuales de trabajo como a las de naturaleza colectiva, amparados en una ausencia de regulación legislativa específica por parte de los Estados y en una virtual dependencia del poder económico que esos mismos Grupos generan en la economía de cada país.

Efectuada la presente introducción, intentaremos circunscribir el relato a describir el estado actual de la normativa aplicable a los contratos de trabajo en el derecho convencional e interno argentino y conforme las circunstancias apuntadas proceder a generar una idea de nuevas formas de regulación más propias y ajustadas para la solución de los casos multinacionales laborales.

2. *Derecho aplicable a la validez intrínseca del contrato de trabajo en el derecho positivo argentino.*

En ausencia de normas especiales para las relaciones laborales, en la órbita de los Tratados de Montevideo, hay que atenerse a lo dispuesto para los contratos en general, respecto de ambos Tratados.

En los Tratados de Montevideo de 1889 no se encuentran normas según las cuales se declare aplicable a alguna relación jurídica el derecho elegido por los interesados en forma negocial. Esta ausencia de referencia ha recibido en general, la interpretación de que no es posible a las partes soslayar la norma sobre el derecho aplicable a los contratos, estimada así como imperativa. Sin embargo es importante recordar que tanto Goldschmidt como Boggiano han llegado a interesantes conclusiones sobre el particular, proclives a la autonomía³.

En los Tratados de Montevideo de 1940, la condena a la autonomía negocial de la voluntad en la determinación de la ley aplicable fue expresa. Según el Protocolo Adicional, art. 5º, ni la jurisdicción ni la ley aplicable según los respectivos Tratados pueden ser modificadas por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley, es decir, el sólo reconocimiento de la autonomía del derecho privado, tal como lo acoge el

³ GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional privado* N° 314, p. 362, acerca de la posibilidad de un reenvío con el cual el derecho internacional privado argentino de fuente interna permitiría la elección. Por su parte BOGGIANO -*Derecho Internacional Privado*, pág. 253- sostiene que no estando prohibida la elección no puede negarse aquella autonomía. Cita en apoyo de su tesis los arts. 19 y 31 de la Const. Nacional. Comparte la idea de Goldschmidt sobre la posibilidad del reenvío. Más adelante (pág. 725) y en relación con el contrato de trabajo, dice que la autonomía conflictual debe admitirse porque resulta sustento eficaz para una equitativa localización del contrato internacional.

art. 1197 de nuestro Cód. Civil, lo cual no constituye ni debe considerarse, a la verdad, como una excepción, pues se trata de cosas diferentes.

En los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889, la ley del lugar donde los contratos deben cumplirse rige su existencia, su naturaleza, su validez (entiéndase, por lo ya señalado, la intrínseca no la vinculada con la capacidad de las partes), sus efectos, sus consecuencias y su ejecución (art. 3º en combinación con el art. 32 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889). Por lo demás el derecho aplicable depende de reglas similares en los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1940 (arts. 37 y 38).

Particular atención debe prestarse a las normas que abordan la prestación de servicios y los criterios enunciados para calificar autárquicamente el lugar de cumplimiento. No está claro en los Tratados el orden en que han de considerarse las hipótesis previstas, ya que si bien cabe situar la señalada bajo c) en los arts. 34 y 38, respectivamente, de los de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940 (domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato), en tercer lugar con relación a las otras dos, entre las dos primeras pareciera que la segunda (relación con algún lugar especial) ha de privilegiarse sobre la otra (si recaen sobre cosas, lugar de su situación al tiempo de la celebración), en aquellos supuestos en que el servicio, relacionándose con cosas, vincule sin embargo su eficacia con un lugar diferente (tal la opinión de Goldschmidt⁴). La cuestión es importante, porque como lo destaca el autor citado, resulta entonces que, en principio, el contrato de trabajo se regiría por la ley del domicilio de la empresa, por ser el lugar especial con el cual se relaciona la eficacia de los servicios. La aplicación de la ley del domicilio de la empresa contratante de los servicios de los trabajadores es, por lo demás, criterio reiteradamente señalado en doctrina, en relación con el criterio de la *lex loci executionis*. Por último, con miras al inc. c) de los mencionados artículos, por domicilio del deudor ha de entenderse el del trabajador, que tiene a su cargo la prestación característica⁵.

Fuera de la órbita de aplicación de los tratados, el estudio del derecho positivo argentino requiere diferenciar tres épocas diferentes. No siempre es conveniente distraer la atención de los lectores con sistemas normativos no vigentes, pero en el caso ello se justifica plenamente. Primero, porque dichos tres sistemas estuvieron vigentes sucesivamente en el escaso lapso de siete años; en segundo término, porque tratándose de normas de derecho internacional privado, salvo excepciones, hay que recordar que ellas no son de aplicación retroactiva⁶; tercero, porque el derecho vigente no agota

⁴ GOLDSCHMIDT, Derecho internacional privado del trabajo, en Deveali, M. L., dir., *Tratado de derecho del trabajo*, Bs. As., La Ley, 1966, t. IV, p. 475, texto y nota 47.

⁵ Así, BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, p. 724.

⁶ La cuestión es enunciada por MIAJA DE LA MUELA como «principio de irretroactividad de las normas de conflicto», dentro del conjunto de los que denomina «principios informantes de la norma conflictual». Ver de este autor, *Derecho internacional privado*, p. 362; PARDO, Alberto J., *Derecho internacional privado*, p. 145.

la totalidad de los casos posibles, debiendo acudirse, por tanto, a la aplicación de normas de lo que denominamos primera época.

Los tres períodos indicados son los siguientes:

- 1º) el anterior a la sanción de la ley de contrato de trabajo, 20.744;
- 2º) el correspondiente a la vigencia de la ley 20.744 en su redacción original;
- 3º) el posterior a las reformas introducidas a la citada por la ley 21.297.

1º) Antes de la sanción de la ley de contrato de trabajo, en ausencia de normas específicas para la relación laboral, cabía atenerse al sistema general que en materia de derecho aplicable a los contratos regía en el derecho internacional privado argentino de fuente interna.

En consecuencia y conforme a ello impone atenerse al derecho que las partes libremente hayan elegido para su contrato. Téngase la certeza de que no es posible indagar en el Código Civil acerca de la existencia de una norma que claramente acepte o repudie la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado pues el Código es anterior al afianzamiento de este principio en la doctrina. La existencia de la mencionada norma consuetudinaria que autoriza la autonomía de la voluntad ha sido sostenida en los últimos años por la ciencia individual y colectiva de la materia en el país, particularmente a raíz del pronunciamiento hecho por la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en ocasión de su IIIº Congreso Ordinario (Corrientes julio de 1975). Su plenario, al igual que, anteriormente, su Sección de Derecho Internacional Privado, aprobó las conclusiones del relato que el Dr. Fermé tuvo el honor de ser designado para realizar⁷. Con posterioridad al indicado pronunciamiento colectivo, nuevos aportes se han producido tanto en el campo de la jurisprudencia como en el de la doctrina, y ha sido receptado en numerosos Tratados Internacionales en que nuestro país es parte⁸, así como proyectos de ley con trámite parlamentario que incluyen expresamente el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en las relaciones contractuales⁹.

⁷ FERMÉ, E. L, *La autonomía de la voluntad como punto de conexión en el derecho internacional privado argentino*, Bs. As., Asociación Argentina de Derecho Internacional, 1975.

⁸ Entre otros la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías aprobada por ley 22.765, la Convención de La Haya sobre ley aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías aprobado por ley 23.916

⁹ PROYECTO DE CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. ARGENTINA. Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J.y D.H.191/02 y Res.M.J.S.y D.H.134/02 integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César

Sin embargo, allí no se agota la cuestión, porque las particularidades de la materia habían introducido la vigencia de criterios propios del derecho internacional laboral, que repercutían sobre la autonomía de la voluntad cuestionando esta analogía.

Goldschmidt en su obra *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*¹⁰, sostuvo que cabía pensar, en analogía a la existencia de un favor *matrimonii*, favor *testamentii* y favor *negotti*, en un favor *locationis conductiois operarum*, con arreglo la cual habría de aplicarse el derecho más favorable entre los diversos derechos interesados en la relación laboral. Sabido es que en el derecho laboral el principio *in dubio pro operario* gozaba de amplio reconocimiento, pero la cuestión resultaba novedosa en el ámbito del derecho aplicable. Miaja de la Muela¹¹ censuró el criterio, destacando la diferencia existente entre favorecer la validez de un negocio y favorecer a una de las partes de él. Replica Goldschmidt que, aunque el argumento fuese válido para desechar la analogía, lo que importa es debatir si el obrero merece en el ámbito del derecho internacional privado ese criterio, con total independencia argumental del *favor matrimonii* o *favor negotii*, ya que en el derecho del trabajo es eso lo que ocurre con el principio *in dubio pro operario*, fundamento que la crítica de Miaja no contempla^{11bis}. En Francia, se ha preferido la ley del lugar de ejecución sobre la ley del contrato cuando ella es más favorable al trabajador¹². Una referencia a la aplicación de la ley más favorable al trabajador se encuentra en la sentencia dictada en el caso *Livitsanis c/ Allseas Shipping Co.*¹³. Dijo el doctor Goyena que, teniendo que decidir el caso (se trataba de un contrato de ajuste) por los principios generales a consecuencia de un vacío en la ley del pabellón por no haberse

Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca. Presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003. En su artículo 69 establece. «Elección del derecho. La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso».

¹⁰ GOLDSCHMIDT, *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*, t. II, p. 471.

¹¹ MIAJA DE LA MUELA, *Soluciones sanas a los conflictos de leyes: "favor negotii" y respeto a los derechos adquiridos*, en Revista Española de Derecho Internacional, XVII, 1, 1954, p. 16 y siguientes.

^{11bis} GOLDSCHMIDT, Derecho Internacional privado del trabajo, en Deveali, M. L., dir., *Tratado de derecho del trabajo*, p. 469. Una lúcida formulación del principio de la aplicación de la ley más favorable al trabajador puede verse en SMITH, Juan C., *Anteproyecto de ley nacional de derecho internacional privado*, arts. 220, 221 y 223. Al explicar los *Principios y fundamentos del Anteproyecto de ley nacional de derecho Internacional privado*, (LL, 1977-A- 581), dijo Smith: «Se ha considerado como principio rector de las soluciones adoptadas, el de la primacía de la ley más favorable al trabajador, por ser el que atiende con un criterio más justo las posibilidades económicas de las partes ligadas por la relación laboral, cuando ésta tiene proyección extraterritorial y se ha transformado en litigiosa».

¹² LOUSSOUARN-BOUREL, *Droit international privé*, p. 483, nota 5 y sus citas de doctrina anotando dicha jurisprudencia.

¹³ CNAT, Sala II, 7/3/69, ED 38-322.

promulgado la ley marítima en Israel y disponerse que entretanto se aplicarían los acuerdos entre el gremio marítimo y la propietaria del buque, acuerdo que en el caso no existía, aparecía «nítidamente consolidado el de reconocer la ley más favorable al trabajador».

Según Lanfranchi¹⁴, «tanto en lo relativo a la celebración del contrato de trabajo, como a las condiciones del mismo, a su ejecución y a las responsabilidades inherentes, se adoptan las normas de legislación más favorables al trabajador entre las tenidas en cuenta al realizar el contrato». Más adelante reitera que, aplicándose la *lex loci executionis* para el caso de un contrato de ejecución sucesiva en distintos países, debe dejarse a salvo la aplicación de las normas más beneficiosas al trabajador del lugar donde se contrae la prestación. Por su parte, Deveali¹⁵ ha indicado que el carácter excluyente de la ley territorial podría perjudicar a los trabajadores que provienen de países en que existe un régimen que les otorgue mayor protección. En otro trabajo, donde se refiere a la elección del derecho aplicable, dice que el acuerdo tendrá plena eficacia si la ley elegida es más favorable al trabajador que la ley del lugar donde se preste el trabajo¹⁶. Krotoschin¹⁷, aunque indica que regularmente no se admite que se dé preferencia a un derecho por la sola razón de que sea más favorable al trabajador, agrega que constituye una excepción la aplicación del derecho más favorable a la validez del contenido de una cláusula.

En cuanto a la posibilidad de elegir la ley aplicable, Deveali la acepta aunque no parece claro si lo hace en forma amplia o restringida a optar entre la ley del lugar de celebración y la del cumplimiento¹⁸. Krotoschin ha indicado que el hecho de que el trabajador resida permanentemente en el extranjero (domicilio), puede ser decisivo para la aplicación del derecho extranjero como presuntamente convenido¹⁹. La jurisprudencia muestra en esta época claras referencias a la elección. En el ya mencionado caso «Livitsanis», se dijo que la ley del lugar de ejecución es aplicable «si así lo establecieron las partes o resulta determinable por la naturaleza de la obligación» y que «aquí se celebró y se comenzó a cumplir, y en consecuencia, pudo perfectamente elegir esta legislación que, por ser más favorable...». En el caso *Eiras Pérez c/ Techint Engineering Company, SA* resuelto por el Tribunal de Trabajo de Zárate, el 9/12/70²⁰, en el voto de

¹⁴ LANFRANCHI, *Derecho internacional privado del trabajo*, p. 42.

¹⁵ DEVEALI, M.L: «La relación de trabajo en el derecho internacional privado» DT 1952-65 y ss, especialmente p. 70.

¹⁶ DEVEALI, M.L. «Conflicto entre el convenio colectivo de trabajo del lugar de contrato y el del lugar del trabajo», nota al fallo de la SCBA en el caso «Fis, Abe c/ SEMA» dt Xi-95.

¹⁷ KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de derecho del trabajo*, p.502.

¹⁸ DEVEALI, *Lineamientos del derecho del trabajo*, Bs As., Tea, 1956, ps. 629-630 y nota 16. También en *La relación de trabajo en el derecho internacional privado*, DT, 1952-65.

¹⁹ KROTOSCHIN, *Instituciones de derecho del trabajo*, p. 500, nota 12.

²⁰ LL, 142-176.

la mayoría, se lee: «*a poco que se analice el contrato agregado en fs. 72, en el que se advierte la elección de una ley que deberá regir las relaciones contractuales entre las partes*». Desgraciadamente, el tribunal rechazó la demanda por no haberse probado la ley venezolana, que se tuvo por convenida por las partes²¹.

En igual sentido, se resolvió: «si las partes no han establecido de común acuerdo el derecho aplicable (al contenido y efectos), el contrato debe ser juzgado por las leyes del lugar de cumplimiento, es decir las de Chile (art. 1210 CC)»^{21bis}.

Fuera del supuesto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, ante la ausencia de normas específicas en materia laboral, resultaban de aplicación los criterios generales de contratos dispuestos en los arts. 1209 y 1210 del Código Civil que remiten a la ley del lugar de ejecución para los contratos de trabajo con contacto argentino, con las pautas interpretativas de los arts. 1212 y 1213 y el art. 1205 que remite a la ley del lugar de celebración para aquellos que no fueron suscriptos ni ejecutados en el territorio nacional.

Si el contrato se cumple total o parcialmente en la Argentina, por consiguiente se aplica la ley del lugar de ejecución, cualquiera que hubiese sido el lugar de su celebración, pero más adelante se verán las dificultades para la precisión del derecho aplicable en relación con el lugar del cumplimiento del contrato. En cambio los contratos celebrados y para cumplirse en el extranjero, es decir cuando ninguno de tales lugares estuviese en nuestro territorio, se rigen por las leyes del lugar de su celebración (art. 1205). Lo mismo para los contratos que tienen lugar de celebración determinado pero no lo tienen de cumplimiento (art. 1205). Los contratos celebrados entre ausentes, es decir que no poseen un lugar de celebración se rigen por la ley del lugar de cumplimiento si lo tienen, pero si carecen de él se aplican a cada una de las partes las leyes de su domicilio (art. 1214).

Ahora bien, el problema es qué se entiende para el Código Civil como lugar de cumplimiento de los contratos. En primer término, debe entenderse como lugar de cumplimiento el que las partes hayan designado, o el que resulte de la naturaleza de la obligación (art. 1212). En caso contrario, es aquél en que el contrato ha sido hecho si es el domicilio del deudor en un lugar que por las circunstancias no debía ser el de su cumplimiento, el domicilio actual del deudor determina el lugar de cumplimiento aunque no fuese el mismo que tenía al momento de la celebración del contrato (art. 1213).

Como vemos los arts. 1212 y 1213 contienen calificaciones autárquicas del punto de conexión lugar de cumplimiento, pero sólo han de entenderse

²¹ Ver un análisis crítico de la sentencia en GOLSDCHMIDT, *El juez y el derecho natural*, LL, 142-176.

^{21bis} CN Paz Sala III, abril 1979, *Estudio Espíndola c/ Bollati, Cristóbal*, ED t. 33, pág. 26.

establecidas para contratos que den lugar a obligaciones a cargo de uno solo de los contratantes. En efecto, los contratos que contengan obligaciones recíprocas –como es el caso que nos ocupa del contrato de trabajo–, pueden generar multiplicidad de lugares de cumplimiento, lo cual desde el punto de vista de la determinación del derecho aplicable no es concebible. Por lo tanto hay que acudir al criterio doctrinario de la prestación más característica (teoría del suizo Adolf F. Schnitzer), y en el caso no hay duda que en el contrato laboral es el lugar donde se desarrolla la labor del trabajador el lugar de cumplimiento del contrato y así se ha entendido en la jurisprudencia en el periodo en análisis.

2º) El segundo periodo corresponde al período de vigencia de la ley 20.744 (septiembre de 1974 a abril de 1976), cuyo artículo tercero introdujo por primera vez (excepción hecha del art. 610 de la ley de navegación 20.094, referente al contrato de ajuste, sometido a la ley del pabellón del buque) en nuestro derecho positivo, normas indirectas específicas para el contrato de trabajo²². Conviene precisar que pese al empleo del término «validez» en su tipo legal, valen aquí las aclaraciones formuladas acerca de la adopción por el derecho internacional privado del método analítico-analógico, en virtud del cual se distingue, dentro de ese concepto jurídico complejo, lo relativo a la validez intrínseca, de la extrínseca y lo atinente a la capacidad de las partes. Por lo tanto, cabe sostener que la ley 20.744, al igual que la posterior 21.297, no han innovado en el derecho internacional privado argentino en materia de capacidad y forma²³.

La ley contempla contratos celebrados en el país o fuera de él, para cumplirse en el territorio argentino, declarándoles aplicable el derecho del lugar de su cumplimiento. La norma se parece tanto al art. 1209 del Cód. Civil, que hasta ha repetido su innecesaria indicación acerca de la intrascendencia de la nacionalidad de las partes. El principio de la *lex loci executionis* fue señalado durante el trámite parlamentario como el conside-

²² «Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se execute en su territorio, cualquiera sea la nacionalidad de las partes. La ley extranjera podrá ser aplicada aun de oficio por los jueces en la medida que resulte más favorable al trabajador. Los contratos de trabajo celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero, cualquiera sea la nacionalidad de los contratantes, se regirán por las leyes del país en que se cumplan, salvo lo que resulte por aplicación del régimen más favorable al trabajador».

²³ Así lo señala acertadamente VILASECA DE PALACIO, Dora, *El derecho de integración y el derecho internacional privado en la ley de contrato de trabajo*, RDCO, 1974-767. De manera similar utilizan el concepto de «validez» los art. 1205, 1209 y 1210 del Cód. Civil, no refiriéndose a la capacidad para celebrar contratos, ni a la forma de ellos, sujetos a los preceptos estudiados anteriormente. La International Law Association (Viena, 1926) y el Instituto de Derecho Internacional (Luxemburgo, 1937), al tratar sobre el tema del derecho aplicable al contrato de trabajo descartan las cuestiones relativas a la reglamentación de la capacidad y de la forma.

rado más conveniente en doctrina²⁴ y determina, igualmente, la ley aplicable a los contratos celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero (hipótesis similar a la del art. 1210 del Cód. Civil). No obstante, en ambos casos declara aplicable la ley más favorable al trabajador²⁵. En el primero, señalando que la ley extranjera podrá ser aplicada incluso de oficio por los jueces en la medida en que así resulte. Cabe acotar que, en realidad, no hay manera de saber si la ley extranjera es más favorable al trabajador si no se la examina antes en relación con el caso concreto, lo cual –en buen romance– es el paso obligado para la aplicación de normas y, atendiendo al contenido del art. 9º, no cabe duda de que ello conducía, en definitiva, a la aplicación imperativa de la ley extranjera más favorable al obrero. En el caso de los contratos celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero, la ley que podía resultar más favorable que la del cumplimiento era la argentina, por lo cual no cabía a su respecto disponer su aplicación oficiosa por los jueces nacionales, ya que ése es un principio indiscutido respecto del derecho propio, al menos para normas legisladas. De ahí que, simplemente, se diga «salvo lo que resulte más favorable al trabajador». La aplicación práctica del principio de la ley más favorable al trabajador no deja de implicar dificultades, como en el derecho interno de cada país ha sucedido, dando paso a diversas teorías o criterios que procuran solucionarlas, a fin de establecer qué es lo más favorable. A los criterios de «acumulación» (tomar las partes de cada una de las normas que están en juego) y del «conglobamiento» (aplicar uno u otro régimen en su totalidad después de hacer un balance para determinar cuál resulta, en ese balance final, más beneficioso), parece preferible el «orgánico», adoptado por el art. 9º de la ley de contrato de trabajo, perfectamente aceptable en el plano internacional, como manifestación de lo que los internacionalistas denominan método sintético judicial o de adaptación, que en el supuesto se llevaría a cabo construyendo la solución del caso mediante la combi-nación de las normas que reglamentan las diversas instituciones del derecho laboral en la forma más favorable al trabajador, adicionándose de este modo «institutos» y no disposiciones sueltas²⁶.

Dejando constancia del mérito de haber incorporado en su momento en el derecho positivo argentino dos principios importantes del derecho internacional privado: la aplicación de la ley más favorable al trabajador

²⁴ Honorable Cámara de Senadores, Diario de sesiones, 4^a reunión, 3^a sesión ordinaria, 31/5/74, p. 478.

²⁵ En el Senado recordóse la construcción doctrinaria de Goldschmidt al respecto. Ver nota 20.

²⁶ BOGGIANO, *Derecho Internacional privado*, p. 727, con cita de Kahn-Freund y Vischer, destaca la dificultad de determinar cuál es la *lex favoritatis* cuando la protección es coordinada con instrumentos de derecho público institucionalidades, inexistentes en el lugar de trabajo. Sobre el criterio orgánico, aceptado en el texto y los demás mencionados, ver VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *La aplicación de la norma más favorable en el derecho de trabajo*, JA. Doctrina 1975-113.

y la oficiosa del derecho extranjero, el art. 3º de la ley 20.744 peca por defecto al no contemplar los contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en el extranjero, los contratos sin lugar de celebración, o sin lugar de ejecución y los que carecen de ambos. Por ello, en tales hipótesis, había que atenerse a lo dicho anteriormente para contratos en general, respetando las peculiaridades señaladas del derecho internacional laboral.

Con respecto a la autonomía de la voluntad y sin perjuicio de lo que por separado mencionaremos, podemos adelantar que el art. 3º de la ley 20.744 en su original redacción no implicó una derogación de la norma consuetudinaria, que reconoce la autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual, por lo cual su texto debe considerarse supletorio de la elección del derecho realizada por los interesados. De todos modos, la incorporación del principio de la ley más favorable al trabajador modifica los alcances de la aplicación de la ley elegida o de las normas creadas entre las partes contratantes.

3º) Por último, la ley 21.297 dio nueva redacción al art. 3º de la ley de contrato de trabajo²⁷. Tal como ha quedado a partir de entonces, podría decirse que la norma es superflua e innecesaria, pues sólo contempla la hipótesis de un contrato de trabajo celebrado en el país o en el extranjero, en cuanto se ejecute en nuestro territorio, declarando aplicable la ley argentina, resultado éste al que se llega igualmente mediante el art. 1209 del Cód. Civil, que no contempla contratos civiles, sino contratos internacionales, ya que es una norma de derecho internacional privado inserta en el Código Civil como consecuencia de la falta de autonomía legislativa de la materia. Es de lamentar que la reforma haya desaparecido lo único valioso y original que en realidad tenía el precepto anterior, pero cabe considerar cuál ha sido el efecto preciso de la modificación sobre nuestro sistema conflictual en materia laboral. Por de pronto, quedan en pie las reglas del derecho civil en materia de capacidad y forma.

Así como en la ley 20.744 quedaban sin reglamentar las siguientes hipótesis: a) contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en el extranjero; b) los carentes de lugar de celebración; c) los carentes de lugar de ejecución, y d) los que adolecían de ambos; por su parte, la ley 21.297 acrecienta el catálogo de casos no contemplados con los contratos celebrados en la República Argentina para cumplirse en el extranjero. Al igual que bajo la vigencia de la ley 20.744, en defecto de acuerdo de partes sobre la ley aplicable, hay que acudir para esos casos a la aplicación de los criterios que en materia de contratos internacionales contiene el Código Civil. Es precisamente a causa de la multiplicidad de hipótesis no contempladas y del carácter unilateral del actual art. 3º de la LCT, por lo que

²⁷ «Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio».

hicimos precedentemente en el punto anterior un estudio de dichas normas y a él nos remitimos.

3. Aspectos Diferenciales del Contrato Laboral. ¿Es posible la autonomía de la voluntad?

Hemos visto en los párrafos precedentes que, en principio, el tema de la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales de trabajo no sólo no se encuentra expresamente regulado, sino que tomando los conceptos generales del derecho internacional en materia de contratos, se ha considerado que se encuentra permitida y autorizada.

Ahora bien, es intención en este punto analizar un poco más profundamente este tópico, el cual genera una importante controversia entre los hombres de derecho y que incluso produce asombrosos pronunciamientos según sea el momento político (y económico) en que se ha expedido la jurisprudencia argentina.

En efecto, como veremos a continuación, la opinión en el presente tema no se encuentra exenta de las estrechas vinculaciones que afectan al contrato de trabajo con una aplicación de políticas económicas gubernamentales, que en los últimos veinte años de la Argentina han sido claramente oscilantes en ambos extremos en uno u otro sentido.

Antes de entrar en los pormenores del asunto, es importante analizar –someteramente dada la temática del relato– los aspectos que diferencian al contrato internacional laboral del resto de los contratos en general.

En primer lugar, cuando se admite la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales, se presupone que se trata de aquellos contratos que han sido libremente negociados²⁸. En la mayoría de los contratos se asume que las personas cuya voluntad va a manifestarse en el acuerdo están en condiciones análogas, en una relación de igual a igual, así ello no ocurra siempre en la realidad.

En los contratos internacionales de trabajo, en principio, no podemos afirmar libremente que esa condición se encuentre satisfecha, atento que en la contratación laboral por diversos factores existe una situación de desigualdad entre las partes (empleado y empleador), que no es sólo económica sino fundamentalmente en cuanto al poder de negociación²⁹.

En consecuencia, ante la desequilibrada relación entre las partes, es necesario establecer un marco normativo que proteja a la parte más débil, excluyendo algunos asuntos de la libre negociación y fijando unas garantías mínimas a partir de las cuales deben realizarse los contratos.

²⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coordinador), Fresnedo de Aguirre, Cecilia; Noodt Taquela, María B. y Albornoz, Jorge R., *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*. Cap. 26: Modalidades contractuales específicas, pág. 1031.

²⁹ Ídem nota anterior, págs. 1035/1036.

En general en el ámbito interno de todo contrato de trabajo, la autonomía de la voluntad de las partes está mucho más restringida en su ejercicio que en el resto de los contratos civiles o comerciales, justamente porque en él, el derecho objetivo y los derechos subjetivos son referentes de gran importancia, al punto de ser considerados no en pocos casos como de orden público. Esta especial condición del entorno restrictivo de la autonomía de la voluntad en el contrato laboral está soportada fundamentalmente en la trascendencia social del trabajo.

Una buena parte del contrato de trabajo está conformada por una serie de puntos señalados por normas jurídicas externas al propio contrato. Dichas normas establecen todo un conjunto de derechos y garantías para los trabajadores (considerados la parte débil en el contrato), cuyo desconocimiento o reducción no puede ser materia de negociación en ningún caso.

En el escenario del ejercicio de la autonomía de la voluntad todo puede disponerse, menos, claro, aquello que no es disponible, dentro de lo cual se encuentran los derechos irrenunciables de los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados por ninguno de los contratantes ni por el mutuo acuerdo de ambos indicando como aplicable un derecho extranjero o distinto al que hubiere correspondido.

Si el contrato de trabajo en general tiene como punto de partida unas restricciones insoslayables dadas desde fuera del contrato por la Constitución, la ley y otras normas jurídicas, parece necesario preguntarse entonces: ¿qué es lo negociable? El comienzo de la solución al interrogante parte por considerar que si lo mínimo y lo irrenunciable no son materia de la negociación, obviamente deberán serlo –siguiendo la lógica– sus contrarios, es decir: lo máximo y lo renunciable. Así, pues, parecería que en el contrato de trabajo las bases mínimas e indiscutibles de la negociación no son fijadas por las partes sino que están dadas de antemano, y que la negociación debe desarrollarse a partir de dichas bases. Además, dicha exclusión de la negociación voluntaria o cercenamiento del principio de la autonomía de la voluntad –que hacen normas diferentes al contrato– está inspirada en la consideración, si se quiere un tanto paternalista, de proteger a la parte débil dentro del contrato laboral³⁰.

Ahora bien, no son pocos los autores que, teniendo en cuenta el carácter especial de la legislación del trabajo, cuyas normas son generalmente inderogables, han afirmado que, en virtud de su carácter de derecho público o de orden público, ellas tienen siempre carácter territorial y que en consecuencia corresponde siempre aplicar la ley del lugar de prestación de trabajo³¹ sin considerar otra que pudiera ser aplicada por la voluntad o elección de las partes.

³⁰ MORENO ORTIZ, Luis Javier, *El contrato Laboral y sus límites*, Universidad Sergio Arboleda Bogotá – Colombia.

³¹ DEVEALI, Mario, *La Relación de Trabajo en el Derecho Internacional Privado* pág. 69.

Por ello es un valor admitido en el derecho laboral que las normas de protección al trabajador son de orden público y que se encuentran fuera del alcance de la voluntad de las partes, siendo nulos los pactos en contrario. Y si no se puede renunciar a la tutela protectora del derecho del trabajo, tampoco puede variarse el mismo mediante pactos de elección de ley aplicable. Por eso es que se ha dicho que, en el campo de las relaciones laborales y de los contratos de trabajo en el cual las disposiciones legales incluyen prácticas de negociación colectiva, la autonomía de la voluntad es «*casi una especie extinguida*» (Delaume)³².

Sin embargo, no podemos caer en la obsesión de una prohibición absoluta de la autonomía de la voluntad respecto de la regulación de la relación laboral, ya que ello puede resultar incluso más perjudicial para el trabajador que una libertad con límites a su favor³³.

Es así, y siguiendo a Deveali, entendemos que las normas laborales gozan de una *inderogabilidad relativa*, esto es, no pueden ser derogadas sino en un sentido partiendo del presupuesto que ella responde casi siempre al único propósito de corregir la situación de inferioridad jurídico-económica en que se encuentra el trabajador frente a su empleador. Pero también en el otro sentido la *inderogabilidad* no es absoluta, ya que si existen circunstancias en que el trabajador ha manifestado libremente su consentimiento, y si en la elección de un derecho extranjero distinto del que hubiera sido aplicable existe una mejora en su beneficio, resulta razonable aceptar dicha elección y la derogabilidad de normas de orden público interno que en principio no serían disponibles³⁴.

Parece ser claro y evidente entonces que, las garantías mínimas de la ley territorial y los derechos irrenunciables de los trabajadores tienen estrecha vinculación con la autonomía de la voluntad contractual y por ende no pueden ser desconocidas o cercenadas por las partes, en la elaboración de normas materiales o de elección de un derecho aplicable. Es así, pues el acuerdo así alcanzado, podría resultar nulo desde el momento en que el principio de la irrenunciabilidad (tal como se encuentra redactado en la actualidad en nuestra ley de contrato de trabajo³⁵) ha sido investido de tal jerarquía que resulta un serio obstáculo a su posible aplicación cuando ello resulte en un perjuicio para el trabajador.

³² Ídem cit. 28 pag. 1036

³³ Ídem cit. 28, pág. 1036.

³⁴ DEVEALI, Mario, ob. cit. págs. 73/75.

³⁵ Dispuesto claramente en el nuevo texto del art. 12 de la ley de Contrato de Trabajo (conf. ley 26.574 B.O. 29/12/2009) que dice: «**Irrenunciabilidad.** Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas **o los contratos individuales de trabajo**, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción».

A mayor abundamiento la recepción expresa en los arts. 7 y 9 de la ley de contrato de trabajo del principio de la norma más favorable (*in dubio pro operario*), viene a sumar su contribución en la limitación o crisis al criterio amplio de la autonomía de la voluntad en el contrato laboral internacional.

Por ello consideramos como un acierto la versión original del art. 3º de la ley 20.744 (concordante con la normativa de los arts. 7 y 9) que si bien no indicaba expresamente la recepción de la autonomía de la voluntad contractual, permitía inferir esa autorización al permitir la aplicación de un derecho extranjero para un contrato celebrado en el exterior con cumplimiento en nuestro país, pero sólo en la medida que dicho derecho sea más favorable para el trabajador.

En consecuencia, podemos afirmar que nada obsta (bajo el régimen de la ley 20.744) a que se aplique el principio universalmente admitido en el derecho internacional privado que las partes puedan elegir la ley aplicable al contrato cuando éste es objetivamente internacional en la medida en que el mismo respete la favorabilidad del derecho elegido para el trabajador.

Es más aún, en ese caso dicha expresión daba sustento, -al decir de Boggiano-, no sólo a la aplicación de una ley más favorable, sino que en uso de la autonomía material, las partes puedan regular el contrato incorporando cláusulas sustanciales modificatorias de ciertas normas imperativas del derecho elegido o aplicable y sustituirlas por otras que se crean especialmente para la relación. Estas normas pueden ser incorporadas al contrato, sea en virtud de la elaboración directa por empleador y trabajador, sea por la reproducción de normas vigentes en otros derechos. La autonomía material sólo puede proporcionar un grado mayor y no menor de beneficios mutuos y el límite siempre será el principio del *favor operari*³⁶.

De esta forma observamos que se producía en el texto anterior una amalgama de los conceptos generales del derecho civil en materia de contratos con las particularidades y especificidades de la contratación laboral, respetando la posición de parte débil de uno de los contratantes y los conceptos de irrenunciabilidad e inderogabilidad de normas protectorias del ordenamiento nacional.

Si se considera que la incorporación de la *«lex favoritatis»* ayudaba a alcanzar el valor justicia, y aún más, el de la equidad, ya no contamos con la misma al menos de un modo explícito³⁷; a nuestro entender la reforma al art. 3º ha venido a generar mayor confusión, eliminando lo bueno y armónico de su redacción con los conceptos generales del derecho en su conjunto y las modalidades propias del derecho laboral.

³⁶ Boggiano, Antonio, *Contrato Internacional de Trabajo*, La Ley 1987 -C, Secc. doctrina pag. 773/785.

³⁷ CASELLI, Martín José, *Derecho Internacional Privado y el Contrato individual de trabajo en el MERCOSUR. Valor Justicia e Integración*. E.D. T. 161, pag. 845.

Igualmente entendemos que a pesar de la modificación producida, «*el principio de la ley más favorable*» se encuentra receptado expresamente en la legislación nacional por lo cual y más allá de la eliminación en el actual texto del art. 3º de la LCT, el ejercicio de la autonomía de la voluntad conflictual y material no se ha visto afectada y pueden incorporarse al contrato disposiciones tomadas de un derecho extranjero o creadas por las partes, más beneficiosas al trabajador que las reconocidas por el derecho argentino a pesar de ser el llamado a resolver por ser el lugar de ejecución.

Ahora bien, si el derecho extranjero elegido fuese menos beneficioso para el trabajador, y más allá de encuadrar o no dentro de los límites del orden público internacional, la aplicación del principio de la favorabilidad en beneficio del trabajador funcionará como un límite a esa autonomía y por ende resultará inaplicable, recobrando toda su potestad las normas imperativas del derecho argentino.

En síntesis. Sostenemos que el principio del *favor operarii*, así como el *favor matrimonii*, el *favor negotii*, etcétera, fueron insertos por el legislador en el Derecho internacional privado por entender que constituyan un medio idóneo destinado a asegurar la eficacia en la búsqueda de «*lo justo*». Concordante con dicho postulado la Iglesia Católica en sus encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimo Anno*, *Mater et Magistra*, *Populorum Progressio*, *Octogesima Adveniens*, *Laborem Excercens*, *Centicimus Anno*, y el Constitucionalismo Social, en una época de desigualdad para los trabajadores, realizaron encomiables aportes para una paulatina inserción de nuevos postulados en las constituciones políticas de los Estados, tendientes al respeto de la calidad de vida y dignidad de los obreros. Así nuestro país ha incluido con raigambre constitucional numerosos Tratados y Pactos que hacen especial referencia al derecho del trabajo³⁸, en la reforma de 1994, y anteriormente en el art. 14 bis de la Carta Magna, donde el principio del respeto y el valor al trabajo humano como principio fundamental ha sido resaltado como fundamento de nuestra legislación.

Que el principio del *favor operarii* en el ámbito del conflicto de leyes –si bien es anterior a la recepción legislativa de dichos postulados y debemos su desarrollo al maestro Werner Goldschmidt–, resulta la solución más justa a los intereses de la parte débil del contrato el cual deberá regirse y aplicarse con arreglo al derecho más favorable entre los diversos interesados en la relación laboral³⁹.

³⁸ Podemos citar entre otros: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención sobre los Derechos del Niño.

³⁹ En igual sentido el Prof. VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado del Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Ed. Astrea, p. 889, quien citando al Dr. Smith afirma que: «Se

El fin del derecho internacional privado es realizar soluciones justas de los casos *iusprivatistas* multinacionales⁴⁰, y es nuestra opinión que el legislador de la ley 20.744 valorizó como justo el otorgar primacía a la ley más favorable al trabajador en la relación laboral con proyección extraterritorial.

Y ese valor, en la Argentina del año 2010 no ha cambiado ni ha sido alterado por más que la redacción actual del art. 3º de la ley de contrato de trabajo (conf. texto ley 21.297) haya suprimido la referencia expresa. El espíritu del *«favor operarii»* y *«la ley favoritatis»* se encuentran en sus entrañas y debe ser considerado al momento de aplicar un derecho extranjero tanto por remisión del legislador como por elección de las partes.

Finalmente, es importante destacar en este punto la expresa recepción de dicho criterio en el Proyecto de Derecho Internacional Privado, elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J. y D.H.191/02 y Res. M.J.S.y D.H.134/02 integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinoli e Inés M. Weinberg de Roca y que fuera presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 24 de junio de 2003.

En efecto, si bien el proyecto en su Título III, Derecho Aplicable – Capítulo Vº - Contratos-, recepta un criterio amplio de autonomía de la voluntad en materia contractual e incluso la posibilidad de elegir más de una ley aplicable al contrato⁴¹, se ha incluido una norma específica para los contratos de trabajo.

Es así que se ha receptado expresamente la posibilidad de elección del derecho aplicable al contrato de trabajo por parte de empleador y trabajador, sea en forma contemporánea o posterior a la celebración, pero limitando su aplicación a que la misma sea más favorable al trabajador entre las que podrían ser aplicables en defecto del ejercicio de autonomía

ha considerado como principio rector de las soluciones adoptadas, el del primacía de la ley más favorable al trabajador, por ser el que atiende con un criterio más justo las posibilidades económicas de las partes ligadas por la relación laboral cuando esta tiene proyección extraterritorial y se ha transformado en litigiosa.

⁴⁰ BOGGIANO, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo Perrot, p. 25.

⁴¹ **Artículo 69. Elección del derecho.** *La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se ríjan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia».*

de la voluntad, es decir la ley del lugar de cumplimiento o la ley del lugar de celebración⁴², con lo cual la denominada «*autonomía restrictiva*» de la que hablábamos al inicio del presente apartado ha tenido acogimiento normativo en tan importante proyecto de ley.

Queda la duda, si el Proyecto incluye la posibilidad de autonomía material en los contratos de trabajo, ya que si bien para contratos en general lo admite expresamente⁴³, no hace referencia alguna en la norma específica. Entendemos que nada obsta a que las partes puedan incorporar normas o resoluciones materiales de su autoría o de transcripción de otro derecho, pero siempre con el límite mencionado de que dicha elección sea más favorable al trabajador en relación con el derecho que resulte ser aplicado por remisión de la norma indirecta.

4. Los vaivenes de la jurisprudencia ⁴⁴

La jurisprudencia argentina ha tenido una visión cambiante respecto al reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el contrato laboral, la cual como hemos dicho más arriba no podemos escindir de momentos políticos y económicos del país.

Antes de la sanción de la ley 20.744, los tribunales de Capital Federal han tenido una posición estrictamente territorialista en cuanto al contrato de trabajo con elementos multinacionales, que si bien no negaban la posibilidad de elección del derecho aplicable conforme las normas de contratos del derecho civil, la aplicación de normativa extranjera resultaba sumamente esporádica.

El primer caso que encontramos tratando el tema de la autonomía de la voluntad es el resuelto por la Sala II de la CNTrab, de fecha 07/03/69 *Livitsanis, Nicolás c/ Allseas Shipping C. y otros* donde con aplicación de las normas del Código Civil (arts. 1209, 1210, 1212 y cc.) se consideró que, el principio de la ley de ejecución del contrato de trabajo es aplicable «*si así lo establecieron las partes o resulta determinable por la naturaleza de la naturaleza de la obligación*», con lo cual recepta o reconoce la autonomía de la voluntad conflictual a las partes como primer elemento. Sin embargo, el mismo voto pone límites a esa elección, al manifestar la preferencia en la solución final por «*la ley que resulte más favorable, atendiendo a razones de equidad que tienden a la cobertura de derecho de innegable jerarquía humana por encima de la faz patrimonial*».

⁴² Artículo 80. *Contratos de trabajo. Los contratos de trabajo se rigen por el derecho elegido por las partes, o por el derecho del lugar de cumplimiento o por el del lugar de celebración, el que fuera más favorable al trabajador.*

⁴³ Artículo 70. *Regulación del contrato por las partes. Haya o no elección del derecho aplicable las partes pueden generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del derecho aplicable...*

⁴⁴ La totalidad de los fallos citados se han obtenido de la magnífica recopilación efectuada por el Dr. CÓRDOBA, Julio César en el libro electrónico *Cuadernos de jurisprudencia-Derecho Internacional Privado del Trabajo* - DIPr. Argentina 2009.

Con ello y más allá que en el supuesto en análisis no había en discusión ejercicio de autonomía de la voluntad por los contratantes, se observó el tema y ya empezó a limitárselo con la aplicación de la «*la ley favoritatis*». Boggiano, al comentar el fallo, plantea que en el mismo existe «*una cuestión metodológica grave, ya que parecería que la elección de la ley aplicable será orientada según sea el contenido de justicia o equidad de las leyes eventualmente aplicables a criterio del juez*», para después afirmar que «*no es posible ocultar que la autonomía conflictual está sujeta a particulares restricciones en esta materia*»⁴⁵.

Otro fallo inmediatamente posterior al que comentamos, es el de «*Eiras Perez c/ Techint Eng. Co*» del Tribunal de Trabajo de Zárate con fecha 09/12/1970, donde se reconoció expresamente la recepción de la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo, sin limitación alguna y con fundamento en la doctrina civilista y en el art. 1197 del código civil, declarando que en el caso resultaba aplicable la ley elegida por las partes a la relación laboral, esto es la de la República de Venezuela lugar donde se ejecutaba la prestación del trabajador; pero que ante la falta de acreditación del mismo su aplicación no podía resultar oficiosa por imperio del artículo 13 del Código Civil, descartando incluso las posiciones internacionalistas de Vico y de Goldschmidt, entre otros, para subsanar dicho defecto y resolver con el derecho elegido no probado en autos. Ante ello, tampoco se aplicó el derecho foral (argentino) con lo cual la solución derivó en una injusticia notoria que fue el rechazo de la demanda propiciada por el actor en reclamo de indemnizaciones legales por el infortunio laboral sufrido, por el sólo hecho de falta de prueba del derecho extranjero elegido. Como vemos en el presente antecedente, de haberse aplicado el principio protectorio de la ley más favorable al trabajador que propugnamos, el resultado hubiere sido distinto y con ello el valor justicia habría sido debidamente satisfecho.

Por eso decimos que, si bien hay un reconocimiento «en los papeles» a la autonomía de la voluntad, los hechos concretos de la no aplicación de un derecho extranjero (por aplicación literal y chauvinista del art. 13 del Código Civil) hace que sus resultados sean de una total territorialidad en cuanto a la solución del contrato de trabajo internacional, cuando no una notoria injusticia en su resultado.

A partir de la sanción de la ley de contrato de trabajo 20.744, y su texto vigente conforme ley 21.297, la situación parece haber tomado un giro al reconocimiento del principio de la favorabilidad como límite en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, aunque normativamente nada se haya agregado, o incluso se haya empeorado con el texto actual del art. 3º que suprimió la aplicación de oficio.

Así encontramos una situación totalmente contraria a lo resuelto en

⁴⁵ BOGGIANO, Antonio, ob. cit., pág. 36.

el fallo «*Eiras Perez*», (si bien trece años después) en la sentencia dictada por la CNAT, Sala III de fecha 21/02/83 en autos «*Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina S. A. s/ Despido*», donde expresamente por el voto de los tres magistrados (Dres. Santa María, Guibourg y Vazquez Vialard) se reconoció la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo. Si bien con matices, es importante destacar que del voto del Dr. Santa María se reconoce incluso que dicha elección no sea expresa entre trabajador y empleador sino que surga nítida de la propia conducta de las partes en el desarrollo del contrato laboral. Sin embargo esa «elección tácita» no fue aplicada en el decisorio por falta de debida acreditación en el expediente, pero su reconocimiento resulta sumamente importante. En concordancia a ello, el voto del Dr. Guibourg coincide en la potestad de las partes de elección de un derecho aplicable a su relación contractual, pero «... *siempre que el acuerdo resulte más favorable al trabajador. Esta condición no puede pasarse por alto pues el principio protectorio del Derecho del Trabajo tiene validez internacional...*» (la bastardilla nos pertenece). Es de destacar el criterio expuesto, pues es el primer reconocimiento judicial a una limitación a la autonomía de la voluntad, con especial referencia a la ley más favorable al trabajador, cuestión que considera no sólo un principio del derecho laboral argentino sino un postulado protectorio de raigambre y reconocimiento internacional, y como tal, un valor superior que no puede ser omitido bajo ninguna interpretación. Es de destacar del fallo que, no habiéndose acreditado ni el supuesto derecho elegido ni el derecho extranjero que resultaba aplicable (por remisión de la norma de conflicto, esto es el lugar de ejecución), —en contrario al precedente «*Eiras Pérez*»—, resolvió aplicar el derecho argentino para resolver el reclamo.

Otra recepción expresa del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo lo encontramos en el voto del Dr. Capón Filas en la causa «*Antoñanzas, Eduardo Lucero c/ ICI Duperial S. A s/ Despido*» de fecha 25/03/96 de la Sala VI de la CNAT. En efecto, si bien el diferendo no incurría sobre el ejercicio de una autonomía de la voluntad en ley aplicable (sólo existía una cláusula de elección de foro), el magistrado destacó la posibilidad de elección de la ley nacional a un contrato de lugar múltiple de ejecución «... *siempre que esta sea más favorable, esta tesis coordina territorialidad y principio de favorabilidad...* (Considerando IV del fallo citado)». Es decir que aquí encontramos otro supuesto limitativo, el de la elección de la ley argentina ante la eventualidad de aplicación por remisión de la norma de conflicto de una ley extranjera siempre que sea más favorable lo cual a *contrario sensu* si no lo es la elección no será ejecutada.

Como recepción expresa de la autonomía de la voluntad (con elección de la ley argentina) podemos citar el fallo «*Díaz, Miguel c/ Altamarinda Nelson y Asociados S.A. y otros*» de fecha 29/06/01 de la CNAT, Sala X. Como consecuencia de la rebeldía de los demandados identificados como empleadores, se tuvo por cierto lo manifestado por el actor en el sentido

que habían elegido un derecho aplicable –en este caso el de Argentina– dejando de lado el que hubiera resultado aplicable por el lugar efectivo de prestación de servicios del trabajador. Asimismo, y siguiendo el criterio receptado en el precedente *«Adano»*, reconoce que es necesario considerar el principio protectorio del derecho del Trabajo, con lo cual más allá de esa elección tácita se impone considerar que la misma no afecte el derecho que fuere más favorable al trabajador.

Como se puede observar, en mayor o en menor medida la jurisprudencia laboral de Capital Federal ha tenido favorable acogida a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo, con algunas referencias al criterio protectorio de la ley más favorable, con lo cual podemos afirmar que se ha generado una doctrina de *«autonomía de la voluntad restringida o limitada»* diferente a la reconocida en los contratos en general.

Dentro del mismo período, se ha observado un apartamiento del principio rector de la ley más favorable al trabajador, (e incluso a algunas cuestiones de orden público internacional) en particular a algunos cambios producidos en la legislación marítima a principios del año 1991 con la sanción del decreto de necesidad y urgencia 1772/91 que permitió el cese provisorio (en principio era por dos años pero luego se fue prorrogando) del pabellón nacional a los buques matriculados en nuestro país y la posibilidad de acceder a un segundo registro en banderas de conveniencia a criterio del armador.

Es decir que, los trabajadores que se incorporaran a prestar servicios quedaban regidos por la ley de ese nuevo registro, con excepción de los servicios de seguridad social, obra social y contribuciones sindicales de los distintos gremios que agrupan al personal embarcado que la empresa debía continuar efectuando. Conforme la ley del pabellón se suscribían contratos de ajuste donde expresamente se hacia ejercicio de la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de jurisdicción competente y ley aplicable.

Mucho se discutió sobre la constitucionalidad de dicho régimen supuestamente de excepción (pero que en la realidad recién fue derogado por decreto 1010 del año 2004) y al cual la CSJN declaró válido con el decisorio caratulado *«Sallago Alberto Asdrúbal c/ Astra CAPSA s/ Despido»* de fecha 10 de octubre de 1996 (Fallos 319:2267).

Ahora bien, en el tema que nos ocupa, la ausencia de la aplicación de un criterio de favorabilidad al trabajador, surge por la adhesión a dicho decreto de la totalidad de las empresas petroleras argentinas (ESSO SAPA, SHELL CAPSA, YPF SA –luego YPF Repsol–, ASTRA S.A.), propietarias y armadoras de barcos y barcazas que se limitaban únicamente a realizar con esas unidades navales el transporte de crudo o refinados en el territorio nacional, ya que sus viajes se enmarcaban desde la boya de carga en puertos del sur argentino (Caleta Olivia, Puerto Santa Cruz, Puerto Galván, en Bahía Blanca, entre otros) y su descarga en las refinerías sitas en la

provincia de Buenos Aires (Dock Sud y Campana) o el envío de material liviano (naftas y derivados) a puertos del interior de la Argentina, a través del río Paraná, como Rosario, Santa Fe, Barranqueras, etcétera.

Ante las numerosas demandas judiciales iniciadas por los trabajadores argentinos, domiciliados en Argentina, y que prestaban servicios REALES en territorio nacional para una empresa que recibía los beneficios de la prestación en nuestro país (estos dos conceptos determinantes en la actualidad del **principio de la primacía de la realidad** para definir el lugar de ejecución del contrato como se ha apuntado más arriba), la jurisprudencia de Capital Federal (en su gran mayoría⁴⁶) otorgó legitimidad a la aplicación de un derecho extranjero, –el del pabellón extranjero–, consintiendo no sólo la elección que se formulaba en los contratos de ajuste sino por aplicación estricta del artículo 610 de la ley 20.094, sin considerar siquiera la norma o ley más favorable al trabajador.

El cambio al presente criterio (y que determinó la derogación del decreto 1772/91), lo constituye el fallo dictado en la causa «*Salduende, Héctor Alberto c/ Shell CAPSA s/ Despido*» por la CNAT Sala VII con voto de la Dra. Estela Milagros Ferreirós que determinó (siguiendo los fundamentos de la sentencia de primera instancia), que más allá de la doctrina creada por la CSJN en el Fallo «*Sallago*» existe un claro fraude y simulación a la ley laboral argentina al aplicar un régimen extranjero por un pabellón de conveniencia cuando es en la República Argentina el lugar real de ejecución del contrato, por ser los puertos argentinos el lugar de contratación, embarco y desembarco, la empleadora es una empresa domiciliada y creada en Argentina y el actor y la totalidad de la tripulación son domiciliados y nacionales argentinos. Que por ello (y otras razones que no vale la pena destacar) impuso decretar la inconstitucionalidad del decreto 1772/91 y la inoponibilidad de las normas de la ley del pabellón y aplicar a la solución del diferendo la legislación argentina.

⁴⁶ Entre otros podemos citar «*Fernandez José O. c/ Shell CAPSA s/ Diferencias de Salaríos*» CSJN 10-12-97, DT 1998-A 707/709; «*Ciepa José c/Ultraocean S.A.*» CNAT Sala II, sent 76.332 de fecha 16-05-95; «*Martin, Eduardo c/Shell CAPSA*» CNAT, Sala III, sent. 67.582 de fecha 05-08-94; «*Lemos, Eduardo Ramón c/Esso SAPA s/Despido*» CNAT, Sala VIII, de fecha 24-08-99; «*Castiglione, c/Esso SAPA s/Despido*» CNAT Sala VIII; «*Khalil c/Esso SAPA*» CNAT Sala III; «*Cavaliere, Francisco c/Esso SAPA s/ Dif. Indemnizatoria*» CNAT Sala I de fecha 6-09-2002; «*Cueva, Roberto Luis y otros c/Esso Petrolera Argentina SRL s/Diferencias de Salarios*» CNAT Sala III de fecha 11-11-08; «*Bogarin, Juan Laureano y otros c/Esso Petrolera Argentina SRL s/Diferencias de salarios*» CNAT Sala III de fecha 14-11-08; «*Arguello Alejandro c/Esso Petrolera Argentina SRL s/Diferencias Salariales*», CNAT Sala VI, de fecha 26-03-09. A favor de la inconstitucionalidad o la aplicación de la ley más favorable entre otros «*Bruera, Alberto Miguel c/Esso SAPA s/Despido*» CNAT Sala II de fecha 17-07-01; «*Cocciardi Daniel Salvador c/Esso S.A.P.A. s/Despido*» CNAT Sala IX, sent. 9365 de fecha 26-12-01; «*Labarque, Ernesto Martin c/Esso SAPA s/Despido*» Juzgado del Trabajo de Cap. Fed N° 2 Sentencia 2626 de fecha 11-10-1995.

En síntesis, la jurisprudencia de Capital Federal ha privilegiado a lo largo de los años, y con diferentes composiciones en sus Tribunales, el reconocimiento al ejercicio de la autonomía de la voluntad en los contratos laborales, dejando de lado la *lex ejecutionis*, pero con la limitación o restricción de su aplicación en la defensa del principio protectorio del derecho laboral, es decir sólo si fuese más favorable al trabajador.

5. Supuestos diversos de ley aplicable a los Contratos de Trabajo – Los Grupos Económicos Internacionales como empleadores.

Vamos a analizar a continuación distintos supuestos, incluyendo nuestra opinión y algunos fallos, y temas vinculados con la actuación como empleadores de los Grupos Económicos Internacionales.

5.1. Contratos de trabajo celebrados y ejecutados en Argentina: quedan naturalmente regidos por la LCT y las partes sólo podrán pactar la aplicación del derecho extranjero en la medida que el mismo fuera más favorable para el trabajador (art. 9 LCT).

5.2. Contratos de trabajo celebrados en el exterior para ejecutarse en Argentina:

Aplican a éstas iguales consideraciones que las expuestas precedentemente en 1.

5.3. Contratos de trabajo ejecutados inicialmente en el exterior y luego ejecutados en Argentina como consecuencia de que el trabajador sea asignado en forma temporaria o permanente a una empresa del mismo grupo empresario.

En la medida que el hecho crítico ocurra mientras el trabajador se desempeña en Argentina, resultarían de aplicación las consideraciones expresadas en 1., con el agregado de que a todos los fines legales la antigüedad del trabajador será la resultante del tiempo trabajado para todas las empresas del mismo grupo empresario, por aplicación de los arts. 19 y 26 de la LCT y de lo resuelto por la jurisprudencia desde el caso *Leroy c/ The National Cash Register*.

Se debatía en «Leroy» si correspondía computar para el cálculo de la indemnización por despido de un trabajador cuyo contrato de trabajo se había extinguido en Argentina, la antigüedad adquirida mientras se había desempeñado para la Casa Matriz en Francia.

En primera instancia se había resuelto que «tratándose de sociedades económicas con presencia dentro de cada país, es de su naturaleza que resuelva las cuestiones atinentes al personal y entre cada una de las sucursales haya independencia», razón por la cual se ordenó calcular la indemnización computando la antigüedad adquirida en Argentina.

La Cámara por su parte revocó en este aspecto la sentencia y con

citas a los Dres. García Martínez y Vico, ordenó computar el total de la antigüedad. A tal fin se sostuvo que The National Cash Register era «una entidad de carácter mundial con agencias u oficinas en diversos países dependientes de la Casa Central», por lo cual no correspondía hacer «distinción entre servicios prestados en la República o fuera de ella cuando unas y otras son inherentes a la actividad mercantil del principal o de su antecesor en los negocios»^{46bis}.

5.4. *Contratos de trabajo ejecutados inicialmente en Argentina y luego ejecutados en el exterior como consecuencia de que el trabajador sea asignado en forma temporaria o permanente a una empresa del mismo grupo empresario.*

¿Qué ocurre cuando un trabajador, que se desempeña para un empleador en Argentina, se traslada al exterior para desempeñarse en la misma empresa, o en una empresa vinculada o relacionada con la misma, o en una empresa con la cual su empleador o las empresas vinculadas o relacionadas en términos societarios con el mismo, tengan algún tipo de relación?

En particular resulta necesario, a los fines de una correcta registración, analizar cuál es la naturaleza jurídica de tales movimientos, si las partes pueden pactar la aplicación del derecho del trabajo extranjero y qué ocurre cuando no han pactado nada al respecto.

De la práctica profesional y de la lectura de la jurisprudencia se advierte que tales situaciones no tienen un tratamiento uniforme ya que en algunos casos el trabajador extingue su relación laboral en Argentina (por renuncia o mutuo acuerdo) y luego celebra un contrato con su nuevo empleador; en otros sigue en la nómina de su empleador en Argentina por una remuneración nominal que le permita seguir devengando antigüedad a los fines jubilatorios; y en otros, además de desvincularse de la empresa en Argentina, el empleado se afilia al sistema jubilatorio como trabajador autónomo.

Muchas de las prácticas referidas generan serias contingencias previsionales y laborales desde que abren la posibilidad de reclamos de regularización de la situación laboral, con graves consecuencias en los términos de la Ley Nacional de Empleo y otras leyes que penalizan la registración defectuosa.

Consecuentemente resulta necesario profundizar el análisis de estas situaciones con el propósito de sortear las inconsistencias entre las leyes que regulan el tema desde el punto de vista laboral y también el previsional.

La confusión que existe al respecto ha provocado que en varios fallos se sostenga que en realidad nos encontramos frente a un único contrato, ya sea por desestimación de la personalidad jurídica conforme la doctrina

^{46bis} CNAT, Sala III, “*Leroy, Raymundo c/The National Cash Register*”. (LL 78, 385).

de la Corte en el fallo «Parke Davis» o por considerar que se trata de una situación fraudulenta que torna aplicable las disposiciones del artículo 31 LCT⁴⁷, cuando en realidad en la mayoría de los casos el tratamiento de la relación con los expatriados es confuso sólo por falta de certeza sobre cuál es el régimen aplicable y no por afán alguno de violar la ley.

Si bien hemos sostenido en el pasado que estas situaciones debían encuadrarse en el artículo 229 de la LCT, que se refiere a las transferencias del contrato de trabajo sin establecimiento y a la responsabilidad que asumen cedente y cesionario, solución que satisface los intereses comprometidos en una transferencia internacional⁴⁸, un posterior análisis de la cuestión nos permite también sostener, en sentido complementario, que resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 26 de la misma ley en cuanto contempla la posibilidad de que se considere «empleador» a un conjunto de personas, aun sin personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador.

Prácticamente en todos los casos lo que ocurre es que el trabajador, que se desempeña en relación de dependencia para una sociedad constituida conforme el derecho argentino o para una sucursal de una sociedad constituida en el exterior debidamente inscripta en Argentina, pasa a trabajar en el exterior para otra persona jurídica domiciliada e inscripta fuera de nuestro país.

En general también, los servicios que presta el trabajador en el exterior benefician sólo a su empleador en el país de destino, es decir que su antiguo empleador en Argentina no utiliza sus servicios ni se hace cargo del pago de su sueldo ni del otorgamiento de los demás beneficios.

Corresponde entonces en primer lugar determinar, basándose en el principio de la realidad, cuál es la naturaleza jurídica de esta situación.

Desde un punto de vista societario nos encontramos con que más allá de la posibilidad de corrimiento del velo societario para el caso eventual de una utilización ilegítima de las respectivas figuras societarias, los empleadores involucrados en la situación serán dos o más entidades jurídicas independientes pero vinculadas societariamente, debidamente constituidas en sus respectivas jurisdicciones.

Cualesquiera sean las formas que se utilicen para instrumentar el hecho, estaremos en primer lugar frente a la modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, razón por la cual conforme el artículo 66 LCT, para que sea válida la modificación, será necesario que el trabajador preste su conformidad.

⁴⁷ «*Adano, Juan O. c/ Dresser Atlas Argentina S.A.*» DT Tº XLIII – A, pág. 391; «*Del Puerto del Río c/ Geoservices S.A. Sucursal Argentina*» (con nota de Jorge Rodríguez Mancini). DT 2005-A, 1257; CNAT, Sala X, 28/6/04, «*Enriquez Yañez, Hector Rafael c/ Western Geco S.A. y otro s/ despido*» - CNAT - SALA III - 10/11/2006.

⁴⁸ VÁZQUEZ VIALARD, *Tratado de Derecho del Trabajo* dirigido por Vazquez Vialard, Tº 5, pág. 79; Fallo Enriquez Yañez c/ Western Geco, Lexis N°13/11595 y Microjuris MJJ 10637.

Consecuentemente, el hecho de que el trabajador pase a trabajar en otro país, registrado en el mismo conforme lo que legalmente corresponda, constituye una novación contractual lícita que perfectamente puede ser implementada a través de un acuerdo que contemple las condiciones del pase incluyendo lo relativo al derecho aplicable en materia laboral y en materia previsional. Entonces, únicamente podrá corresponder el corrimiento del velo societario o la aplicación del artículo 31 de la LCT cuando objetivamente concurran las circunstancias de hecho que tornan procedente tales soluciones (maniobras fraudulentas y/o conducción temeraria).

La cuestión del derecho aplicable en estas situaciones fue debatida originalmente por la Sala III de la CNAT en la sentencia dictada en los autos caratulados *Adano, Juan O. c/Dresser Atlas Argentina S.A.*, oportunidad en la cual por mayoría y con el voto en disidencia del Dr. Vazquez Vialard, se resolvió la aplicación de la ley argentina⁴⁹.

La dificultad que tiene el tratamiento del tema se pone en evidencia por el hecho de que los jueces que integraron la mayoría llegaron a una misma conclusión, con la que respetuosamente disentimos, pero sobre la base de fundamentos distintos.

Básicamente los hechos tenidos en consideración por la Cámara para resolver *Adano, Juan O. c/Dresser Atlas Argentina S.A.* fueron los siguientes:

- Enero de 1966: Adano ingresó en Dresser Argentina S.A., para trabajar en Argentina.
- Noviembre de 1975: Fue transferido a la Filial de Dresser Corporation en Venezuela.
- Junio 76: Fue transferido para trabajar en Argelia.
- Agosto de 1978: Fue transferido a Túnez, mientras estaba en la nómina de la Sucursal de Dresser Corporation en Gran Bretaña.
- Diciembre de 1978: Trabajó en Noruega, siempre bajo la dependencia de la Sucursal de Dresser Corporation en Gran Bretaña.
- 1979: Volvió a trabajar en Túnez.
- Noviembre de 1979: Fue despedido en Túnez, invocando falta de trabajo.

Adano demandó a Dresser Atlas Argentina S.A. en Argentina, reclamando el pago de las indemnizaciones que supuestamente le correspondían conforme el derecho inglés, desde que alegaba que dicha legislación era la convenida por las partes con vigencia al tiempo de su desvinculación.

Coinciden los tres votos en que el contrato fue uno solo, con el llamado «Grupo Dresser».

El Dr. Santa María fundó su voto a favor de la aplicación de la ley argentina en que Argentina había sido el lugar de celebración y lugar principal de ejecución del contrato.

⁴⁹ DT 1983-A-391.

El Dr. Guibourg sostuvo que si bien hubiera correspondido aplicar el derecho de Túnez, dicho derecho no había sido ni alegado ni probado, razón por la cual correspondía aplicar el derecho argentino.

Finalmente, el Dr. Vázquez Vialard se pronunció en disidencia al rechazo de la demanda sobre la base de que si bien hubiera correspondido la aplicación de la ley de Túnez, la misma no podía ser rechazada por el argumento que no había sido probada ni siquiera invocada ya que dicho camarista defiende la aplicación de oficio expuesta por el Dr. Ferme.

Destacamos que los 3 votos señalan la posibilidad de que las partes hubieran podido convenir la aplicación de algún derecho en particular, frente al hecho de que se trataba de un contrato con múltiples lugares de ejecución.

En efecto, el Dr. Guibourg expresamente señala que en los casos en los cuales existe una radicación más o menos estable del trabajador en los distintos países en los cuales presta servicios, corresponde aplicar el derecho del lugar de ejecución del contrato, aun cuando varíe.

Sobre la base de lo recién expuesto, resulta necesario detenernos en la posibilidad de que las partes, cuando convienen el traslado al exterior, convengan también el derecho aplicable a la relación laboral a partir de entonces.

En primer lugar, nada se opone en nuestro derecho a que las partes convengan que la relación siga siendo regulada por la legislación argentina⁵⁰.

Nada se opone tampoco a que las partes convengan la aplicación del derecho del nuevo lugar de ejecución del contrato, con las aclaraciones que expondremos más adelante.

Si bien, como señala al respecto Bronstein, esta solución parece en principio anómala en derecho del trabajo, existen sólidos argumentos conforme los cuales cabe admitir que las partes puedan convenir la aplicación de la legislación del nuevo lugar de ejecución⁵¹.

En igual sentido expresa Boggiano que es principio universalmente admitido en el derecho internacional privado que las partes pueden elegir la ley aplicable al contrato cuando este es internacional. Sobre tal base se interroga si dicho principio resulta de aplicación a los contratos internacionales de trabajo y, sobre la base de algunos fallos de la CNAT, concluye que sí⁵².

Asimismo, considerando el principio que surge del artículo 3 LCT, que manda aplicar el derecho de nuestro país al contrato de trabajo en cuanto se ejecute en Argentina, sostiene Boggiano que, por analogía, corresponderá aplicar la ley del lugar de ejecución a los contratos de trabajo que se ejecuten el extranjero.

⁵⁰ ED 196-173.

⁵¹ LT XXXIII-B, pág. 670.

⁵² BOGGIANO, Antonio, *Contrato Internacional de Trabajo* (LL 1987-C-773).

Luego, corresponderá la aplicación del derecho elegido por las partes en la medida que la elección haya sido efectuada de buena fe, que no exista intención fraudulenta alguna, que la ley elegida tenga una relación razonable con la relación entre las mismas y que sus disposiciones no resulten violatorias de garantías reconocidas por nuestra Constitución Nacional⁵³.

La nueva redacción del art. 9 de la LCT a partir de la sanción de la ley 26574⁵⁴ nos genera serias dudas de que podamos seguir sosteniendo la aplicación del derecho extranjero cuando el mismo, aplicando el principio del conglobamiento por instituciones, sea menos favorable para el trabajador, criterio que puede llegar a generar serias dificultades interpretativas cuando se realice la comparación de dos regímenes sustancialmente diferentes.

5.5. *La prestación simultánea de servicios en distintos países para empresas de un mismo grupo económico, cuando uno de los lugares de ejecución es Argentina*

Es esta una situación cada vez más frecuente, en especial por servicios prestados a empresas vinculadas o relacionadas domiciliadas en Argentina y en cualquiera de los países limítrofes.

Analógicamente señalamos que diversos fallos se han ocupado de las cuestiones que se suscitan cuando el empleado de una empresa brinda simultáneamente, en Argentina, servicios para otras empresas del mismo grupo empresario. A este respecto han sostenido que sólo existe un contrato de trabajo y que el empleado, sin perjuicio de la solidaridad entre las distintas empresas, sólo tiene derecho a las remuneraciones e indemnizaciones que le correspondieron en virtud de la relación laboral con la empresa que lo registraba como empleado⁵⁵.

Cuando esta misma situación involucra servicios prestados efectivamente en diversos países y en beneficio de distintas empresas domiciliadas en cada uno de ellos, surge en muchos casos la necesidad de que por razones

⁵³ CNAT, Sala II, *García Urbón, Ceferino Segundo c/ Empresa Marítima Ivaráns Rederi y otro* (JA, Tomo 28-1975, pag. 104), fallo en el cual se resolvió que por aplicación del art. 14 CCiv. correspondía rechazar la defensa de la demandada fundada en la ley extranjera aplicable al contrato si la misma discriminaba contra los trabajadores extranjeros ya que no les reconocía a los mismos iguales derechos que los que les reconocía a sus nacionales.

⁵⁴ LCT - Art. 12. - Irrenunciabilidad. Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción. (*Artículo sustituido por art. 1º de la Ley N° 26.574 B.O. 29/12/2009*).

⁵⁵ CNAT Sala II, *Ferrero Jorge c/ Sur Compañía de Seguros S.A.* (TSS-1993, pag. 624); id, Sala V, *Tronconi c/ Consolidad, LL* 2006-A-726; id, Sala IV, *De Boeuf c/ HSBC, LLOnline*.

migratorias e impositivas el empleado deba obtener la visa correspondiente al país en el cual no tiene su domicilio real y que la remuneración que le corresponda por los servicios brindados en dicho país esté sujeta a las retenciones impositivas y a los aportes y contribuciones previsionales vigentes en el mismo.

Algunos fallos han resuelto que aun en tales casos corresponde considerar que existe un solo contrato de trabajo con el grupo empresario y, con fundamentos diversos, han aplicado la legislación argentina⁵⁶.

Si bien compartimos este criterio, consideramos que cuando los empleadores son empresas constituidas en distintos países y el empleado brinda sus servicios en forma habitual para cada una de ellas, corresponde que cada una de las empresas registre la relación laboral habida y asuma el pago de la remuneración que le corresponda, manteniendo una relativa proporción con el tiempo trabajado en cada uno de los países y con cualquier otro parámetro que se considere objetivamente aplicable.

Ello debe ser así en función del respeto al principio de la realidad y, sustancialmente, a los fines de cumplir con la legislación de cada uno de los países en los cuales el trabajador presta servicios.

Naturalmente, la pluralidad de relaciones no habrá de alterar el hecho de que el trabajador tiene un solo contrato de trabajo con el grupo empresario, lo cual, desde el punto de vista del derecho de trabajo, tendrá efectos diversos.

Desde el punto de vista del derecho del trabajo podrá el trabajador invocar la aplicación de la norma más favorable, conforme el criterio que surja por aplicación del principio de conglobamiento por instituciones, atento la simultaneidad a que nos hemos referido.

Desde el punto de vista registral será suficiente que el trabajador haya sido debidamente registrado según el derecho de los distintos países en los cuales desarrolle sus tareas.

5.6. *Prestación ocasional de servicios en una jurisdicción distinta a la del lugar habitual de trabajo.*

Si bien la legislación laboral nada dice al respecto, es razonable considerar que aquellos trabajadores que por su especialización son itinerantes y que vienen a la Argentina por períodos breves, con motivo de situaciones extraordinarias, no están sujetos a la legislación laboral individual argentina.

En tal sentido, la jurisprudencia ha resuelto que si el lugar de contratación y el lugar habitual de prestación de servicios era Argentina, corresponde aplicar el derecho de nuestro país a un accidente ocurrido en el exterior como consecuencia de un traslado meramente ocasional⁵⁷.

⁵⁶ CNAT, Sala VII, 23/09/2008, *Cernadas de Bohtlingk, María Rocío c/ Homero S.A. s/despido.* (el Dial – AA4C8E)

⁵⁷ CNAT, Sala VI, *Arellano de Pedretti, Trancita c/ Techint Compañía Técnica Internacional S.A.* (TSS-1992, 15).

Sin perjuicio de ello, el trabajador debe obtener la visa correspondiente y deberá cumplir con sus tareas respetando las condiciones de higiene y seguridad que correspondan por aplicación de la ley argentina.

5.7. *Contrato celebrado en Argentina para aplicarse en el exterior.*

Diversos fallos han resuelto en forma reiterada que en tales casos aplica la ley del lugar de ejecución de la prestación característica, cual es la prestación a cargo del dependiente.

Se ha resuelto también que si las partes pactan la aplicación del derecho argentino, tal elección es válida⁵⁸.

Surge en estos últimos casos la cuestión sobre que ocurriría si el derecho del lugar de ejecución fuera más favorable al trabajador, hipótesis en la cual consideramos que no aplicaría desde que la aplicación del derecho argentino debería ser considerada suficientemente protectoria del orden público laboral.

5.8. *Contrato de trabajo celebrado en el exterior para ejecutarse en Argentina pero que no llega a tener principio de ejecución.*

La LCT diferencia ante «contrato de trabajo» y «relación de trabajo» y contempla los efectos de la ruptura del contrato de trabajo que no comenzó a ser ejecutado, disponiendo la facultad del trabajador de reclamar daños y perjuicios conforme el derecho civil y fijando una indemnización mínima de un mes de remuneraciones.

Si bien el art. 3 limita la aplicación de la LCT a los contratos de trabajo en cuanto se ejecutan en su territorio, entendemos que sería aplicable también el supuesto que estamos considerando.

5.9. *Planes de opciones de acciones o incentivos similares.*

Es una realidad desde hace años que, empleados locales de Grupos Empresarios y multinacionales comenzarán a participar de planes de beneficios otorgados en forma global por las respectivas Casas Matrices.

Desde el punto de vista del tema que nos ocupa interesa en particular considerar lo relativo a la competencia de los tribunales argentinos en relación con tal casa matriz y la aplicación de la ley argentina a las condiciones de otorgamiento del referido beneficio.

Por compartir sus fundamentos, nos remitimos al voto en disidencia del Dr. Boggiano en autos *Martorana c/IBM*, en el cual con sólidos fundamentos justifica la competencia de los tribunales de nuestro país a los reclamos por la implementación de los planes llamados «*stock options*», «*stock awards*», o similares a favor de empleados de empresas multinacionales que se desempeñan en Argentina⁵⁹.

⁵⁸ ED 196-173.

⁵⁹ LL 2001-F, 1021.

La cuestión que se sometió a consideración de la Corte era una decisión de las dos instancias ordinarias que habían resuelto diferir, al momento de dictarse la sentencia definitiva, el tratamiento de la excepción de incompetencia interpuesta por IBM contra la demanda del actor con referencia a los beneficios emergentes de un plan de opción de acciones.

La Corte, por mayoría, desestimó el recurso por considerar que no estaba dirigido contra una sentencia definitiva.

La posición de IBM era que el reclamo del actor respecto de los planes de *stock options* y *awards* debe ser dirimido por un juez de la ciudad de Nueva York aplicando las leyes de dicho Estado. Aducía que los mencionados planes tenían naturaleza contractual pues constituían un compromiso de tipo comercial, un negocio de compra o venta de acciones que participa del área comercial carente de carácter remuneratorio al no ser otorgados como contraprestación por el trabajo efectivamente realizado. Basándose en ello consideraba que no correspondía la intervención de un juez laboral argentino para dirimir un conflicto derivado de un contrato que dispone la aplicabilidad de la ley del Estado de Nueva York.

Por su parte, Boggiano entendió que la sentencia apelada tenía carácter definitivo a los fines del art. 14 de la ley 48, pues corresponde equiparar a tales pronunciamientos aquellas que originan agravios cuya enmienda en la oportunidad procesal en que se los invoca, exhiben *prima facie* entidad bastante para conducir a un resultado diverso del juicio pues de ser mantenidos generarían consecuencias de insuficiente o imposible reparación ulterior (Fallos: 295:190; 306:1312; entre otros), por lo cual se había suscitado cuestión federal suficiente por haberse cuestionado la interpretación y aplicación de normas de jurisdicción internacional y la decisión haber sido contraria a la pretensión que el apelante fundó en ellas (doctrina de Fallos: 293:455; 321:48, 2894; 322:1754).

Consecuentemente, consideró que correspondía tratar lo relativo a la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, tema sobre el cual sostuvo lo siguiente:

- Que el convenio que suscribieron las partes en lo relativo al derecho a disponer de las *stock options* aparecía estrechamente ligado al contrato laboral desde que en su art. 1 se estableció que el plan «ha sido concebido para retener a ejecutivos y otros empleados selectos de la Sociedad y recompensarlos por contribuir significativamente al éxito de la misma...»; el art. 3 disponía «requisitos: los empleados de la Sociedad que reúnan las condiciones para recibir un Otorgamiento conforme al Plan son aquellos que ocupan cargos de responsabilidad y cuya actuación, a juicio del comité o de la dirección de la Sociedad, pueda tener un efecto significativo sobre el éxito de la Sociedad»; el art. 12 regulaba: «Cese de la relación laboral. En caso de cese de la relación laboral de un Participante, por otro motivo que los dispuestos en los incisos a) a c) de este artículo 12, se cancelarán sin más trámite todos los Otorgamientos diferidos que no hayan sido

ejercidos ni pagados, salvo disposición en contrario del Contrato de otorgamiento....».

• Sostuvo por ello, que resultaba específicamente aplicable al caso, a efectos de determinar la jurisdicción, el principio de improrrogabilidad de la justicia laboral (art. 19 de la ley 18.345) y las normas de la ley orgánica que determinan la competencia de la justicia del trabajo en las causas: «...entre trabajadores y empleadores relativas a un contrato de trabajo, aunque se funden en disposiciones del derecho común aplicables a aquél...» y en aquellas otras «...en las que tenga influencia decisiva la determinación de cuestiones directamente vinculadas con aspectos individuales o colectivos del derecho del trabajo» (arts. 20 y 21 ley 18.345).

• Que, al hallarse relacionadas las opciones accionarias y premios a la subsistencia de la relación laboral, las controversias acerca de aquéllos quedan sujetas a la jurisdicción de los jueces laborales (arts. 20, 21 de la ley 18.345 en relación con la cláusula 12 del contrato).

6. El derecho extranjero en el proceso laboral.

En el ámbito de aplicación de los Tratados de Montevideo, el derecho extranjero ha de ser tenido en cuenta de oficio, cuando sea llamado por la norma de conflicto (de colisión, indirecta), en cumplimiento de lo que al respecto dispone el art. 2º de los Protocolos Adicionales de 1889 y 1940.

No siendo aplicables los Tratados mencionados, la cuestión acerca de la aplicación del principio dispositivo o de la oficialidad, ha conocido, en la órbita del contrato de trabajo, reglamentación diversa.

La doctrina de derecho internacional privado recibió con beneplácito la incorporación de la aplicación oficiosa del derecho extranjero en el art. 3º de la ley 20.744. Su derogación, empero, por la ley 21.297, no ha de verse como una desaparición de la posibilidad de aquella aplicación de oficio.

En efecto, tal como se encuentra redactado, el art. 13 del Cód. Civil, la aplicación del derecho extranjero ha de hacerse previa invocación y prueba por las partes interesadas. Sin embargo ya la doctrina internacionalista reconocía que esa prerrogativa, es susceptible de ser dejada de lado por muchos motivos. No es del caso pasar aquí revista a ellos⁶⁰, pero basta recordar, entre otros, el argumento de que tratándose de un hecho notorio, el derecho extranjero ha de ser tomado en cuenta de oficio por el juez de la causa.

⁶⁰ Hicimos una reseña en *El derecho extranjero en el proceso civil*, documento de trabajo presentado a las Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales, Bs. As., Universidad de Belgrano, 1971. En la jurisprudencia, ver la sentencia de quien fuera nuestro juez cuando desempeñábamos la Secretaría del entonces Juzgado de Paz n° 46, doctor Horacio Italo Romanelli, en el caso *Estudios Espíndola c/ Bollatti* (ver ED, 33-26, con comentario de Goldschmidt y JA, 8-1970-01 con nota de Boggiano).

Asimismo, es de destacarse un pequeño avance en la materia con la redacción de la ley 22.434 en el año 1983, que dispone en el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su párrafo 3º que: «...Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio...».

Cabe señalar, sin embargo, que poco después de la sanción de la ley 22.434 se dictó la ley 22.473 que modificó, entre otros, el art. 155 de la Ley 18.345, de procedimiento por ante los Tribunales Nacionales del Trabajo. En su redacción actual el referido art. 155 de la L.O. declara aplicable al fuero del trabajo sólo los párrafos 1 y 2 del art. 377 del CPCCN.

Si bien ello implicaría de manera bastante explícita que el referido párrafo 3º no se aplica al procedimiento laboral, una sentencia reciente del fuero ha resuelto que frente a la naturaleza alimentaria de los créditos laborales, el juez laboral puede investigar la existencia del derecho extranjero, aplicando a tal fin la norma legal referida más arriba⁶¹.

A partir de la ratificación por parte de la República Argentina de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, desde 1986 se viene sosteniendo que «las soluciones dadas por el derecho interno a los temas tratados en la Convención (v.gr. el art. 13 del Código Civil), deben considerarse desplazadas por ésta. A favor de esta conclusión invocamos el denominado criterio de la derogación orgánica. Ciento es que la fuente en el caso es diversa, pero no lo es menos que el sentido de la existencia de la Convención en sí misma no debe ser otro. No se adhiere a una Convención de normas generales sólo para estar vinculado por ella con otros países. El verdadero sentido de su ratificación o adhesión ha de ser visto como el de incorporar normas que resuelvan problemas de carácter general, tanto si la norma especial que corresponde al caso concreto (matrimonio, contratos, sucesiones) proviene de una fuente no convencional como de una internacional. El sentido ecuménico de la Convención puede inferirse, igualmente, de lo establecido por su art. 1º, segundo párrafo, como del contenido del art. 2º, ya que al referirse a la aplicación del derecho extranjero no hace distingo alguno acerca de si el mismo se ha hecho aplicable por ser el de un Estado parte de esta Convención, o como consecuencia de otra norma de colisión internacional o de fuente interna» (Fermé, Eduardo Leopoldo en *Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice*, t. V, págs. 209 y ss.). La tesis fue sometida a la consideración de las Segundas Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales, Buenos Aires, julio de 1983 y acogida favorablemente. En su recomendación 3ª, Werner Goldschmidt, de autoridad indiscutible en la materia, sumó su voto a la postura y

⁶¹ Contratos Internacionales, Reseña de Jurisprudencia de la CNAT 2009, sumario 29. En el mismo sentido, el voto del Dr. Julio César Simón en el fallo *Díaz Miguel c/Altamiranda Nelson*, ya citado.

posteriormente, en su artículo *«El derecho extranjero en el proceso – Los tres enfoques argentinos»*, se refirió a la Convención destacando «su indudable interés... si se le adjudica, como nosotros, carácter universal (t. 115, pág. 804), lo que supone su aplicación en todos los casos con elementos extranjeros relevantes. Graciela Chalita y María Blanca Noodt Taquela señalan que *«no puede aceptarse que la voluntad del legislador difiera en el tratamiento de los principios básicos de la Parte General en las normas convencionales y en las internas. El art. 13 del Código Civil, en su interpretación literal, adopta el criterio opuesto al art. 2 de la Convención de Normas Generales en materia de aplicación de derecho extranjero, por lo que la ratificación por nuestro país de esta última provocó la derogación orgánica del citado art. 13»* («Unificación del Derecho Internacional Privado – CIDIP I-II-III», Editorial Universidad, Buenos Aires, 1988, pág. 67). Augusto Mario Morello y Gualberto Lucas Sosa sostienen que *«a partir de la vigencia de la Convención ha perdido virtualidad el art. 13 del Código Civil, desde que ha sido marginado por la solución normativa que consagra el citado art. 2»* (Jurisprudencia Argentina 1989-I-649).

La tesis ha recibido acogida jurisprudencial. Así lo resolvió la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 9-3-90, en autos *Frederick Parker Limited c/Villa, o Villa y Egea* (publicado por M. B. Noodt Taquela en *Derecho Internacional Privado – Libro de Casos*, 2^a edic., La Ley, Buenos Aires, 2006, págs. 90/98). Y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, en autos «Deutches Roiseburo, G.M. c/Speter, Armando, del 27-2-84 (La Ley, 19-XI-84, con nota de Alicia M. Perugini), expresó que *«la carga de invocación del derecho extranjero conduce inexorablemente a impedir que los jueces argentinos apliquen un derecho extranjero cuando las normas de conflicto referidas así lo impongan. De lo contrario, la aplicación de las normas de conflicto inderogables quedaría a merced del arbitrio de las partes, dueñas de invocar o no el derecho extranjero indicado por las normas de conflicto argentinas»* (cfr. C.N.Civil, sala I, 9-3-1990, *Egas Dávila c/ Cortella s/nulidad de contrato*).

Especificamente en el ámbito laboral, encontramos fallos que continúan sosteniendo la negativa a la aplicación de oficio del derecho extranjero conforme lo dispone el art. 13 del Código Civil⁶², y otros que han comenzado a receptar el criterio de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Así podemos citar como ejemplo el fallo de la Sala II de la CNAT en

⁶²Entre otros podemos citar a: *Eiras Pérez, Leonardo c/ Techint Engineering Company S.A.*, Tribunal del Trabajo de Zárate; 09/12/1970; *Adano, Juan O. c/Dresser Atlas Argentina S.A.*, CNAT, Sala III, del 21/02/83 (pero con voto en disidencia del Dr. Vazquez Vialard que sostiene la oficialidad); *Antoñanzas, Eduardo Lucero c/ ICI Duperial S.A. s/Despido*, CNAT, Sala VI del 25/03/96; y más recientemente, *Coelho, Germán Luis c/ Enviro Control Ar SRL y otros s/Despido*, CNAT, Sala X 17/07/07.

autos *Benítez, María del Carmen c/ Editorial Atlántida S. A. s/Despido*, de fecha 06/11/02, que sigue el fallo de la CSJN en igual sentido en la causa *Z.T., M.M.G c/ G.J.F.*, del 3/11/88 (publicado en el ED 133-589).

7. El Orden Público Internacional. Principios protectores del derecho laboral argentino.

El derecho extranjero aplicable, sea por elección de partes o como consecuencia de las normas de conflicto desplegadas en ausencia de aquella elección, no ha de ser aplicado por los jueces argentinos cuando viole nuestro orden público internacional. Éste se opone, tanto a la aplicación del derecho extranjero, como al reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras que lo conculquen. El orden público internacional constituye una institución excepcional, por lo cual, en la duda de si consiste en principios o en disposiciones, «urge resolverse a favor de los principios, puesto que la aplicación de los principios (generales o especiales) es siempre *a posteriori* dando lugar, pues, a la aplicación del derecho extranjero, mientras que la de las disposiciones (generales o especiales) es siempre apriorística, lo que puede dar lugar, si se estimara que son exhaustivas, a una eliminación del derecho extranjero⁶³.

Es éste un criterio que se impone. Así, por ejemplo, las convenciones aprobadas y vigentes para nuestro país en la Primera y Segunda Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (Panamá, 1975 y Montevideo 1979)⁶⁴, al igual que las Conferencias de la Haya, introducen el criterio de que el derecho extranjero sólo se excluye cuando es «manifiestamente incompatible» con el orden público de la ley del foro interveniente⁶⁵. El criterio señalado ya pertenecía al derecho positivo argentino, en el art. 7º del Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre igualdad de trato procesal y exhortos (aprobado por ley 22.410), donde se establece que «el órgano jurisdiccional requerido ordenará el cumplimiento del exhorto si ello no afecta manifiestamente su orden público internacional». La Convención interamericana de normas generales de derecho internacional privado es más explícita aún,

⁶³ Recomendación de la Sección Derecho Internacional Privado aprobada por el Plenario del II Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (Tucumán, 1971). Más información sobre el mismo y el texto completo de la recomendación en FERMÉ, E. L. *La ciencia del derecho internacional privado argentino tras una de sus más caras metas: la codificación*, LL 154-1033.

⁶⁴ CIDIP I Sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio pagares y facturas, art. 11; CIDIP I Sobre Exhortos y Cartas Rogatorias art. 17; CIDIP I Sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero art. 16; CIDIP I Sobre Régimen Legal de Poderes art. 12; CIDIP II Sobre Normas Generales art. 5; CIDIP II Sobre Conflicto de leyes en materia de Sociedades mercantiles art 7.

⁶⁵ Maekelt, Tatiana B. de, *Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado* (CIDIP I) Análisis y significado de las Convenciones aprobadas en Panamá, 1975, p. 41- 43.

al señalar, en su art. 5º que: «*La ley declarada aplicable por una Convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público*» (destacamos la trascendencia de considerar que el orden público internacional se refiere a principios, no a disposiciones, tal como lo dispone el art. 14, inc. 2º, Cód Civil).

En tren de señalar algún principio perteneciente a nuestro orden público internacional relacionado con la materia laboral, podríamos indicar como esencial a nuestro orden jurídico el que el trabajo no sea considerado una mercancía y la exaltación de su dignidad⁶⁶. También pertenece a nuestro orden público internacional la no discriminación por razón de religión, raza u opinión, como tampoco por razón de nacionalidad⁶⁷. En relación con esta última, la sentencia pronunciada en el caso «*García Urbón*», contiene una interesante aplicación del principio. Era un caso sometido a la ley noruega, que para el supuesto de que el tripulante se halle enfermo o lesionado en el momento de desembarcar, le reconoce derechos hasta durante doce semanas si se asiste en el extranjero y es ciudadano noruego o domiciliado en Noruega. Para el caso de no serlo, fija la mitad de este beneficio. Dispuso el tribunal que en atención a las pautas de inaplicabilidad de la ley extranjera fijadas en el art. 14 del Cód. Civil, y a que las leyes laborales argentinas no discriminan entre ciudadanos nacionales o habitantes extranjeros al especificar los beneficios a los que hace acreedores a los trabajadores de cualquier actividad, se abonasen doce semanas de salarios, es decir, suprimiendo de la ley extranjera la disposición discriminatoria ofensiva para nuestro orden público internacional. Compárese con el supuesto contemplado en el art. 3470 del Cód Civil, que reacciona ante discriminación contra argentinos o extranjeros domiciliados en la Argentina en materia sucesoria.

Asimismo en la actualidad existen numerosos tratados internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional que prevén principios del derecho laboral y que afectan el orden público internacional argentino, a saber⁶⁸: Declaración Americana de los Derechos y Deberes

⁶⁶ Art. denominado 14 bis de la Const. Nacional. «El trabajo no es una fuerza instrumental, una mercancía que se compra y se vende, que se transporta a voluntad. Es, como dice León XIII, personal, porque la fuerza activa es inherente a la persona y, por consiguiente, participa de la dignidad humana. Por lo tanto, el trabajo debe ser tratado como algo humano, necesario al hombre para su subsistencia, y no como un artículo de comercio» (Código Social de Malinas, nº 96). Ver también Concilio Vaticano II, Constitución Gaudium et spes, nº 67 y ss.y Juan Pablo II, encíclica *Laborem Exercens*, II, 6 y 9.

⁶⁷ Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940, art. 1; LCT, art. 17.

⁶⁸ MENICOCCI, Alejandro. Trabajo presentado en las Jornadas Preparatorias del XXIIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional -Sección Derecho Internacional Privado- Tema *El contrato individual de trabajo, calificación, ley aplicable, orden público y jurisdicción*, realizado en la Facultad de Derecho de la universidad de Buenos Aires el 26 de agosto de 2010.

del Hombre⁶⁹; la Declaración Universal de Derechos Humanos⁷⁰; la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷¹; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo⁷²; la Convención

⁶⁹ Artículo XIV. Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia. Artículo XV. Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear únicamente el tiempo libre en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico. Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

⁷⁰ Artículo 23. 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquier otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas. Artículo 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

⁷¹ Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre. 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas. 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

⁷² Artículo 8. 1) Nadie estará sometido a la esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas. 2) Nadie estará sometido a servidumbre. 3) a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio; b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente; c) No se considerarán como «trabajo forzoso u obligatorio», a los efectos de este párrafo: i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional; ii) El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial⁷³; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁷⁴; la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁵.

razones de conciencia; iii) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad; iv) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

⁷³ Artículo 5. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes (...): i) El derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual y a una remuneración equitativa y satisfactoria; ii) El derecho a fundar sindicatos y a sindicarse.

⁷⁴ Artículo 11.1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción. 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella. (...).

⁷⁵ Artículo 32. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño 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 o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social. 2. Los Estados Partes adoptarán medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales para garantizar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en

Finalmente y dentro del derecho positivo laboral argentino, entendemos que existen ciertos principios rectores que no es posible omitir al momento de la aplicación de un derecho extranjero. Entre ellos podemos citar a:

* PRINCIPIO PROTECTOR: Es el principio que traduce la inspiración primordial del Derecho del Trabajo: la protección al trabajador. Mientras otras ramas del Derecho se preocupan por establecer una paridad entre las partes involucradas, ésta, desde sus inicios históricos ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación bilateral: el trabajador.

Couture estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. Por ello es que, en esta rama del Derecho se abandona la idea de la igualdad jurídica y el principio protectorio es el criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador⁷⁶.

La dependencia del trabajador al empleador es típica del contrato laboral, por lo tanto tiene una especial incidencia en el surgimiento de este principio protector: a) el trabajador se encuentra sometido a las órdenes del empleador en virtud del principio de subordinación jurídica (poder disciplinario – deber de obediencia); b) el trabajador se encuentra sometido a una dependencia económica al poner su fuerza de trabajo, de cualquier índole que esta sea, al servicio de otro a cambio de una remuneración económica.

La aplicación de este principio se expresa de tres maneras: *«in dubio pro operario»*, la *regla de la norma más favorable* y la *regla de la condición más beneficiosa*.

* PRINCIPIO DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS: Este principio establece la imposibilidad de privarse, aun por voluntad de parte, de los derechos concedidos por la legislación laboral.

La irrenunciabilidad de derechos se ha convertido en un principio ÚNICO, PROPIO Y ESPECÍFICO del Derecho del Trabajo, reforzado con el nuevo texto del art. 12 de la ley de contrato de trabajo. En general se han señalado ciertas consecuencias ligadas a este principio, entre ellas:

a) implica una *indisponibilidad* o *inderrogabilidad* de los derechos reconocidos a favor del trabajador por la ley, los Convenios Colectivos de Trabajo y los mismos Contratos de Trabajo. Esto significa que atendiendo

cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales, los Estados Partes, en particular: a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) Estipularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

⁷⁶ PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Depalma pág. 23.

al carácter que tales derechos tienen no sólo para el trabajador sino para su familia y sus compañeros de labores, se impide que las renuncias y transacciones se den en detrimento de esos derechos. Implica una *intransigibilidad* de derechos mínimos y ciertos. El derecho laboral consta de una parte de derecho público, como tal absolutamente inderogable. La otra parte está constituida por normas de derecho privado, que generalmente son inderogables por tener el carácter de orden público. Pero debido a su carácter de normas protectoras de la parte que se presume más débil, su inderogabilidad es relativa; es decir que no pueden ser modificadas *in peius*, si, en cambio cuando la modificación no perjudica al trabajador y viceversa, mejora su situación. Bajo este aspecto la aplicación de una ley extranjera no siempre choca con la vigencia de una norma laboral de carácter local, siendo suficiente que la primera otorgue al trabajador una situación más favorable que la segunda⁷⁷.

b) También se vincula este principio con la *imperatividad* de dichos principios en razón del orden público que tienen las leyes de trabajo. En consecuencia, las leyes laborales son imperativas en cuanto establecen condiciones MÍNIMAS de cumplimiento obligatorio para las partes (trabajadores y patronos). Esto quiere decir que por supuesto pueden ser superadas por voluntad o acuerdo de las partes. Y en el caso inverso que las instituciones que regula deben ser consideradas por el derecho extranjero, porque las mismas constituyen la base de principios del derecho laboral argentino, pero no por ello debemos considerar que sus postulados sean o deban ser iguales o idénticos a los de nuestra ley. En el caso *Frigorífico Anglo c/ Fitzgerald Kilpatrick, Brian A*⁷⁸, por ruptura ante tempus de un contrato de trabajo celebrado en Inglaterra, es interesante destacar que al margen de la problemática del derecho aplicable (el lugar de trabajo era la República), la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, Sala II señaló que las cláusulas del contrato relativas a preaviso, rescisión por enfermedad inculpable, etc., contrariaban «el espíritu rector de las leyes tutelares argentinas».

Más recientemente en el fallo *Del Puerto del Río, Federico Evelio c/ Geoservices S. A.*, dictado por la CNAT, Sala X de fecha 28/06/04, con un enjundioso y profundo voto del Dr. Julio Simón, se ha dicho en relación con la aplicación del principio de la irrenunciabilidad en un caso multinacional que: «... estimo prudente recurrir para la resolución de la litis a la clara definición de Américo Pla Rodríguez en su obra *Los Principios del Derecho del Trabajo*, páginas 67 y ss.), que el principio de irrenunciabilidad «...consiste en la imposibilidad jurídica de privarse (el trabajador) voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio...». Esta argumentación ha sido plasmada en distintas

⁷⁷ DEVEALI, Mario, *La relación de trabajo en el derecho internacional privado*, ob.cit. pág. 70.

⁷⁸ CNAT, Sala I, 25/2/53, LL 71-778.

normas de la ley de contrato de trabajo, tales como los arts. 7, 12, 13 y 58 según los cuales se veda la posibilidad de suprimir o reducir derechos, no sólo mediante “convención de partes” sino también por un acto unilateral del trabajador. Es por ello que haciendo una interpretación en consonancia armónica con la totalidad de las normas contenidas en el plexo legal y los principios del derecho laboral, podemos concluir que esta rama del derecho ha buscado colocar un límite concreto a la disponibilidad de los derechos del trabajador, estableciendo que su renuncia no tiene validez y le es inoponible, máxime cuando se encuentra en juego el orden público laboral, entendido como “el mínimo jurídico inderogable”.

* **PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD:** Este principio significa que en caso de discordancia entre lo que surja de los hechos de la causa o documentos o acuerdos escritos y lo que ocurre en la práctica, se prefiere lo último. Como hemos venido exponiendo, aceptamos que siendo el contrato de trabajo una relación mutable, se encuentra sujeta a cambios o variaciones que muchas veces no quedan por escrito; de ahí que lo que originalmente se pactó pueda perfectamente variar con el transcurso del tiempo. También debemos aceptar que el quehacer del hombre en la vida moderna se modifica más rápido de lo que pueden ir variando las normas, contratos o reglas; no podemos por lo tanto hacer depender ese quehacer de formas rígidas y estrictas como son los contratos, y esto es aún más evidente en el campo laboral en el que se conjugan aspectos tan variados como la necesidad de empresa, el desarrollo tecnológico, el agrupamiento de empresas con servicios en distintos países, etcétera. De ahí la expresión jurídica de que el contrato laboral es un **CONTRATO REALIDAD**. El contrato laboral depende más de una situación objetiva (cumplimiento de la prestación de servicios) que de una situación subjetiva. El contrato existe no por el mero acuerdo de voluntades sino de la realidad de la prestación por encima de las formas o acuerdos jurídicos a los que las partes hayan llegado.

Sobre el particular es interesante considerar lo dispuesto en el fallo *«Del Puerto del Río»*, de la Sala Xº de la CNAT mencionado líneas arriba, en donde se debatía cuál sería la ley aplicable al despido ante una fragmentación del contrato laboral entre varias empresas de un grupo en el cual se había iniciado en Argentina pero que ante cada traslado a otra filial del exterior se lo «finalizaba» y se hacia firmar uno nuevo con la supuesta nueva empleadora. De allí que, si se tomara el último lugar de trabajo (Bolivia) la ley argentina no sería aplicable. En el decisorio el juez Simón, concluyó que existió *«un solo contrato laboral»* ya que la realidad de los hechos prevalecen sobre la apariencia contractual, de lo contrario admitir una ficción puede generar perjuicio al trabajador que como es sabido es la parte más débil de la relación laboral.

Ampliando el concepto y receptando el principio laboral de la primacía de la realidad debemos mencionar el fallo de la CNAT Sala V de fecha 18/

05/2010, en autos «*Carrillo, Ricardo Cesar c/ Inversora de Eventos S.A. y otros s/ Despido*»⁷⁹. El caso se refiere a la situación de un Grupo de Empresas vinculadas, en la cual el trabajador prestó al inicio servicios en una de ellas (en Argentina) para luego trasladarse (bajo un «nuevo» contrato laboral) a una empresa creada y bajo control de la empresa argentina. En el fallo se dispuso el rechazo de la aplicación del derecho extranjero (*lex ejecutionis*) y su reemplazo por el derecho argentino, atento que la creación de la empresa en Paraguay y la contratación del actor por ella «...resultó en interés de la empresa demandada y que si bien no hubo una prestación directa en el territorio nacional, la prestada en el extranjero resultaba ser en beneficio de la empresa argentina...». Como podemos observar, no sólo aplicó los conceptos esgrimidos en «*Del Puerto del Río*», referidos a la aplicación del principio de la primacía realidad sino que en algo novedoso para nuestra jurisprudencia, entiende como aplicable el derecho del lugar donde produce sus efectos el contrato (si bien no lo menciona expresamente, se infiere de sus considerandos) más allá que la ejecución efectiva de la prestación laboral fue en el extranjero.

8. Jurisdicción Internacional en materia laboral.

En lo que nos interesa, podemos definir la jurisdicción internacional como el poder que posee el conjunto de las autoridades de un Estado para entender en una controversia de derecho privado con elementos extranjeros⁸⁰. Parece claro, pues, que el determinarla corresponde, en rigor, al derecho internacional público, puesto que se trata de establecer cuándo un Estado la posee por oposición a otros⁸¹. Sin embargo, son escasos los tratados internacionales sobre el tema en relación con el número de situaciones posibles, por lo que, en ausencia de ellos, el derecho interno de cada país habrá de fijar los límites de su propia jurisdicción internacional⁸².

De acuerdo con los art. 56 de ambos Tratados de Derecho Civil Internacional (Montevideo, 1889 y 1940), el demandante puede elegir entre demandar ante los jueces del país del domicilio del demandado, o ante los del país cuyo derecho es aplicable (criterio este último denominado en doctrina «teoría del paralelismo», según el cual, cuando la ley de un país aplicable, los jueces de él tienen jurisdicción, cuando menos concurrente, en el plano internacional, para aplicarla). El tratado de 1889 no contempla

⁷⁹ Publicado el 13-07-2010 en elDial.com -AA6081, y cedido a éste relato por el Dr. Julio Córdoba al cual agradecemos su colaboración y estima.

⁸⁰ Véase la interlocutoria dictada por el Dr. Fermé en los autos *Rodriguez H. c/ Automóvil Club Argentino* (1^a Inst. Esp. Civ y Com., firme, 7/6/77, ED, 77-268).

⁸¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Jurisdicción internacional directa e indirecta*, en «Prudentia Iuris», Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, agosto de 1980, p. 9 y ss., I, 3.

⁸² GOLDSCHMIDT, *Jurisdicción internacional directa o indirecta*, donde acude, al fundar el aserto, al procedimiento denominado por Scelle «desdoblamiento funcional».

la posibilidad de una prórroga de jurisdicción. Por su parte, el de 1940 la permite si después de promovida la acción el demandado la admite voluntariamente, en forma positiva y no ficta (art. 56, citado). Cuando se trata de demandas contra sociedades, hay que tener en cuenta además, que si constituyen en otro u otros Estados establecimientos, sucursales o agencias, se los considerará domiciliados en el lugar donde funcionen y sujetos a la jurisdicción de las autoridades locales, en lo concerniente a las operaciones que allí realicen (art. 6º, Tratado de Derecho Comercial de 1889; art. 3º, Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940). Si una sociedad domiciliada en un Estado realiza en otro operaciones que den mérito a controversias judiciales, podrá ser demandada ante los jueces de ese otro (art. 7º, Tratado de 1889; art. 11, Tratado de 1940).

Cuando no son aplicables los Tratados mencionados, el tema de la jurisdicción internacional es uno de los peor reglamentados y sistematizados, a causa de la dispersión legislativa al respecto. No existen, en materia de contrato de trabajo, normas que contemplen expresamente la jurisdicción internacional⁸³.

En el caso, una posibilidad es acudir a las normas que en materia de contratos trae el Código Civil (arts. 1215 y 1216), según las cuales en todo contrato que haya de tener su cumplimiento en la República puede demandarse su cumplimiento ante los jueces de ella, aunque el demandado (deudor, dice el Código, con terminología civilista, para un problema de índole procesal), no tuviese aquí su domicilio. Si lo tiene, podrá demandárselo ante los jueces argentinos, aunque el contrato haya de cumplirse en el extranjero. En síntesis, el demandante puede optar entre demandar ante los jueces del domicilio del demandado o ante los del lugar de cumplimiento del contrato⁸⁴. Ahora bien, cuando no hay norma específica en materia de jurisdicción internacional, se utilizan diversos criterios para determinar si en un caso concreto la poseen los jueces argentinos.

⁸³ Aunque por tratarse de normas de carácter federal las que se refieren a la jurisdicción internacional corresponde dictarlas al Congreso Nacional, las contenidas en el art. 24. de la ley 18.345 no reglamentan aquélla, fijando sólo por distribución de la competencia interna en razón del territorio, la de la Justicia Nacional del Trabajo. Ciento es que a veces en cuerpos normativos de carácter local se incluyen preceptos relativos a la jurisdicción internacional (*v.gr.*, en el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que -en rigor- lo es sólo para los jueces nacionales y federales), pero éste no ha sido el caso. Sin embargo, en su momento estuvo en el pensamiento de la Comisión que proyectó oportunamente las reformas al decr. Ley 32.347, porque en el art. 24 de su proyecto permitía una opción en el caso de contratos celebrados en el país para ejecutarse en el extranjero. El texto proyectado no se convirtió en ley (ver la Exposición de motivos de la Comisión, ED, 30-933, especialmente, p. 937 y el mensaje que acompaña a la ley, ED, 28-949).

⁸⁴ Sobre la distinción entre lo que debe entenderse por lugar de cumplimiento del contrato según se trate del derecho aplicable o de la jurisdicción internacionalmente competente, ver GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, p. 364-360 y BOGGIANO, *Derecho internacional privado*, p. 73-74.

Actualmente nuestro Máximo Tribunal en el fallo *Exportadora Buenos Aires Sociedad Anónima c/ Holiday Inn's Worldwide Inc.*, (Fallos 321:2894), ha fijado el criterio concreto para determinar el lugar de cumplimiento de los contratos a los efectos de la determinación de la competencia al decir que «...Como regla general cuando se trata de normas de jurisdicción internacional en materia contractual, la voluntad del legislador consiste en dar certeza a una pluralidad de foros concurrentes a fin de asegurar el derecho de las partes a acceder a la justicia. Por ello en ausencia de solución convencional específica cualquier lugar de cumplimiento de las obligaciones contractuales en la República Argentina justifica la apertura de la jurisdicción internacional de los jueces argentinos conforme lo dispuesto por el citado art. 1215 del Código Civil».

Tal criterio de atribución de competencia en las normas del Código Civil ha sido receptado en un reciente fallo de la CNAT, Sala IV, *Verdaguer, Ricardo Aníbal c/ Impsat Fiber Networks Inc. y otro s/ Despido*, de fecha 17-09-08, (publicado en Cuadernos de Jurisprudencia –Derecho Internacional Privado del Trabajo– del Dr. Julio César Córdoba-ccLearn 2009). Otro criterio sería el de la teoría del paralelismo que, al igual que en la órbita de los Tratados de Montevideo que la adoptan, si el derecho argentino es aplicable a la relación laboral, los jueces argentinos poseen jurisdicción internacional.

Finalmente otra posición proyecta al plano internacional las reglas de distribución de la competencia interna por razón de territorio⁸⁵. Por consiguiente, atendiendo a lo dispuesto por el art. 24 de la ley 18.345, sus criterios así trasladados al campo de la jurisdicción internacional, permitirían al demandante elegir entre el juez del lugar del trabajo, el del lugar de celebración del contrato o el del lugar del domicilio del demandado.

Se ha entendido que la opción de competencias concurrentes conforme el art. 24 LO citado se encuentra exclusivamente dirigida a favor del trabajador y no del empleador, ya que reconocerle tal opción al empleador le generaría a la parte débil del contrato un serio perjuicio y violenta claramente el principio protectorio de la ley laboral.

Así, ha resuelto la Corte Suprema de Justicia que no resultan aplicables a las partes de un contrato de trabajo los principios *ius privatistas* de la estricta igualdad entre las partes; y que no cabe la interpretación literal del art. 24 de la LO en lo referente a las facultades del empleador, como parte activa, sino que sólo corresponderá declarar la competencia de los tribunales situados a razonable proximidad del domicilio del trabajador demandado⁸⁶.

⁸⁵ Sobre esta solución, ver BOGGIANO, *Jurisdicción internacional y competencia interna*, JA, 11-1971-195 y CIURO CALDANI, *Hacia un derecho procesal internacional privado. Derecho justicia material: la jurisdiccional internacional*, LL 1975-A-1047.

⁸⁶ CSJN – Agosto 23 de 1984 – autos Alto Paraná S.A. v/Juan Carlos D'Amico – Fallos 306-1059.

En 1982, el co-relator Eduardo Leopoldo Fermé había sostenido, en el capítulo pertinente del *Tratado de Derecho del Trabajo* dirigido por Antonio Vázquez Vialard (t. 2, cap. VII, #34, págs. 907/10), que no creía que se pudiera proyectar al plano internacional la improrrogabilidad de la competencia de la Justicia Nacional del Trabajo, señalada en el art. 19 de la ley, ya que sobre el particular tendría preferencia, por específica, la contenida en el art. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (texto según ley 22.434), cuyo texto admite la prórroga a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, siempre que se trate de asuntos de carácter internacional, de índole exclusivamente patrimonial⁸⁷.

Poco tiempo después, se arrepintió de este aserto y desde entonces considera que el art. 1º del mencionado código resulta inaplicable en relación con acciones vinculadas con el contrato de trabajo. Esto así, por cuanto una posterior reflexión sobre el punto lo llevó al convencimiento de que no es posible encuadrar las relaciones laborales dentro de un concepto, como el contenido en el art. 1º del Código, que alude a asuntos «exclusivamente patrimoniales». Esto así, en cuanto resulta necesario anteponer el criterio referente a la libertad y dignidad humana por sobre las consideraciones de carácter material. No hay duda de que, no obstante que es corriente hacer alusión al «mercado de trabajo», éste no es en modo alguno una mercancía.

En su *Derecho Internacional Privado* (segunda edición, Depalma, 1983, t. II, págs. 1023/4), Boggiano formula interesantes consideraciones relativas a la prórroga contemplada en el art. 1º del Código Procesal en relación con un contrato a ejecutar en la Argentina y las vicisitudes que suscitaría esa prórroga por la existencia de un conjunto de normas de orden público mínimo o de policía. De allí que concluya «bien se advierte la naturaleza del condicionamiento de la jurisdicción internacional por el derecho aplicable en controversias laborales como las supuestas».

Asimismo es importante mencionar otro argumento que hace a la inaplicabilidad del art. 1º del CPCCN en la órbita de los contratos laborales desde el momento que el artículo 155 de la Ley Orgánica de Procedimiento (texto conf. ley 22.473) no lo menciona dentro de las normas supletorias aplicables a la Justicia Nacional del Trabajo por lo cual –se entiende– que el legislador no deseaba excepción alguna a lo dispuesto en los expresos términos del art. 19 de improrrogabilidad de competencia.

⁸⁷ El texto sancionado, al igual que los que le precedieron, no distingue entre prórroga de jurisdicción, que significa hacer competente por acuerdo de partes (expreso tácito) a un juez que, normalmente, de acuerdo con las reglas sobre jurisdicción carecería de ella, de la opción en favor de un juez con competencia internacionalmente concurrente, que implica a su vez la renuncia a acudir a los demás que la tienen. Como destaca Goldschmidt, sólo la primera es prórroga en sentido estricto (trabajo citado en nota 55). Ver también el excelente estudio de BOGGIANO, *Aspectos internacionales de las reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (1ª parte)*, ED, 90-879.

Ahora bien, dicha improrrogabilidad no es absoluta desde el momento que, si las partes han consentido la jurisdicción de tribunales extranjeros en un litigio multinacional, la sentencia que se dicte tendrá los efectos de la cosa juzgada⁸⁸.

Dando por supuesta la inaplicabilidad del art. 1º del CPCCN a las relaciones de trabajo, cobra particular relevancia lo señalado anteriormente sobre la proyección al plano internacional de la regla de distribución de la competencia interna por razón de territorio del art. 24 de la ley orgánica y la posibilidad de que, por acuerdo de partes, se opte por una de las jurisdicciones allí contempladas. No cabría una opción fuera de las contempladas en el art. 24.

Finalmente y en cuanto a la naturaleza y carácter de las normas de competencia internacional, no existen dudas a nuestro entender que es claramente cuestión federal a los efectos del recurso extraordinario⁸⁹.

9. Sistemas de Derecho Internacional Privado de los contratos de trabajo en los países del Mercosur y en la Unión Europea.

En el presente acápite pasaremos, sintéticamente, a exponer cuáles son las normas laborales de derecho internacional privado aplicables al contrato de trabajo en los demás países miembros del MERCOSUR y en la Unión Europea, reconociendo que el presente punto merecería una labor mucho más extensa y profunda, pero que entendemos como ilustrativa a los fines de formalizar una propuesta final de legislación en la materia en nuestro derecho positivo.

Al respecto es necesario recordar que entre la mayoría de los miembros del Tratado de Asunción de 1991 e incluso con alguno de los miembros Asociados (Bolivia por ej.) se encuentran vigentes los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940, y que ello no uniforma las soluciones sobre el particular, pues como ya hemos visto, dichos convenios no poseen normas propias de ley aplicable y jurisdicción del contrato de trabajo y tampoco se encuentra vigente con uno de los socios originarios del Mercosur (Brasil) ni tampoco con otro asociado (Chile).

El Principio protectorio es un elemento común entre las legislaciones del MERCOSUR. Pero a poco que se lo analiza nos enfrentamos a que el contenido concreto que ese principio encierra difiere en cada país⁹⁰.

⁸⁸ CSJN, autos *Martínez, María Angélica c/Municipalidad de Buenos Aires*, 1985, Fallos 307:569.

⁸⁹ Así se desprende de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que abrió el recurso en los casos «*Cavura de Vlasov*» (fallos, 246:87); «*Lamas*» (Fallos, 270:151) y «*Jobke*» (ED, 62-288). Específicamente en aplicación del tema de competencia como cuestión federal en aplicación de normas del fuero laboral es de destacar el voto del Dr. Boggiano en el fallo «*Martorana, Ricardo c/ Internacional Business Machines Corporation*» CSJN del 30/05/01.

⁹⁰ CASELLI, Martín José, *Derecho Internacional Privado y el Contrato Individual de Trabajo en el MERCOSUR. Valor Justicia e Integración*. ED T. 161, págs. 845.

URUGUAY: Este país no cuenta con una norma de remisión de fuente interna dentro de las leyes que regulan el contrato de trabajo. Se acude entonces a los principios del derecho civil, en especial a las normas de contratos en general, que recepta el lugar de cumplimiento como punto de conexión para la validez, existencia, naturaleza y efectos. Con respecto a la autonomía de la voluntad no la admite ni para la elección de ley ni para la elección de jurisdicción aplicable a un caso objetivamente internacional.

PARAGUAY: Es el único país de los miembros del MERCOSUR que adopta el sistema de código en materia laboral. Ley 213/93. Tampoco aquí encontramos una norma de remisión de fuente interna. Igual que en Uruguay la remisión debe hacerse a las normas de contratos en general, receptándose en forma similar la ley del lugar de ejecución o de cumplimiento. No hay una mención expresa a la posibilidad de autonomía de la voluntad en materia de competencia y de ley aplicable, pero coincidimos con lo expresado con Caselli (ob., cit.), que resulta interesante destacar que el art. 4 del Código de Trabajo de la República del Paraguay regula el punto referente al pacto de condiciones menos favorables al trabajador sancionándolo con nulidad⁹¹, de un modo análogo al adoptado por el art. 7 de la LCT argentina⁹². Y que ello con la similitud que cuentan el art. 5 y 7 del Código de Trabajo paraguayo con el art. 9 de la LCT argentina por la que se establece el principio *«In dubio pro operario»*, nos permite afirmar que, siguiendo el razonamiento que realizáramos sobre la autonomía de la voluntad en la ley argentina, la ley paraguaya autorizaría la posibilidad de elección previa por las partes del derecho aplicable con la limitación del respeto al principio *«favor operari»* en los contratos de trabajo con elementos extranacionales.

BRASIL: Las normas que regulan las relaciones laborales en la República Federativa del Brasil se encuentran insertas en una «Consolidación de Leyes del Trabajo» N° 5452. Presenta la particularidad de contemplar además del contrato de trabajo, otros institutos como trabajo de mujeres y menores, las organizaciones sindicales e incluso la organización de la Justicia del Trabajo y el procedimiento ante ese fuero⁹³. Tampoco posee normas propias de derecho internacional privado para los contratos de trabajo, refiriéndose para su solución a las normas de la Ley de Introducción al Código Civil⁹⁴, aunque ello se encuentra discutido en la doctrina brasi-

⁹¹ Art. 4º: *Los reglamentos de fábricas o talleres, contratos individuales y colectivos de trabajo que establezcan derechos o beneficios a favor de los trabajadores, inferiores a los acordados por la ley no producirán ningún efecto, entendiéndose sustituidos por los que en su caso establece aquella.*

⁹² LCT Art: 7º: *«Las partes en ningún caso pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales, convenciones colectivas de trabajo o laudo con fuerza de tales, o que resulten contrarias a las mismas. Tales actos llevan aparejada la sanción prevista en el art. 44 de esta ley».*

⁹³ CASELLI, Martín José, ob. cit., pág. 847.

⁹⁴ Art. 9 ref: *«Para regir y calificar las obligaciones se aplicará la ley del país en que se constituyeron».*

leña. En efecto, si bien se sostuvo que el contrato individual del trabajo se regula por la ley de su conclusión o constitución, sin importar el lugar de ejecución del trabajo contratado⁹⁵, Gilda Russomano expresa que esa solución no reconoce las características del derecho laboral, y su incidencia de orden público, sosteniendo que en la práctica la ley de ejecución prevalecerá, atento que la excepción se transformará en regla y la regla quedará reducida a la condición de excepción. Además considera que conforme el Código Bustamante (al cual Brasil adhiere) que dispone la territorialidad en cuanto a las leyes de protección del trabajo, hacen que por ello y además «...por el principio de orden público que inmoviliza a la ley extranjera invocada por la parte y la territorialidad de las leyes laborales brasileñas que ha sido consagrada por la jurisprudencia de nuestros tribunales, con lo cual y en virtud de lo expuesto puede considerarse aceptada por el ordenamiento jurídico nacional»⁹⁶.

Como vemos la situación legislativa en cuanto al derecho internacional privado aplicable al contrato de trabajo en el ámbito del MERCOSUR no posee una unidad directriz ni de principios que el proceso de integración merecería.

Si bien es cierto que sería ideal una uniformidad legislativa laboral íntegra con todos los países miembros, lo real es que dentro de las posibilidades de la integración actual sería interesante propiciar una uniformidad por lo menos de ciertos principios y soluciones materiales, así como de normas de conflicto y de competencia aplicables al espacio integrado, tal como lo ha hecho la Unión Europea en forma expresa.

Por ello para finalizar este punto, resulta necesario mencionar cuál ha sido el criterio de solución en la Unión Europea.

1) En materia de jurisdicción internacional la Convención de Bruselas de 1968 (cf. su versión de San Sebastián de 1989) establecía lo siguiente:

Con respecto a la autonomía de la voluntad en la elección del tribunal competente, dispone que los convenios atributivos de competencia sólo serán válidos si son posteriores al nacimiento del conflicto, o siendo anteriores si es el trabajador quien lo invoca⁹⁷. Este precepto, busca que la prorrogación del foro acordada entre las partes garantice un mínimo de protección al trabajador, como parte débil del contrato. Así como se desprende de su tenor permite al trabajador –siempre que el pacto sea

⁹⁵ CASELLI, Martín José, quien cita en dicha conclusión a Egon Félix Gottschalk, y Amilcar de Castro citados por MACIEL CORREA MEYER RUSSOMANO, Gilda, en *Derecho internacional Privado del Trabajo*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1988, p. 162.

⁹⁶ Idem nota 29, p. 162.

⁹⁷ Art. 17.5 Convenio de Bruselas (conf. versión San Sebastián): «En materia de contratos individuales de trabajo, los convenios atributivos de competencia sólo surtirán efecto si son posteriores al nacimiento del litigio o si el trabajador los invoca ante otros tribunales distintos del tribunal del domicilio del demandado o del que se indica en el punto 1 del artículo 5 (lugar de cumplimiento del contrato)».

anterior al litigio–, impugnar la competencia del tribunal convenido con anterioridad al litigio o acudir a los tribunales competentes según el acuerdo; mientras que si fuera posterior, invocar dicho pacto si el resultado condujera a considerar competentes a otros tribunales distintos del domicilio de la empresa demandada o del país donde desempeña habitualmente el trabajo⁹⁸. A diferencia de esto la Convención de Lugano de 1988 (que amplió la aplicabilidad de las reglas contenidas en la Convención de Bruselas a otros países europeos no comunitarios), en su afán por proteger al trabajador, prohíbe la eficacia de los acuerdos anteriores al nacimiento del litigio, sin importar quién pueda invocarlos⁹⁹.

Ante ausencia de elección, la Convención de Bruselas establece la competencia del juez del lugar en el cual el trabajador desempeña habitualmente su actividad, y para los casos en que el trabajo no se realiza en un único Estado, otorga la facultad de demandar al empleador en el Estado donde está o estuvo el establecimiento que lo contrató, además de la jurisdicción del domicilio del demandado¹⁰⁰. El Reglamento 44/2001 de la UE, en vigor desde 2002, que reemplaza la convención de Bruselas, mantiene el mismo espíritu protector (arts. 18 a 21) realizando algunos cambios: por un lado establece expresamente que el empleador sólo puede demandar al trabajador ante los jueces del domicilio de éste; por otro dispone que cuando un trabajador contrata con una empresa que no tiene su domicilio en un Estado miembro, pero sí tiene en un Estado miembro una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará para todos los litigios que deriven de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento que tiene su domicilio en dicho Estado miembro¹⁰¹.

2) En relación con el derecho aplicable a los contratos de trabajo, la Convención de Roma de 1980 autoriza la autonomía de la voluntad, con limitaciones.

Así conforme lo recepta el artículo 6, que si bien remite a la norma general en materia de elección de ley aplicable al contrato en general dispuesto en el art. 3¹⁰², fija limitaciones a la elección del derecho aplicable

⁹⁸ PALAO MORENO, Guillermo, *Los grupos de Empresas Multinacionales y el Contrato Individual de Trabajo*, Tirant Monografías, Valencia 2000, págs. 108/109.

⁹⁹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, (Coordinador), ob. cit., pág. 1037.

¹⁰⁰ Art. 5 Convenio de Bruselas (conf. versión San Sebastián): «*Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:... en materia de contrato individual de trabajo, dicho lugar será aquel en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo, y, si el trabajador no desempeñare habitualmente su trabajo en un único Estado, podrá también demandarse al empresario ante el tribunal del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere contratado al trabajador.*

¹⁰¹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, idem nota 33 pág. 1037/1038.

¹⁰² Art. 3 Convención de Roma de 1980: *Libertad de elección: 1. Los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar*

estableciendo que si bien es posible elegir un derecho diferente al indicado por la normativa conflictual, éste no puede privar al trabajador de la protección que le proporcionan las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable de no mediar elección¹⁰³. En el contexto de la Convención de Roma queda claro que la elección queda sometida al principio del *«favor operari»* y de la ley más favorable al trabajador.

En ausencia de *electio iuris* la Convención de Roma posee normativa expresa referida a la ley aplicable al contrato de trabajo, sometiéndolo a la ley del Estado de realización habitual del trabajo, y como circunstancia especial, si el trabajo se realiza en más de un territorio dispone que será aplicable la ley del país en el que se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador, salvo que «del conjunto de circunstancias» resulte que el contrato está más vinculado con otro Estado¹⁰⁴. En el contexto de la Convención de Roma queda claro que tanto la ley elegida por las partes como la ley aplicable en defecto de elección no excluyen la aplicación de las normas de policía que pudieren existir, ni pueden descartar el juego del orden público internacional del país del juez¹⁰⁵.

Debemos destacar la importancia de la normativa del art. 6.2. del Convenio de Roma, ya que si bien mantiene el concepto de territorialidad

de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Para esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato. 2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato a efectos del artículo 9 y no afectará a los derechos de terceros. 3. La elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo «disposiciones imperativas». La existencia y la validez del consentimiento de las Partes en cuanto a la elección de la ley aplicable se regirán por las disposiciones establecidas en los artículos 8, 9 y 11».

¹⁰³ Art. 6. Convención de Roma de 1980: «Contracto individual de trabajo. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo».

¹⁰⁴ Art. 6. literal 2. Convención de Roma de 1980: «No obstante lo dispuesto en el artículo 4 y a falta de elección realizada de conformidad con el artículo 3, el contrato de trabajo se regirá: a) por la ley del país en que el trabajador, en ejecución del contrato, realice habitualmente su trabajo, aun cuando, con carácter temporal, haya sido enviado a otro país, o b) si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país».

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, ídem nota 33, pag. 1038.

de la ley de ejecución, establece claramente un agrupamiento de conexiones para supuestos especiales como lo es la ejecución en varios Estados, disponiendo allí que será aplicable la ley del domicilio del establecimiento del empleador. Pero avanzando un poco más, recepta expresamente el criterio de la «conexión más estrecha», dejando a cargo del juzgador el análisis de cada caso en particular, y con ello la posibilidad de aplicar la ley del país con la cual el contrato tenga contactos más específicos.

Con esto último, y con lo expresado con respecto a la autonomía de la voluntad y su limitación de elección al principio de la ley más favorable, entendemos que la recepción de la conexión más estrecha hace a la aplicación de ese principio en defensa de la parte más débil del contrato internacional del trabajo.

Nótese que la clara intención protecciónista de la Unión Europea se vio intensificada ya que, juzgando insuficiente las disposiciones protectorias antes reseñada, y en particular a la problemática de los desplazamientos temporales de trabajadores, adoptó en 1996 la Directiva 96/71/CE, que dispone que independientemente del derecho que resulte aplicable al contrato de trabajo, el trabajador tendrá la protección laboral del Estado miembro en el que se encuentran, estableciéndose entre otras cosas, que el trabajador tendrá abierto a su favor además de otros foros que le correspondan en virtud de normas vigentes, el foro de competencia del país donde se encuentre temporalmente desplazado. La Directiva deja intactas las soluciones contenidas en la Convención de Roma, pero impone a los Estados la aplicación de un conjunto de medidas de carácter imperativo aplicables cualquiera sea la ley rectora del contrato¹⁰⁶.

10. Consideraciones finales - Propuestas

Como hemos analizado en el presente relato, surge claramente que el tema de la ley aplicable y la competencia internacional en materia de relaciones o contratos de trabajo es uno de los menos desarrollados, no sólo en nuestra legislación de fuente interna sino también desde el punto de vista convencional.

La ausencia de normas propias de derecho internacional y las particularidades que rodean al contrato de trabajo hacen que sea difícil extender soluciones propias de otras ramas del derecho.

Por ello, y dada la importancia del tema estimamos conveniente que, en lo relativo a los contratos de trabajo que posean en su génesis elementos de internacionalidad, se consideren las siguientes propuestas:

1) Necesidad de un cuerpo convencional multilateral, -en especial en el ámbito del MERCOSUR-, que recepte en forma uniforme los principios básicos protectores de la legislación laboral como ser, entre otros, los de

¹⁰⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, ídem nota 33, pág. 1038.

irrenunciabilidad y de la norma más favorable. Tal cuerpo convencional multilateral debería disponer normas uniformes referidas al reconocimiento de la autonomía de la voluntad con respecto a la elección de tribunales competentes o de ley aplicable, sus limitaciones y efectos, y normas subsidiarias de conflicto que determinen la solución a todos los aspectos del contrato de trabajo, desde su validez, sus efectos y su disolución.

2) Promover la discusión y sanción de normativa expresa y específica para los contratos de trabajo con elementos multinacionales en el derecho interno argentino.

Para ello estimamos que el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad, tanto para la elección de tribunales competentes como para la elección del derecho llamado a regular el contrato de trabajo internacional, debe ser expreso, con las limitaciones que impone el principio protectorio del derecho laboral hacia la parte débil de la relación.

Con respecto a la elección o prórroga de jurisdicción en el contrato laboral aconsejamos que la misma debe ser únicamente en beneficio del trabajador, es decir que sólo pueda ser invocada por éste al momento del diferendo o si los acuerdos de elección de foro son posteriores al inicio del litigio.

En defecto de elección, la atribución de competencia judicial debe ser amplia, es decir que entre varias posibilidades (lugar de ejecución, lugar de celebración, domicilio o establecimiento del empleador) la elección sea unilateral en la persona del trabajador y no de ambas partes, quedando solamente la posibilidad del empleador en iniciar el reclamo ante los tribunales del domicilio del dependiente.

En relación con la ley aplicable en defecto de elección, es indudable que resulta necesario no considerar el principio de la *lex loci executionis* como único punto de conexión, dada la creciente complicación que presenta en la actualidad no sólo su debida calificación o encuadre, sino su aplicación a los supuestos de traslados o cumplimientos de la prestación del servicio por parte del trabajador en diversos Estados o incluso para diferentes empresas del Grupo Empresario que conforma el empleador.

Resultaría útil, sin eliminar la territorialidad de la ley del lugar de ejecución y el principio de la ley más favorable, recurrir a la creación de conexiones flexibles que permitan en su caso, la aplicación de un derecho diferente a distintos aspectos que pueden plantearse en la relación laboral.

Para ello, las soluciones estipuladas por la Convención de Roma en el marco de la Unión Europea son un criterio a considerar, desde el momento que, sin renegar del principio de la *lex loci executionis*, receptan la posibilidad de aplicar a los supuestos de multiplicidad de lugares de ejecución del contrato laboral, el derecho *con el cual el contrato tenga una conexión más estrecha*.

Por lo tanto la normativa a elaborarse debería incluir o considerar no sólo la ley del lugar de ejecución o la ley del lugar de celebración del

contrato o la ley del domicilio, del establecimiento o de la sede del empleador, sino la posibilidad de cualquier otro derecho distinto con el cual el contrato tenga una conexión más próxima y, por supuesto, que cualquiera de ellos no vaya en detrimento de los derechos del trabajador.

Especialmente con relación al derecho interno, destacamos la necesidad de armonizar las normas laborales con la legislación migratoria, impositiva y de la seguridad social, a los fines de proveer de una manera comprensiva a la adecuada protección del trabajador y a los principios de seguridad jurídica.

Finalmente y a pesar que no es un tema exclusivo del presente relato, no podemos dejar de insistir en que se inste a nuestros legisladores a la recepción inmediata y expresa, dentro del ámbito del derecho internacional privado argentino, de la aplicación de oficio del derecho extranjero, con el alcance que magistralmente enseñara el maestro Goldschmidt en su teoría del uso jurídico.

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«**ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA**»,
En el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Sección Derecho Internacional Privado

**JURISDICCIÓN Y LEY APPLICABLE EN MATERIA DE
RELACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS Y SUS
IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL**

*JURIDICTION AND APPLICABLE LAW IN CROSS- BORDER
RELATIONS AND THEIR IMPLICATIONS IN SOCIAL SECURITY*

**LAS MIGRACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS Y
SUS IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL**

*CROSS- BORDER LABOUR MIGRATION
AND ITS IMPLICATIONS ON SOCIAL SECURITY*

*Relatora: Lilia Mabel MAFFEI DE BORGHI **

RESUMEN

La Seguridad Social ya no puede estar amarrada a la estabilidad del puesto de trabajo, sino que debe solucionar el problema de la precariedad, flexibilidad y de la pérdida de jurisdicción espacial, transfiriendo derechos entre regímenes geográficos y profesionales para obtener, en la discontinuidad temporal, profesional y espacial, el conjunto jurídico.

De allí que deban establecerse nuevos derechos, saliendo de los límites territoriales para la seguridad en la variación y transitoriedad de los espacios, mediante instrumentos jurídicos adecuados.

Uno de ellos, entre otros (armonización, convergencia, etc.), es la coordinación de los regímenes de Seguridad Social entre diferentes países.

*Abogada. Juez de la Cámara Federal de la Seguridad Social desde el 15/2/89 hasta la actualidad. Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires desde 1974 hasta el año 2008 ininterrumpidamente, en la Cátedra de Trabajo y de la Seguridad Social. Autora de numerosas publicaciones sobre Seguridad Social. Conferenciente en numerosos eventos académicos de la misma materia desde 1981 hasta la actualidad. Correo: lilia.maffei@pjn.gov.ar

PALABRAS CLAVES

Coordinación y armonización de las legislaciones de Seguridad Social. Convergencia de políticas comunes que facilitan la coordinación y la armonización.

ABSTRACT

The Social Security can no longer be tied to the stability of the job, but should solve the problem of precariousness, flexibility and loss of spatial jurisdiction by transferring rights between geographical and professional regimes to obtain, in the temporal, professional and spatial discontinuity, the body of law.

Hence, new rights need to be established, leaving the boundaries for security in variation and transitory of the spaces, through appropriate legal instruments. One, among others (harmonization, convergence, etc.) is the coordination of social security regimes between different countries.

KEYWORDS

Coordination and harmonization of legislations of Social Security. Convergence of common policies facilitates coordination and harmonization.

I. Constitución Nacional

En orden al tema propuesto, es ineludible recordar en primer término las disposiciones sobre derechos sociales de nuestra Constitución Nacional sancionada en 1853 y reformada en 1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1994.

Su sistema de protección del *status* de la persona humana es originariamente el característico del período del constitucionalismo liberal al que pertenece. Las constituciones del siglo XIX sustentadas en la ideología liberalista tuvieron como principal objetivo establecer un estado de derecho, exaltando las garantías de la libertad del ciudadano como expresión de la personalidad del individuo frente al Estado.

En 1949 (Reforma abrogada) y en 1957 (anteúltima reforma) se incorporaron los «derechos sociales» que son también propios de las personas pero teniendo en cuenta no ya al sujeto al que hay que garantizar su libertad frente al Estado, sino al miembro de la sociedad que realiza una actividad socialmente útil y al que hay que garantizarle su libertad en las relaciones con los demás miembros, así como la protección de una existencia digna (derechos del trabajador, protección legal de la familia, beneficios de la seguridad social)

Concordantemente con ello, el Preámbulo anuncia, entre otros objetos el de «promover el bienestar general, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino.»

Y en tal sentido el art. 67 inc. 16, actualmente art. 75 inc. 18 luego de la Reforma de 1994, prescribe como atribución del Congreso Nacional «proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias.», promoviendo, entre otros aspectos *la inmigración*, el establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

Por su parte el art. 14 en cuanto consagra el derecho de «trabajar y ejercer toda industria lícita» tuvo por propósito evitar las trabas en la elección y el desarrollo del trabajo. Recuerda Fayt que *Alberdi destacaba la proyección del trabajo en el impulso inmigratorio* y, en definitiva en el crecimiento del país. Así se expresó al manifestar que «ninguna libertad debe ser más amplia que la libertad de trabajo, por ser la destinada a atraer la población. Las inmigraciones no se componen de capitalistas, sino de trabajadores pobres, crear dificultades al trabajo, es alejar las poblaciones pobres que vienen buscándolo como medio de obtener la subsistencia de que carecían en el país natal. Por otra parte, siendo el trabajo libre, la principal fuente de riqueza, embarazarlo por reglamentos, no es otra cosa que contrariar y dañar el proceso de la riqueza en su fuente más pura y abundante.»

Los derechos contenidos en el art. 14 bis último párrafo corresponden a la Seguridad Social, materia que tiene por finalidad la protección del hombre, trabaje o no, respecto de diversas contingencias sociales, ya sean de orden biológico, patológico o económico sociales, mediante la utilización de medios técnicos financieros adecuados a tal fin. Estos derechos han sido calificados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la justicia en su más alta expresión (caso *Bercaits, Miguel Ángel s/ jubilación*, *Fallos* 289:430).

El art. 31 de la Constitución establece: «Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los Tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que tengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de Noviembre de 1859».

El art. 75 inc. 22, acorde con la tendencia universal progresiva a dar recepción al derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados contemporáneos, establece que los Tratados y Concordatos tienen jerarquía superior a las leyes y que «en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito del Genocidio; la Convención Internacional sobre todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación sobre la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención de los Derechos del Niño, *los cuales constituyen los instrumentos más trascendentes de los derechos que la conciencia internacional de la humanidad garante a toda persona por el solo hecho de serlo, en los que puntualmente se alude a la Seguridad Social, o bien a los institutos que la integran.*

Cabe destacar respecto de estas normas que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó jurisprudencia en el caso *Mazzeo Julio Lilo y Otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad*, sentencia del 13/07/2007, en orden al deber del Poder Judicial de realizar el «control de convencionalidad», con fundamento en el criterio fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 124 de la Sentencia recaída en el Caso *Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, 26/09/2006, en el que expresó que la Corte es consciente que los Jueces y Tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de Leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la convención Americana.».

Es decir, como lo señaló también el Tribunal Interamericano en el Caso *Boice y otros vs. Barbados*, Sentencia del 20/11/2007, lo dicho precedentemente significa que no alcanza con limitarse a evaluar si una norma es inconstitucional o no, sino que debe asimismo determinarse si ella es también convencional o no, o sea debe además el órgano Jurisdiccional en cuestión resolver si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

No obstante ello, el 10 de Marzo de 2010 en *A., J. E. y otro s/ recurso de casación* el Procurador General de la Nación ha emitido dictamen cuestionando expresamente la tesis de la Corte Interamericana sostenida en «Almonacid Arellano», en el sentido de cuestionarle al tribunal supranacional facultad para emitir fallos con efectos generales que excedan

el caso concreto. En definitiva, propone un test que relativiza sustancialmente el control de convencionalidad. El referido test tiene cuatro puntos, uno de los cuales impone examinar si existen razones jurídicas fundadas en el ordenamiento constitucional local que se opongan a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia interamericana. Vale decir, realizar un examen de compatibilidad entre esa doctrina y la Constitución Nacional.

Señala Sagüés al respecto, que el control de convencionalidad exigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quedaría así desactivado, si la interpretación del Pacto realizada por dicha Corte colisionara con la Constitución doméstica. En cambio, continuaría funcionando si no existiera tal confrontación, o si una interpretación –conforme– de la Constitución con el Pacto o con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, compatibilizara las posibles asperezas.

Y agrega el citado jurista, conviene alertar que el referido dictamen, que da marcha atrás con la doctrina de *Mazzeo*, no es obligatorio para la Corte Suprema Argentina que puede apartarse de él.

Sin perjuicio de ello destaca que un aspecto central del control de convencionalidad es que un Estado (esto es, en particular, sus jueces), o en términos generales todos los Estados adscriptos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos pueden verse vinculados por una jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos vertida en un procedimiento en el que no fueron parte, y por tanto, donde tampoco fueron oídos. Es decir, que resultan encadenados por una tesis jurisdiccional sobre la que no tuvieron oportunidad de exponer sus puntos de vista, omisión que no coincidiría mucho con las reglas habituales del debido proceso. Por ello sostiene que si los veredictos de la Corte Interamericana tienen pretensiones de generalidad, tal situación sugiere habilitar (por ej., por parte del propio Tribunal), alguna instancia donde los Estados que quieran hacerlo, puedan hacer llegar su criterio sobre el artículo del Pacto de San José de Costa Rica que se está interpretando con efectos *«erga omnes»*.

Asimismo, agrega el Dr. Sagüés, que es aconsejable que los Estados reconozcan de una vez por todas que el bien común internacional (o, en su caso, el regional), está por encima del bien común nacional y que ello puede exigir que el Pacto de San José de Costa Rica prevalezca sobre las Constituciones Nacionales, aunque desde luego, siempre será mejor compatibilizar que invalidar. La empresa de conformar o armonizar las constituciones con el Pacto se presenta así como una misión inexorable que demanda un cambio de mentalidad y que pone a prueba la idoneidad de los operadores judiciales nacionales y supra nacionales.

Por último destaca, que los Estados, y sus jueces deben asumir que los procesos de integración tienen sus costos jurídicos y políticos, que no son siempre baratos, sino a menudo muy caros; y que la lealtad exigible a

quien voluntariamente se ha sometido a ellos, demanda que cumpla de buena fe con las obligaciones contraídas, mientras quiera permanecer en el sistema.

Por su parte, Bianchi, Alberto B. expresa que desde que la República Argentina se integró en el sistema internacional de derechos humanos, ha quedado sujeta a la fuerza vinculante de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solamente en aquellos casos en los cuales es parte de conformidad con lo establecido en el art. 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En los restantes casos, es decir en todos aquellos en los cuales nuestro país no es parte, opina que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no tiene fuerza vinculante ni para la Corte Suprema, ni para los restantes tribunales argentinos. Sin perjuicio de ello, agrega, que éstos al fallar deben tener en cuenta, deben hacer mérito y evaluar, según su sano criterio si corresponde la aplicación de los precedentes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bajo este criterio estima que el «Control de Convencionalidad», ejercido de conformidad con los precedentes de la Corte Interamericana, constituye un complemento del control de constitucionalidad tradicional, al que puede acudir la Corte Suprema si entiende que tales precedentes resultan de aplicación.

Por último con referencia a este tema, cabe preguntarse con qué alcance es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto del resto de los instrumentos internacionales y su normativa derivada con jerarquía constitucional.

Como asimismo si procede en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales, por ejemplo en lo que dispone el Pacto de Derechos Económicos y Sociales y Culturales y respecto a su normativa derivada, como por ejemplo las observaciones generales y las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales creado por la decisión N° 17/1985 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

No hay noticias de que se haya dictado sentencia en la mencionada causa (*A., J. E. y otro s/ recurso de casación*), pero con posterioridad al dictamen citado precedentemente del Procurador General de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 31/8/2010 en la causa V.281 XLV reitera la doctrina del caso *Mazzeo* en el sentido que «a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia» (ver considerando 8).

De tal manera, la obligatoriedad que establece la Corte Suprema de

Justicia de la Nación no se basa estrictamente en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, sino en la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este precedente el Alto Tribunal, también con relación al control de constitucionalidad de oficio, reafirma el criterio de fallos 237:3137 *Banco Comercial de Finanzas* y en orden a ello dice que «viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio» (considerando 10).

Asimismo destacó de acuerdo con el precedente de la Corte Interamericana «*Caso trabajadores cesados del Congreso*», del 30/11/2007, que los órganos del Poder Judicial deben ejercer de oficio el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana.

Por otra parte, consecuente con el criterio de aplicar los instrumentos internacionales, conforme a lo dispuesto por el art. 75 inc 22 se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso «*Reyes Aguilera, Daniela c. Estado Nacional*» (Sentencia del 4/9/2007)

La actora, de nacionalidad boliviana y que obtuvo su radicación en Argentina, padece desde su nacimiento de una incapacidad del 100% de carácter congénito. Ante la negativa de las autoridades administrativas a concederle la pensión por invalidez prevista en el art. 9 de la ley 13.478. (y sus modificatorias), por no contar con la residencia mínima de 20 años requerida para los extranjeros por el artículo 1.e del anexo I del Decreto 432/97, reglamentario de aquél, inició acción de amparo invocando la inconstitucionalidad de este último precepto por entender que violenta diversos derechos protegidos por la Constitución Nacional y ciertos instrumentos internacionales.

La sentencia de la mayoría del alto Tribunal expresó que habida cuenta de los distintos agravios constitucionales formulados por la actora, juzga conveniente esclarecer el litigio de conformidad con el art. 75 inc 22 de la Constitución Nacional, a la luz del artículo XIV de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* («Toda persona tiene derecho a la Seguridad Social que le proteja contra las consecuencias... de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia»), el art. 25 Punto 1 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* («Toda persona... tiene asimismo derecho a los seguros en caso de... invalidez...y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad») y el art. 9 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* («Los Estados Partes...reconocen el Derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social»), todo ello en estrecha combinación con el Derecho a la vida.

Sumar a los requerimientos un lapso de residencia de 20 años implica, puesto que la subsistencia no puede esperar, un liso y llano desconocimiento del Derecho a la Seguridad Social en los términos de los citados textos internacionales de jerarquía constitucional, en grado tal que compromete el derecho a la vida, primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y cuya garantía, mediante acciones positivas, resulta una obligación impostergable de las autoridades públicas.

La reglamentación de derechos de este tipo no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles toda la plenitud que le reconoce la Constitución o sea, el Texto Supremo que los enunció y que manda a asegurarlos.

El recaudo de residencia establecido en el artículo 1.e del Decreto 432/97 (Texto Originario) resulta inaplicable, por constitucional, en los casos en que se encuentran reunidos todos y cada uno de los restantes requisitos para acceder a la prestación por invalidez exigido por dicho cuerpo legal.

Finalmente debe destacarse que Las Declaraciones y Tratados referidos en el art. 75 inc 22 no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso requerirán el voto de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la «jerarquía constitucional».

II. *La nueva Ley Migratoria 25.871*

Asimismo cabe referirse en orden a las cuestiones que estamos tratando a la nueva ley migratoria 25.871 que tiende a establecer una nueva política demográfica nacional, a fortalecer el tejido socio cultural del país, y a promover la integración socio laboral de los inmigrantes, conforme la tradición humanitaria y abierta de la Argentina con relación a los inmigrantes y sus familias.

El art. 6º consagra la igualdad de derechos entre nacionales y extranjeros en concordancia con lo establecido por la Constitución Nacional, cláusula en la cual también quedan incluidos los derechos de la Seguridad Social, nominando específicamente el derecho a la salud y a la seguridad social.

En relación con el derecho a la salud, la nueva ley lo garantiza sin importar la situación migratoria; los médicos deben ayudar a los emigrantes, en su caso, a que regularicen su situación (art. 8).

Sin perjuicio de ello no puede dejar de señalarse que la actual política migratoria se ha tornado más compleja dado que al tradicional fenómeno de la inmigración de europeos y luego de personas provenientes de países limítrofes, hay que sumarle el fenómeno de la emigración de argentinos, lo cual en lo que hace a la Seguridad Social nos plantea diversas cuestiones que han sido materia de convenios bilaterales y multilaterales.

Esto así como claramente se deriva de la normativa referida, nuestra Carta Fundamental y nuestra legislación interna, en lo que hace a las relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias en la Seguridad Social constituyen una plataforma adecuada para la tendencia actual de integración regional y necesaria coordinación de las legislaciones de los diversos países en lo concerniente a la Seguridad Social.

III. Consideraciones generales. Principios. Herramientas Internacionales.

1. Con relación a los instrumentos internacionales bilaterales y multilaterales de Seguridad Social, involucrados en el tema que estoy analizando, además de las Declaraciones y Tratados enunciados en el art. 75 inc. 22. no pueden dejar de mencionarse otros instrumentos Internacionales de *carácter declarativo*: como las Recomendaciones de la OIT, la 67, sobre la Seguridad de los Medios de Vida y la 69 sobre Asistencia Médica (Ambas de 1944) y la Declaración de la Conferencia Internacional de Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS septiembre de 1978; como así también los de *carácter normativo con finalidad armonizadora*, tales como los Convenios de la OIT: n°102 (aprobado por nuestro país mediante ley 26.678), que establece normas mínimas de Seguridad Social (1952), el n° 118 referido a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social (1962) y el n° 157 sobre un sistema internacional para la conservación de los derechos de Seguridad Social (1982), la Carta Social Europea, el Código Europeo de Seguridad Social (1961-1964-1990) y el Código Iberoamericano de Seguridad Social (1992-1995), así como los Convenios Bilaterales y Multilaterales.

2. Pasando ahora a la realidad material cabe decir que la creciente mundialización de las relaciones económicas, la migración de los trabajadores, la actuación de las empresas transnacionales, la creación de mercados comunes y organismos regionales son importantes factores que han determinado la tendencia a la internacionalización de la Seguridad Social.

Según las estimaciones de la Naciones Unidas, en 2009 más de 210 millones de personas, es decir el 3,1 por ciento de la población mundial, vivían fuera de su país de nacimiento. Entre 20 y 30 millones de estas personas se encontraban en situación irregular.

De Asia y Europa son las principales corrientes migratorias. Mas de

las 2/3 partes de los movimientos tienen lugar dentro de las propias regiones. En Europa, las principales corrientes van de Europa del Este hacia los países miembros de la Unión Europea. En Asia, las olas migratorias se dirigen hacia el Japón, Hong Kong (China), la República de Corea, Singapur, así como algunos a los países del Golfo. En América Latina y África también se producen importantes corrientes migratorias.

Por otra parte, la globalización y las diferencias de desarrollo económico entre los países, traen aparejados los movimientos migratorios, que tienen un impacto social, económico y cultural, que genera la necesidad de una política internacional de Seguridad Social y la consiguiente celebración de convenios con el objeto de proteger los derechos de los ciudadanos, y facilitar la libertad de los mismos para elegir su lugar de trabajo y posibilitar que puedan ser cubiertos, ellos y sus familias desde la perspectiva de la Seguridad Social.

3. La OIT ha lanzado un estudio sobre la necesidad de brindar un trato justo a los trabajadores migrantes del mundo, calcula los migrantes internacionales en 214 millones en 2010. Las mujeres constituyen el 50 por ciento de estos. Los trabajadores migrantes (es decir, los que están económicamente activos en el total de la población migrante) son cerca de 105 millones. Los trabajadores migrantes y sus familias representan cerca del 90 por ciento del total de los migrantes internacionales. Todo esto constituye el desafío de administrar la migración de manera que puedan servir de impulso para el crecimiento y prosperidad de los países de origen y destino, y al mismo tiempo proteja a los trabajadores migrantes y sea conveniente para ellos.

De allí que resulta imprescindible la conclusión de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales que permitan a los trabajadores migrantes legales y, en su caso a los ilegales, tener acceso a cobertura y a ventajas en materia de Seguridad Social así como a la transferibilidad de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social.

De tal manera, ante el desafío que representa el constante crecimiento de las corrientes migratorias es necesario comprender las necesidades concretas de los trabajadores migrantes y sus familias.

Para responder a esta cuestión, la AISS ha decidido abordarla en su conferencia internacional de «Política e Investigación en Seguridad Social» que tuvo lugar en Luxemburgo del 29 de septiembre al 1º de octubre de 2010, así como en el marco de su futura estrategia de extensión de la cobertura de la Seguridad Social, y dar así prioridad a los trabajadores migrantes.

4. En resumen la creciente tendencia a la internacionalización de la Seguridad Social, aludida precedentemente, ha acelerado el surgimiento de un *derecho de la Seguridad Social Internacional, destinado a dar solución a los conflictos de leyes en materia de Seguridad Social mediante principios y normas formales que identifican la legislación aplicable y la jurisdicción*

competente y un Derecho Internacional de la Seguridad Social, constituido por normas sustantivas aprobadas por instrumentos internacionales, especialmente convenios de la OIT y Tratados Bilaterales o Multilaterales de la Seguridad Social.

Los principios básicos de las normas internacionales de esta materia son: el principio de igualdad de trato entre nacionales y no nacionales; la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición; la totalización de los períodos de afiliación y cotización; asistencia recíproca; aplicación del tratamiento más favorable; la posibilidad de efectuar el pago en un territorio extranjero y la necesidad de determinar la legislación aplicable.

5. En cuanto a *la igualdad de trato*, son numerosos los convenios de la OIT que se ocupan de ello, entre los que se encuentra el Convenio 118 sobre igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social, en el cual se regula específicamente este principio.

Los trabajadores –generalmente poco calificados– migran a países económicamente más desarrollados en búsqueda de oportunidades de empleo o mayores ingresos y en dicho afán comúnmente son objeto de abuso y explotación lo que vulnera derechos humanos.

Estos trabajadores transfronterizos poseen una historia laboral atípica o fragmentada, que requiere una normativa específica que las contemple para evitar situaciones de vulnerabilidad o precariedad.

Los trabajadores migrantes se enfrentan a dificultades particulares en el ámbito de la Seguridad Social, dado que los derechos en esta materia suelen estar relacionados con períodos de empleo, cotizaciones o residencia. Pueden enfrentarse a condiciones restrictivas en el país de acogida con respecto a la cobertura que les proporciona el sistema nacional de Seguridad Social y al mismo tiempo se exponen al riesgo de perder sus derechos a prestaciones de Seguridad Social en sus países de origen debido a su ausencia.

El acceso a la Seguridad Social formal en los países de acogida está a menudo limitado por varios motivos económicos y sociales, tales como la participación en el mercado de trabajo informal, la no declaración de los empleadores o la demora de meses o años en el acceso del mercado formal después de la llegada. Los trabajadores migrantes también se enfrentan a menudo a dificultades de carácter jurídico ya que, debido a su nacionalidad, puede que no se reconozca su derecho a recibir cobertura de la Seguridad Social o prestaciones. El acceso a la Seguridad Social en sus países de origen puede estar jurídicamente restringido mediante el principio de la territorialidad, que limita el ámbito de aplicación de la legislación en materia de Seguridad Social al territorio de un país.

6. En orden a la *conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los derechos de la Seguridad Social* declarados o reconocidos después de haberse acreditado el cumplimiento de los requisitos legales,

ingresan en el patrimonio como un crédito exigible, lo que plantea la cuestión de si estos derechos pueden caducar por el hecho de fijar el beneficiario su domicilio en el extranjero. El problema puede ser resuelto por las normas locales o bien por convenios bilaterales o multilaterales.

7. *La totalización de los períodos de afiliación y cotización* es la solución arbitrada para lograr dar efectividad a la conservación de los derechos en curso de adquisición. El problema se plantea porque la percepción de determinadas prestaciones de la Seguridad Social está frecuentemente, condicionada a la residencia en el territorio del país que otorga el beneficio, y la circunstancia de tener el eventual beneficiario que trasladarse a otro país podría perjudicar su derecho al goce efectivo del beneficio en cuestión.

La totalización de los períodos de afiliación y cotización consiste en la posibilidad de que la persona sume los períodos trabajados sucesivamente en más de un país y puede complementarse con otras medidas, como la de obtener la prestación en el país donde trabajó por última vez, o en el de su residencia actual, si ésta ha variado, y una fórmula de distribución del costo de la prestación entre los distintos estados u organismos involucrados. La solución de este problema se encara mediante la aplicación del principio de distribución del costo *prorata temporis*.

De este modo en el momento de liquidar un beneficio, es posible tener en cuenta todos los períodos de cotización tanto los cumplidos en el país de origen como en el de inmigración y sumar ambos períodos a fin de totalizar el tiempo legalmente requerido para reunir los recaudos necesarios.

La manera de computar estos períodos puede variar. Puede suceder que una sola agencia de Seguridad Social le otorgue el beneficio y pudiera ejercer una acción recursiva contra la agencia del país de origen que, en un principio recaudó parte de las cotizaciones. Todo dependerá de lo que se hubiera acordado en el Convenio respectivo.

En síntesis, la totalización es un procedimiento establecido en los Convenios Internacionales de la Seguridad Social que permite el cómputo recíproco de los períodos de cotización o servicios con aportes prestados por un trabajador y amparados por la legislación de cada uno de los estados contratantes, a los fines del logro de las prestaciones de vejez, invalidez o sobrevivencia previstas por cada Estado.

La transferibilidad de los derechos en materia de derechos de la seguridad social es importante para los migrantes ya que les permite evitar pérdidas financieras, y lo es también para la justicia actuarial de los programas de Seguridad Social. *La transferibilidad es la capacidad de preservar, mantener y transferir los derechos concedidos en materia de Seguridad Social o en proceso de ser concedidos, independientemente de la nacionalidad y del país de residencia.* La transferibilidad es particularmente importante en lo que respecta a las prestaciones a largo plazo que conllevan un elemento de preahorro explícito (como en el caso de las pensiones de vejez) o implícito (como en el caso de los cuidados de salud).

Los acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la Seguridad Social aseguran que se mantengan los derechos en materia de Seguridad Social adquiridos en el país de empleo. Si bien las prestaciones pueden ser jurídicamente transferibles (en la mayoría de los casos las prestaciones se otorgan en forma de suma global), las disposiciones relativas a los pagos transfronterizos se aplican frecuentemente en forma deficiente.

Existen numerosos acuerdos que se ocupan de estos aspectos, tanto bilaterales como multilaterales en materia de Seguridad Social, por ejemplo en la Unión Europea, el Caribe (CARICOM) y América del Sur (MERCOSUR), pero es fundamental asegurar la aplicación adecuada de dichas disposiciones como primer paso hacia la mejora de la Seguridad Social de los migrantes.

8. En cuanto a la reciprocidad internacional, la aplicación del tratamiento más favorable y la posibilidad de efectuar el pago en un territorio extranjero han sido considerados y previstos a través de convenios bilaterales, multilaterales, convenios marco y convenios regionales donde los distintos países intervenientes deciden con autonomía ordenar su sistema de acuerdo a algún criterio.

En la región del Mercosur a partir del 1/6/2005, comenzó a regir el Acuerdo Multilateral del Mercosur que coordina la legislación sobre Seguridad Social de los países miembros, en el cual se tienen en cuenta los principios tratados en este punto III, lo cual presenta un gran avance en relación con los derechos de los trabajadores que han repartido sus carreras laborales en los países que lo integran.

9. En cuanto a la *ley aplicable*, cabe destacar que en general en el ámbito internacional impera el principio de territorialidad y admite excepciones en relación con las personas o con la residencia transitoria del trabajador.

Esto es así, en tanto el derecho de la Seguridad Social por su naturaleza esencialmente pública, su vinculación con la legislación laboral y la responsabilidad colectiva que supone, es un derecho esencialmente territorial. Por ello que la extraterritorialidad de sus beneficios está sujeta primordialmente a la reciprocidad internacional.

Al respecto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas expresa que el párrafo 1 del art. 2, el párrafo 1 del art. 11 y el art. 23 del Pacto exigen a los Estados que reconozcan el papel fundamental de la cooperación y la asistencia internacional y adopten medidas conjuntas o a título individual para lograr el pleno ejercicio de los derechos enunciados en el mismo, con inclusión del derecho a la Seguridad Social.

Y agrega, *los Estados Partes deben proteger, con carácter extraterritorial el derecho a la Seguridad Social, impidiendo que sus propios ciudadanos y empresas violen este derecho en otros países. Cuando los Estados Partes*

puedan adoptar medidas para influir en terceras partes (Agentes no Estatales) dentro de su jurisdicción a fin de que respeten ese derecho, por medios legales o políticos, estas medidas deben adoptarse de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional aplicable.

Asimismo señala el Comité que los Estados Partes deben asegurar que en los acuerdos internacionales se preste la debida atención al derecho de la Seguridad Social y con tal fin deben considerar la posibilidad de elaborar nuevos instrumentos jurídicos. Al respecto destaca la importancia de establecer acuerdos u otros instrumentos internacionales o multilaterales recíprocos para coordinar o armonizar los planes de Seguridad Social contributivos para los trabajadores migratorios, en cuanto a *los trabajadores temporalmente destacados* en otros países sostienen que deben estar protegidos por el Sistema de Seguridad Social de su país de origen.

Se enfatiza en las observaciones del Comité que los Estados Partes deben asegurar que sus acciones como miembros de las Organizaciones Internacionales tengan debidamente en cuenta el derecho a la Seguridad Social. En consecuencia los Estados Partes que sean miembros de instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo deben adoptar medidas para que en sus políticas crediticias, acuerdos de crédito y otras medidas internacionales, se establezcan las disposiciones pertinentes. Los Estados Partes deben asegurar que las políticas y prácticas de las instituciones financieras internacionales y regionales, en particular las que se refieren a su papel en el ajuste estructural y en la concepción y aplicación de los sistemas de seguridad social, promuevan y no interfieran el ejercicio del Derecho de la Seguridad Social.

10. *Las herramientas internacionales* con las que se cuenta son: la coordinación de las legislaciones de Seguridad Social que es una preocupación antigua surgida como consecuencia de las importantes corrientes migratorias en Europa desde principios del siglo XX, que consiste en relacionar en forma positiva, es decir pro afiliados los regímenes en cuestión a fin de asegurar la concreción del derecho reclamado.

La convergencia: o sea la adopción de políticas comunes para facilitar la coordinación en el futuro. Los sujetos a adoptar estas medidas son los Estados partes o sus Uniones, por ejemplo Unión Europea; la armonización que implica toda decisión que se lleve a cabo para proteger los derechos de la Seguridad Social. Puede ser un plan de armonización rígida según la cual las legislaciones de los estados firmantes deben ser unificadas con las normas del acuerdo internacional firmado, o más flexibles, las que involucran medidas de coordinación de normas.

En la Unión Europea se buscó facilitar la libre circulación de los trabajadores dentro de los territorios firmantes para que el traspasar una frontera no implique la restricción o pérdida de los derechos de la Seguridad Social.

El proceso de globalización genera nuevos problemas y desafíos en materia de Seguridad Social.

La magnitud de los movimientos de bienes y servicios, así como el de personas, representado en este caso en la migración de trabajadores, produce un impacto social, económico y cultural que plantea nuevas formas a las relaciones sociales, vinculadas con la relación laboral, que debieran ser acompañadas por políticas sociales y económicas adecuadas.

Como se señaló precedentemente, este proceso requiere normativa específica en relación con la protección social.

Se desconoce con exactitud la envergadura que tiene la pérdida de derechos por falta de coordinación, o sea no se sabe cuántas personas han cotizado a la Seguridad Social en algunos de los países en los cuales han trabajado o vivido y de éstas cuántas pueden hacer valer sus derechos.

Las respuestas a estos interrogantes se han ido plasmando en los acuerdos internacionales, por los que se busca la transferibilidad o portabilidad de los derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, esto es la posibilidad de adquirir y mantener derechos previsionales en caso de movilidad laboral, mediante la transferencia de capitales que representen los derechos de pensión adquiridos desde un régimen a otro.

11. En orden a los aspectos referidos en el punto precedente, resulta interesante referirnos a lo que acontece en la Comunidad Económica Europea. La creación a partir del 1º de enero de 1993 de un verdadero mercado único, fundado en la libre circulación de las personas, crea la necesidad de lograr una coordinación multilateral de los regímenes de Seguridad Social de los Estado Miembros.

En lo que respecta a los gobiernos, debieron completar el reglamento 1408/71 del 14 de julio de 1971 de la Comunidad Económica Europea, a fin de extender su campo de aplicación a algunas categorías de personas que estaban excluidas y garantizar sin ningún tipo de restricciones la conservación de los derechos a todas las prestaciones.

El Reglamento Europeo N° 574/72 del 21 de marzo de 1972, está encaminado a determinar los procedimientos necesarios para tratar solicitudes de prestación, intercambiar las informaciones requeridas y abonar las prestaciones, en todos los casos poniendo en juego a las instituciones de varios estados miembros de la Comunidad Económica Europea, o bien refiriéndose a la residencia o estancia de los beneficiarios en el territorio de uno de ellos que no sea aquel donde la legislación es aplicable.

Cobra singular importancia en este aspecto la simplificación y aceleración de los procedimientos y la mejora del acceso real de los beneficiarios a las prestaciones, por ejemplo en materia de liquidación de pensiones según el método de totalización y prorrataeo, previsto con algunas variantes por la mayoría de los instrumentos internacionales, con la invaluable utilización de sistemas informáticos adecuados a tal fin.

La AISS, fundada en los conocimientos de sus experiencias siempre ha estado atenta a sus problemas y desde un principio ha comprendido la importancia de extraer partido de la experiencia de las comunidades europeas para favorecer el intercambio transnacional de datos y aplicar los convenios bilaterales y multilaterales de Seguridad Social en las relaciones con países que no pertenecen a la comunidad. El 3 de diciembre de 2007 los jefes de Estado y de Gobierno de los 27 países miembros de la Unión Europea firmaron en Lisboa un nuevo Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Consultivo de la Comunidad Europea.

Tiene por objetivo el mejoramiento del funcionamiento institucional de la Unión y la creación de una base sólida para la acción de la Unión Europea. Los objetivos de la Unión están enunciados en forma clara y simple: entre otros el bienestar de los pueblos, un espacio de libertad, seguridad y justicia, el pleno empleo, el progreso social, la lucha contra la exclusión social y las discriminaciones, la protección de los ciudadanos (art. 1º, Numeral 4).

La Unión Europea, por primera vez, se impone el objetivo de proteger a sus ciudadanos en el marco de la globalización y en lo que aquí atañe establece concretamente que los equilibrios fundamentales del sistema de Seguridad Social no pueden ser vulnerados en su ámbito (art. 2, Numeral 51).

12. Lo hasta aquí expuesto lo ha sido a efectos de posicionarnos frente a la problemática internacional que se configura en materia de Seguridad Social, con motivo de las migraciones.

IV. Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur

1. En nuestra región contamos con el *Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercosur* y su Reglamento Administrativo, aprobado en diciembre de 1997 por el Consejo del Mercado Común, el cual alcanzó la ratificación de todos los países en el año 2005 y entró en vigencia el 1 de Junio de ese año. Este Acuerdo reconoce en su principal disposición «... a los trabajadores que presten o hayan prestado servicios en cualquiera de los Estados Partes, así como a sus familiares y asimilados los mismo derechos y obligaciones que los nacionales de dichos Estados Partes, con respecto a los específicamente mencionados en el presente Acuerdo.» También establece que será aplicado a los trabajadores de cualquier otra nacionalidad residentes en el territorio de cualquiera de las partes siempre que hayan trabajado en él.

Son Estados Partes: Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay y Estados Asociados: Venezuela, Bolivia, Chile y Perú.

Cabe mencionar por su importancia la Declaración Socio laboral del

Mercosur del 10/12/1998 que adopta en 19 artículos una serie de principios y derechos individuales y colectivos, destinados a comprometer a los países con sus contenidos. Entre esos derechos, el art. 19 establece expresamente que los trabajadores del Mercosur tienen derecho a la Seguridad Social, en los niveles y condiciones previstos en las respectivas legislaciones nacionales.

Y, agrega dicha norma que los Estados Partes se comprometen a garantizar una red mínima de amparo social que proteja a sus habitantes frente a la contingencia de riesgos sociales, enfermedades, vejez, invalidez y muerte, buscando coordinar las políticas en el área social de forma de suprimir eventuales discriminaciones derivadas del origen nacional de los beneficiarios.

2. Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Número 13/08.

El Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR, suscripto de conformidad con el Tratado de Asunción, atribuyó al Consejo del Mercado Común la facultad de establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos (art. 3).

Por su parte el Reglamento del Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el MERCOSUR –aprobado por la decisión 37/03 del Consejo del Mercado Común–, estableció expresamente que las opiniones consultivas emitidas por el Tribunal Permanente de Revisión «no serán vinculantes ni obligatorias» (art. 11) y, en cuanto a las que fueran solicitadas por «los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes con Jurisdicción Nacional», que habrán de referirse «exclusivamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR... siempre que se vinculen con causas que estén bajo trámite en el Poder Judicial del Estado Parte solicitante» (art. 4 pto. 1).

El reglamento del Procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión por los tribunales superiores de Justicia de los Estados Partes del MERCOSUR (decisión número 2/07 del Consejo del Mercado Común), dictado de acuerdo a los ordenamientos antes citados, a la Decisión número 17/04 del mencionado Consejo y a las Resoluciones números 40/04 y 41/04 del Grupo Mercado Común, ha previsto que cada Tribunal Superior de Justicia de los Estado partes del Mercosur establezca las reglas internas de procedimiento para la solicitud de Opiniones Consultivas de referencia (Art. 1º, segundo párrafo).

Tanto esa directiva como las restantes que integran este último Reglamento, han sido adoptadas bajo la expresa finalidad de contribuir a la interpretación correcta y uniforme de las normas del MERCOSUR.

Por estos fundamentos y demás obrantes en los considerandos el alto Tribunal considera que resulta adecuado que la oficina de Derecho

Comparado, sea la dependencia que concentre la actuación de la Corte sobre el particular estableciendo en el Anexo las reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de Opiniones Consultivas al Tribunal permanente de revisión del MERCOSUR.

V. La UNASUR

La Unión de Naciones Sudamericanas, es el último hito en una serie de intentos por lograr la integración efectiva de los países del continente, entendido por sus impulsores como el modelo de organización que finalmente podrá convertir la América del Sur en una fuerza regional.

La Unión de Naciones Sudamericanas es una organización intergubernamental con tendencias supranacionales que pretende integrar dos bloques, los que a su vez pretenden ser uniones aduaneras el MERCOSUR y el Pacto Andino. Su modelo es la Unión Europea, y su tratado Constitutivo, fue firmado el 23/05/2008 en el transcurso de la cumbre Jefes de Estado en Brasilia.

Entre sus propósitos explícitos está el de constituir una identidad y ciudadanía sudamericanas, así como desarrollar un espacio regional integrado entre otros aspectos por el económico-social para contribuir al fortalecimiento de la unidad en la América Latina y el Caribe.

La Unión, además de objetivos generales, también tiene objetivos específicos como el desarrollo social humano con equidad e inclusión para combatir la pobreza y superar las desigualdades en la región y el acceso a la Seguridad Social y los servicios de salud.

VI. *Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social*

Contamos asimismo con el *Convenio Multilateral Iberoamericano*. Lo han firmado Argentina, que mediante ley 26603 sancionada el 9/6/2010 y promulgada el 1/7/2010 aprobó dicho convenio, Venezuela, España, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, Bolivia, Paraguay, Perú, Portugal, El Salvador y Uruguay.

La población de la comunidad iberoamericana ascendía según datos de la CEPAL 2006 a 605 millones de habitantes. Este convenio es aplicable a todo el espacio iberoamericano, se ha tenido en cuenta para su celebración que el trabajo es uno de los factores esenciales en el fortalecimiento de la cohesión social de las naciones y que las condiciones de seguridad social tienen una dimensión muy importante en el desarrollo del trabajo decente, como así también que el proceso actual de globalización conlleva nuevas y complejas relaciones entre los distintos Estados que implican, entre otros, una creciente interdependencia entre países y regiones como consecuencia del movimiento más fluido de bienes, servicios, capitales, comunicaciones, tecnologías y personas.

Ello así, consideran los Estados Parte del convenio en análisis que la presente realidad aconseja promover fórmulas de cooperación en el espacio internacional que abarquen distintas actividades y, en especial, la protección social en la comunidad iberoamericana, en la que existe un amplio acervo común de carácter cultural, económico y social.

Asimismo éstos afirman que esta realidad requiere también políticas sociales y económicas adecuadas que se manifiestan, entre otras en la necesidad de que el proceso de globalización vaya acompañado de medidas tendientes a promover la coordinación normativa en materia de protección social que, sin alterar los respectivos sistemas nacionales, permitan garantizar la igualdad de trato y los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores migrantes y de las personas dependientes de ellos.

En tal sentido afirman la urgencia de contar con un instrumento de coordinación de legislaciones nacionales en materia de pensiones que garantice los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias, protegidos bajo los esquemas de Seguridad Social de los diferentes Estados Iberoamericanos, con el objetivo de que puedan disfrutar de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores.

VII. Tratados Bilaterales de Seguridad Social celebrados por la República Argentina

Por su parte Argentina ha firmado Convenios Bilaterales con Brasil el 20/8/1980, aprobado por nuestro país mediante ley 22.594; con Chile, aprobado por ley 26.525 sancionada el 14/10/2009 y promulgada el 27/10/2009; con Colombia en el año 2008 suscribió el Acuerdo Administrativo para la aplicación del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social suscripto entre ambos países (Quito 1978). Mediante Resolución 671/08 el Secretario de Seguridad Social declaró cumplidos los requisitos que exige la legislación argentina para la entrada en vigor del mencionado Acuerdo Administrativo; en el año 1990 nuestro país y México suscribieron un Convenio sobre Transferencias de Pensiones entre los gobiernos de los respectivos países.

En él se establece que las limitaciones impuestas por el art. 126 de la ley de Seguro Social de los Estados Unidos Mexicanos en materia de pensiones no se aplicarán a los nacionales argentinos pensionados de acuerdo con la propia ley mexicana y, por lo tanto será posible continuar el pago a dichos pensionados de todas las pensiones, incluyendo las eventuales asignaciones familiares y las demás prestaciones económicas previstas en la ley, cuando estos abandonen el territorio mexicano y trasladen su residencia a la República Argentina.

Por su parte, la Argentina no pondrá limitación alguna a la transferencia y pago en México de las pensiones de vejez, invalidez y supervivientes, incluyendo las eventuales asignaciones familiares y demás

prestaciones económicas, así como las pensiones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales reconocidas por la legislación argentina, a los nacionales mexicanos, cuando estos dejen el territorio argentino y trasladen su residencia a los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo Argentina suscribió Convenios con Uruguay (1974), con Portugal (1966) y con España (1997).

Las transformaciones sufridas por los sistemas de Seguridad Social en los últimos años, reducen la franja de aplicabilidad de sus institutos, y por otro lado el Convenio Multilateral del Mercosur y el Multilateral Iberoamericano generan concretas expectativas en cuanto a la homogeneización de los sistemas previsionales.

También firmó Convenio con Perú (1979) el cual no está vigente por falta de Acuerdo Administrativo que lo reglamente.

En 1981 suscribió Convenio con la República Italiana y Protocolo Adicional que fueron ratificados por nuestro país por ley 22.861.

VIII. Conclusión

Los instrumentos multilaterales y bilaterales a los cuales nos hemos referido, son sin duda muy importantes frente a los nuevos desafíos a los que se enfrenta la Seguridad Social en esta región, que ha desempeñado un papel de vanguardia en el desarrollo de la protección social, pero sin perjuicio de ello se requieren aún respuestas innovadoras por parte de las instituciones pertinentes, por ejemplo referidas al aprovechamiento conjunto de soluciones a problemas comunes, tales como la migración, el trabajo informal y la necesidad de una buena gobernabilidad sobre estos aspectos.

En tal sentido la AISS ha inaugurado recientemente, el 5/4/2010, una nueva Oficina de Enlace en Argentina, como parte de su estrategia para promover la extensión de la Seguridad Social y mejorar la colaboración entre instituciones de Seguridad Social en la Región.

Los países del Cono Sur han participado activamente en una serie de iniciativas y eventos de la AISS. En Brasil se realizó el Foro Regional de la Seguridad Social para las Américas, del 24 al 27 de mayo de 2010.

La protección de los trabajadores estables tuvo su origen y justificación en los Estados nacionales, pero actualmente la Seguridad Social debe responder a la mutabilidad en los empleos y al incremento de los trasladados de trabajadores por diferentes países.

Esto así, pues las sociedades contemporáneas han cambiado principalmente por dos características que se influencian mutuamente: la globalización y la transitoriedad en los empleos. La Seguridad Social ya no puede estar amarrada a la estabilidad del puesto de trabajo, sino que debe solucionar el problema de la precariedad, flexibilidad y de la pérdida

de jurisdicción espacial, transfiriendo derechos entre regímenes geográficos y profesionales para obtener, en la discontinuidad temporal, profesional y espacial, el conjunto jurídico.

De allí que deban establecerse nuevos derechos, saliendo de los límites territoriales para la seguridad en la variación y transitoriedad de los espacios, mediante instrumentos jurídicos adecuados.

Uno de ellos, entre otros (armonización, convergencia, etc.), es la coordinación de los regímenes previsionales entre diferentes países.

El objetivo central de los Convenios de coordinación es la igualdad de trato, o sea, aplicar la ley sin diferenciaciones, pero la adjudicación sin discriminaciones de derechos requiere previamente que todos los comprendidos por la norma sean iguales, por lo menos en el aspecto que la regla trata. Es decir que todos los sujetos son iguales y se les aplica la misma regla.

La CEPAL realizó en Santiago de Chile, en diciembre de 2004, un taller sobre puntualización de diferentes experiencias de integración en la región. Se remarcó la necesidad de avanzar en la defensa de los derechos humanos de los migrantes. Asimismo se consideró como tema prioritario de la migración internacional la protección de los derechos laborales de los trabajadores, circunstancia que engloba una adecuada inserción socio laboral incluidas las cuestiones de seguridad social entre otras.

En este sentido hay que destacar que los principios establecidos en las Declaraciones y Convenios internacionales adquieren gran importancia en el mundo actual pues gracias a ello se confiere un carácter más humano a la globalización, se conjuga mejor la innovación y la preocupación por el próximo, se tienen más en cuenta las migraciones internacionales, se afronta en forma positiva la mayor duración de la vida.

En los planos humano y social es indispensable concretizar el derecho a la Seguridad Social ya que de este modo se logran efectos positivos en la economía, la productividad y la aceptación de los cambios.

Tengamos en cuenta que para la mitad de la población mundial, el derecho a la Seguridad Social no existe. Hacer realidad el objetivo indicado al respecto en la Declaración Universal es uno de los mayores desafíos del planeta para el siglo XXI, implica una mayor solidaridad entre los Estados en el plano internacional, por ello es apremiante pasar a la acción.

Las migraciones internacionales o la libre circulación de personas son en la actualidad simultáneamente una cuestión de naturaleza social interna de cada país y una cuestión internacional o multinacional.

En ambas perspectivas con diferentes encuadres teóricos, precisan de los debates y desarrollos sobre el tema en las sociedades domésticas e internacionales para instalarlo en la agenda del Estado.

Así ha venido ocurriendo en las últimas décadas en relación con los derechos humanos que adquirieron universalidad con la ayuda del fuerte

empuje social y de los organismos internacionales redefiniendo muchas cuestiones, entre otras los derechos humanos de los migrantes. Pero el Estado es imprescindible para orientar políticamente esa agenda, formular las directivas, instalar políticas y normativas internas en cada país y alcanzar consensos internos e internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- AISS, *Accesibilidad y extensión de la cobertura de la Seguridad Social*, ver Pág. Web AISS. 22/3/2010, artículo de fondo.
- AISS, *La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Seguridad Social*, Pág. Web AISS, 8/12/2008, artículo de fondo.
- AISS, *Nueva Oficina de la AISS en la Argentina para mejorar la colaboración regional*, 5/4/2010.
- AISS, 2007, *Evolución y Tendencias: Una Seguridad Social dinámica*, Ginebra, Asociación Internacional de la Seguridad Social WWW. Issa. int./esl.
- AISS, 2010, *Una seguridad social dinámica para las Américas: cohesión social y diversidad institucional*, Evolución y Tendencias.
- ARRIGHI Walter O. y CONTE GRAND Alfredo H., *Mantenimiento de Derechos de Trabajadores con aportes a diferentes regímenes previsionales. Recíprocidad de Trato*, Revista Jubilaciones y Pensiones.
- BAZÁN, Victor, *El Derecho Internacional en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de Derechos Humanos*, Suplemento extraordinario Constitucional. L.L. 75 Aniversario.
- CAÑARDO, Hernando V., *La Unasur*, elDial.com, 7/06/2010.
- COMITÉ de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *Observaciones General, Derecho de la Seguridad Social*, Corte Suprema Justicia de la Nación República Argentina, Investigación de Derecho Comparado, 3 (2007).
- CONTE GRAND, Alfredo H., *Una Seguridad Social digna para los trabajadores migrantes*, AISS Conferencia Regional Americana, Belice City, Belice 28/31 de Mayo de 2006
- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, Investigación de Derecho Comparado, 3 (2007) *Observaciones y recomendaciones generales de los Comités de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos* página 571 y ss.
- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, *Investigación de Derecho Comparado, 1-2 (2008), Seguridad Social. Extranjeros. Jubilaciones y Pensiones*, Páginas 131 y ss.
- FAYT, Carlos S., *Evolución de los Derechos Sociales: del reconocimiento a la exigibilidad*, Edición La Ley, 2007.

- GELLI, María Angélica, *El valor de la jurisprudencia internacional*, en La Ley 1/6/2010.
- MAFFEI, Lilia Mabel, *Derechos Humanos y Seguridad Social*, XV Congreso Mundial del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Informe Nacional de Argentina, Septiembre 1997.
- MINISTERIO de Trabajo, Empleo y Seguridad Social República Argentina, «*Memoria sobre el art. 4º de la Declaración Socio-laboral sobre derechos de los trabajadores migrantes y fronterizos*», Año 2002.
- NOVICK, Susana, *MERCOSUR y Migraciones: El caso argentino*, Página Web Instituto Gino Germani – Facultad de Cs. Sociales – UBA.
- PAGANI, Mario, *Protección de los trabajadores migrantes*, WWW. blog. cofrepres.org.ar, 23/8/2008.
- PAGANI Mario, *Reciprocidad: objeto jurídico no identificado (OJN)*, Revista Jubilaciones y Pensiones, Año 15, N°85.
- PÉREZ VICHICH, Nora, *El Mercosur y la migración internacional* - Expert Group Meeting On International Migration and Development in Latin America and the Caribbean – Population Division- Department of Economic and Social Affairs –United Nations Secretariat- Mexico City 30 November- 2 December 2005.
- SAGÜÉS, Néstor P., *Dificultades operativas del control de convencionalidad en el sistema interamericano*, La Ley, 11/8/2010.
- VAN GINNEKEN, Wouter, *Extensión de la cobertura de la Seguridad Social: examen de datos recientes*, Revista Internacional de Seguridad Social, Volumen 63, 1/2010.

BLANCA

**SECCIÓN
DERECHO DE LA INTEGRACIÓN**

BLANCA

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«**ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA**»,
En el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Sección Derecho de la Integración

**LA INTEGRACIÓN, EL MERCOSUR Y UNASUR:
VISTOS DESDE EL BIEN COMÚN**

*THE INTEGRATION, MERCOSUR AND UNASUR:
POINT OF VIEW OF THE COMMON GOOD*

*Relator: José María SABAT **

RESUMEN

El objeto de este estudio es analizar el fenómeno del concepto de integración, desde el punto de vista filosófico desde la institución del bien común, que fuera básico en el concepto de Estado, desarrollado por la filosofía griega, y más tarde por las escuelas medievales, desde S. Alberto Magno, hasta S. Tomás de Aquino. Creemos que esta aproximación permite superar la visión de las escuelas contractualistas e historicistas. El trabajo busca aplicar el concepto griego de bien común al moderno concepto de «integración internacional».

PALABRAS CLAVES

MERCOSUR, UNASUR, Bien Común.

ABSTRACT

The aim of this study is to analyze the phenomenon of the concept of integration, under the philosophical point of view of the institution of the common good, which was basic in the concept of State developed by the

* Prof. Titular de Derecho Internacional Público (U. Del Salvador). Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI. Integrante del Consejo de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional.

Greek philosophy and later by medieval scholars like Saint Albert Magnus, and others, including St. Thomas of Aquin. We believe this approach , allows to overcome the views of the contractualist and historicist schools. This work addresses the application of the greek concept of «common good» to the modern concept of «international integration».

KEY WORDS

MERCOSUR, UNASUR, *Common Good*.

Un pequeño homenaje

Quisiera que esta pequeña tentativa de análisis pudiera ser una tentativa de homenaje a aquellos profesores, mis maestros, que a través de su trato personal, me enseñaran a pensar, uno, todo el derecho, es decir Werner GOLDSCHMIDT¹, y el otro, el derecho internacional, es decir Juan Carlos PUIG².

La reflexión sobre el concepto de integración

EL cumplimiento del bicentenario de la Revolución de Mayo, la respuesta de la ciudadanía toda a través de los actos, la presencia en Buenos Aires³ de varios presidentes latinoamericanos, los actos previos en nuestros puertos, con la participación de diversas fragatas latinoamericanas, inclusive de México, (Fragata Cuahutemoc), de España (Fragata Sebastián El Cano) y de Portugal, (Fragata Sagres)⁴ nos debe hacer reflexionar sobre aquello que estamos conscientes o no buscando, cuando como juristas, hablamos de *integración*.

La naturaleza de las cosas y el bien común

El presente estudio o tentativa de estudio, es una cierta extrapolación del concepto clásico 'del bien común nacido para el Estado, o para la «civitas» o la «polis». Pero intentando continuar con su análisis nos encontramos con las obras clásicas de la literatura romana, en primer lugar con las obras de Marco Tulio Cicerón⁵, olvidándonos de sus obras

¹ Berlín 1910 /Buenos Aires, 1987.

² Que lamentablemente debiera morir en su exilio en Caracas, R. de Venezuela.

³ Llamó la atención la ausencia de una fragata de la marina del Perú, pero realizando un pequeño rastreo se pudo verificar que este país carece de ella. La ausencia podía haberse sino interpretado como un enfriamiento de relaciones internacionales.

⁴ Para encontrar un acto aproximadamente similar, de cohesión continental, debemos remontarnos a la celebración del Centenario del Fallecimiento del Libertador Don José de San Martín. (1950), o a la celebración del Centenario de la Independencia (1910).

⁵ Marcus Tullius Cicero.

literarias, debemos centrarnos en obras como *«De legibus»* o *«De officiis»* (sobre las obligaciones), con la defensa acendrada del derecho natural, o propio de todas las cosas.

Pero nos interesa fundamentalmente *«De natura res»*, en la cual Cicerón plantea el concepto que luego será retomado durante el período de la patristica y en especial por S. Anselmo y S. Tomás de Aquino.

Creemos que son dos conceptos íntegramente ligados o relacionados.

La naturaleza de las cosas y el Derecho Internacional

Y aquí en la historia del derecho internacional público nos encontramos con dos escuelas.

Por un lado la escuela positivista, o de la voluntad del Estado. Para ella el derecho internacional nace necesariamente de los tratados y de la costumbre, inclusive se ha tratado de incluir aquí al *«ius cogens»*.

A pesar de ser esta última institución altamente crítica o cuestionatoria de la simple voluntad de los estados como origen del derecho internacional público⁶.

Pero baste señalar aquí que las cosas o los seres no son lo que nosotros queremos que ellos sean (doctrina voluntarista) ni lo que nosotros pensamos que ellos son (doctrina idealista). Hay un ser propio de cada cosa, y para ello nos remontamos a la teoría de la comunidad internacional.

La teoría de la comunidad internacional

Y enfrente de esta doctrina positivista, encontramos la doctrina de la comunidad internacional⁷. Para esta concepción o visión, cada uno de los estados se encuentra comprendido *ab initio* dentro de ella. O sea de la comunidad internacional, independientemente de su voluntad. Esto significa, que existen normas que no pueden ser establecidas por ellos, sino que dimanan de la naturaleza propia de la comunidad, y que por ende debe cada uno de ellos, necesariamente aceptar.

⁶ Caso típico de ello es el tratado soviético-alemán, o tratado «Molotov-Ribbentropp» de 1939, en cuanto a que él decide sobre la soberanía y la independencia de terceros estados, es decir de Polonia, y de los tres estados bálticos, o sea de Estonia, Letonia y Lituania, a pesar de ser todos ellos miembros de la Liga de las Naciones, y para nosotros reconocidos y con relaciones diplomáticas con la R. Argentina. Desafortunadamente no es el único caso en la historia de las relaciones internacionales.

⁷ Esta teoría será defendida en la R. Argentina, por Pablo Ramella, Juan Carlos Puig, y Werner Goldschmidt, entre otros. Esta terminología la utiliza el Dr. Puig en su trabajo «Derecho de la comunidad internacional y derecho interno».(a propósito del caso Esso) incluido en *Estudios de Derecho y Política Internacional*, Depalma, 1970, pág. 265 y ss.

Esta concepción es una extrapolación de la frase de Aristóteles «*anthropos zoon phisei politikon*», la cual sería así *polis phisei politikon* es decir «países de naturaleza política», naturaleza que necesariamente los obliga a superar una concepción individualista o etnocéntrica del Estado. Así como el hombre se encuentra *per se* en la ciudad o en el Estado, el estado se encuentra *per se*, dentro de la comunidad internacional.

La aparición del concepto jurídico de comunidad internacional

No es fácil el análisis propuesto, por cuanto la mayor parte de los juristas no entra a analizar ni el concepto de bien común internacional ni el concepto de comunidad internacional⁸. Aquí la mayor parte de los tratadistas se limita al análisis de las fuentes del derecho internacional.

Es sumamente instructivo, en cuanto a esto, la obra de J. Basdevant⁹. Aquí señala que una de sus acepciones, es de origen netamente anglosajón (como traducción del término «*commonwealth*».

Pero este concepto será altamente receptuado en la bibliografía italiana (Sereni, Balladore Pallieri)¹⁰.

Y Albuquerque Mello trata de definir la comunidad así «*apresentaria as seguintes características..formacao natural... a sociedade formacao voluntaria... a comunidade estaria regida pelo directo natural en quanto a sociedade se encontraria regida sob a contrato*», siguiendo al pensamiento de Ferdinand Tonnies.

La naturaleza teleológica del bien común y de la integración

Aquí conviene remarcar ante todo, que la integración y el bien común internacional, tienen una naturaleza teleológica. La integración no se acaba en sí misma, como superadora del estado nacional, la integración busca un fin a realizar, un fin que es común a todos sus miembros, y que por definición sería el bien común, siempre hablando en el plano internacional.

Si lo que se busca en una integración es solamente la preponderancia,

⁸ Basta remitirnos en este sentido a una obra reciente y que pretende ser abarcativa, como la de Remiro Brotons et al, en la cual ambos conceptos se encuentran omitidos (Madrid, 1997), Mc Graw et Hill.

⁹ BASDEVANT, *Dictionnaire terminologique de droit international*, Paris, 1960 «La idea de la comunidad internacional extraña a la antigüedad, fue entrevista o presentada por ciertos espíritus elevados. Fue expresada en el siglo XVI, por Vitoria, al siglo XVII, marcadamente por Suárez y luego por Grocio. Así el sentimiento de la comunidad internacional se generaliza y penetra en la conciencia de los individuos» (Rivier, tomo I, pág. 8).

¹⁰ DE ALBUQUERQUE MELLO, Celso, 9^a ed, pág 32.

o el bien de uno de sus miembros, estamos negando esta naturaleza teleológica, de la integración.

Esta naturaleza teleológica de la integración obligará muchas veces, a limitar la ganancia, o el interés de algún miembro para que en conjunto puedan obtener dicho bien común¹¹.

Las formas de la integración

A través de un estudio comparativo, vemos que en la historia se han dado dos sistemas antagónicos de integración, Por una parte, la integración impositiva o imperativa, cuyos casos clásicos son la integración italiana y la integración del Reich alemán (1870) y por otra parte, la integración autónoma, es decir cuando los Estados en una forma autónoma deciden llegar a ella¹².

El único sistema de integración compatible con la historia y los valores latinoamericanos es esta última, es decir la integración autónoma de los Estados nacionales.

Como se ve a través de este sintético análisis, estamos en el campo del derecho internacional público e inclusive de la descolonización.

Como oportunamente señaláramos con el Dr. José Dobovsek, en Santiago de Chile, la «integración nace, se desarrolla y eventualmente fenece, de acuerdo a las normas del derecho internacional público»¹³.

Tipología de la integración

Otro aspecto que hace a la naturaleza de la integración es que la mayoría de los trabajos relativos a ella, la visualizan como un fenómeno de naturaleza económica. Personalmente creemos que es una visión simplista y reduccionista.

El la puede presentarse en varios aspectos:

- a) la integración económica, tal como la ALALC, el MERCOSUR, el Mercado Común Centroamericano, etc.
- b) la integración social, es decir relativa a problemas provisionales, mano de obra, y su desplazamiento, etc.
- c) la integración cultural, problemas de la educación y títulos, ejercicio de las profesiones, reconocimiento de títulos, etc.

¹¹ Un buen resultado de la investigación del tema fue la presentación de un trabajo monográfico en la Cátedra de D. Internacional Público de la U. del Salvador ,por la Sra Ma. Victoria Belén Gastaldi, «*El bien común en la integración*» (2009, pág. 45).

¹² Caso de la Confederación Americana (15 /11/1777) y posteriormente de los EE. UU. de América, (17/9/1778), del Commonwealth de Canadá (British North America Act, 1867) o de Australia. (British África Act, 1909).

¹³ Santiago de Chile, Congreso del Derecho de la Integración, 1995.

- d) La integración jurídica, a través de tratados o convenciones de uniformidad legislativa (Tratados de Montevideo, Código Bustamante Alsina, etc.).
- e) La integración militar, cuyos casos más típicos podrían ser la OTAN y el desaparecido Pacto de Varsovia.
- f) Y por último podemos decir que todo ello confluye en la integración política, que puede darse en grados diversos hasta la constitución de un sistema confederal o federal¹⁴.
- g) Pero estas diversas formas de integración pueden incluso encararse en forma paralela, sin conflicto alguno.

La visión latinoamericana de la integración

El primer punto latinoamericano, que debemos tener en cuenta, que se prolonga a través del tiempo hasta nuestros días, es la existencia de una historia común o compartida, basada en valores también comunes, ya sea una lengua, ya sea una religión, pero lo fundamental es comprender que este ha sido un proceso en común, fenómeno que no se da en los otros procesos de integración existentes.

Comprender que las divergencias han sido posteriores a nuestra independencia, algunas de ellas muy dolorosas. Y que ellas son las que han impedido, y aquí no nos interesa hoy determinar quién tuvo razón en cada uno de estos conflictos, una mayor organización o una mayor integración.

Haciendo también resaltar que el proceso no es nuevo, que es más antiguo que toda tentativa europea, ya que comienza con el Congreso de Panamá (1825) y será continuado en los Congresos de Lima¹⁵.

Comprender y valorar que hoy justamente aquella nación con la cual mayores divergencias tuvimos prácticamente todos a través de más de 200 años de historia, la República de Brasil, quiere caminar junto a nosotros, intentando una integración.

Creo que el punto fundamental para la construcción de este nuevo camino, es la existencia indiscutible de un bien común. Bien al cual, cada uno de nosotros por separado no podremos acceder.

Es decir que cuando hablamos de derecho internacional, no podemos limitarnos a hablar de las conveniencias o intereses de cada uno, sino que hay algo que lo supera, y que es comprender que estamos en una comunidad. Es decir, que volvemos a remontarnos a los principios básicos de la Polis griega y de la filosofía peripatética.

¹⁴ Derecho de la Integración Latinoamericana, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, (Bs. As., 1969), pág. 16.

¹⁵ Al cual concurriera como representante argentino Domingo F. Sarmiento, con la disconformidad del entonces presidente Gral. Bartolomé Mitre.

La visión de Luiz Alberto Moñiz Bandeira

Y aquí debemos coincidir con el politólogo brasileño Dr. Luiz Alberto Moñiz Bandeira cuando nos pide en el Congreso sobre Integración realizado en la ciudad de La Plata y organizado por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, que podamos hablar de comunidad y no tan sólo de mercado intentando superar la visión simplemente crematística del problema.

Cuando se habla de integración, es común verla interpretar en un sentido monovalente, es decir integración igual a suma de valores y de esfuerzos económicos; en cambio si partimos de la teoría de la comunidad internacional, este concepto monovalente deja de ser válido por cuanto se ha convertido en una concepción reduccionista y economicista, que ha dejado de lado aquellos valores que nuestras sociedades han tenido siempre presentes. Pero aquí es fundamental recurrir al estudio del Dr. Midón, sobre las constituciones vigentes, y señala así las trabas existentes en algunas de ellas, para poder incorporarse a un sistema normativo común.

Dificultades jurídicas con el sistema del ALCA

Inclusive ciertos sistemas, tales como el previsto en el ALCA, presentan diferencias sustanciales tal como fuera analizado oportunamente por la Dra Stella Maris Biocca con relación a un sistema de integración integral¹⁶.

Esta exposición fue básica, por cuanto se realizó evitando toda referencia a una problemática política y centrándola en lo jurídico. Allí se resaltó que el sistema del ALCA, se basa en normas y conceptos básicamente anglosajones, y por ende extraños a la tradición jurídica latinoamericana.

Ámbito geográfico de la integración latinoamericana: necesidad de definición

Basta ver que en una integración así, inclusive la defensa no es una problemática individual, sino de toda esta gran comunidad, que sin poder definirla hoy, parecería extenderse desde el río Bravo hasta nuestras heladas tierras antárticas. Basta para ello tener conciencia del valor de la presencia de la marina mexicana, a través de la fragata Cuauhtemoc aun cuando pareciera meramente simbólica en nuestros actos ya citados en Mar del Plata, Buenos Aires, y Ushuaia (en febrero y marzo de 2010).

Creemos que su presencia significa la manifestación de una necesidad sentida de la sociedad mexicana.

Ello nos lleva a un planteo necesariamente geopolítico de la integración

¹⁶ Exposición realizada en el Congreso precitado realizado en la ciudad de La Plata. Concepto típico fue el de «expropiación» por modificación de la legislación vigente.

aunque este término resulte muchas veces urticante. Pero la pregunta va estar siempre presente en nuestro tapete de análisis: integración de qué ámbito geográfico? ¿Con quiénes y hasta dónde?

Y este problema, ha sido un problema largamente debatido y mutante, dentro de lo que hoy denominamos Comunidad Europea, y que también comienza a debatirse dentro de las hasta hoy incipientes tentativas de integración africana.

Pero, nosotros, como juristas, debemos defender el concepto jurídico de la integración, podemos ver a través de la historia que la integración muchas veces se ha buscado e incluso obtenido en una forma impositiva, *manu militari*, no autónoma.

Ampliando este concepto, debemos remarcar que ello es de acuerdo a los principios de legalidad, de legitimidad y de constitucionalidad.

Esto es una forma de querer el derecho, de valorar el derecho y de sentir el derecho.

Debemos tener presente que este camino por la integración latinoamericana, no comenzó hoy sino que fue una idea siempre presente en nuestros líderes. Esta forma de ver la historia, fue también analizada por historiadores como el uruguayo Alberto Methol Ferre.

No nos interesa que lo obtengamos por el camino del MERCOSUR o por camino de la UNASUR, nos interesa que en algún momento podamos obtener una real integración¹⁷.

Valores básicos argentinos a defender en un sistema de integración americana

Llama poderosamente la atención, que cien años después volvamos a tener una problemática muy similar a la que defendieron los delegados argentinos, Roque Sáenz Peña, en la Conferencia de Washington de 1899, de creación de la que luego sería la Conferencia Panamericana y también la Organización de Estados Americanos¹⁸, es decir que ella no podría limitarse a ser un sistema de defensa de los intereses económicos y geopolíticos del mayor de ellos. Esto volvió a repetirse en el conflicto producido en la Conferencia de Mar del Plata, con relación al ALCA, y debe necesariamente definirse con relación a la representación de los países latinoamericanos dentro del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La representación latinoamericana en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

La República Argentina, ha defendido en diversas conferencias

¹⁷ Esta diferencia es ajena al tema de este análisis.

¹⁸ Conferencia de Bogotá de 1948.

panamericanas, tanto sea el principio de no intervención, como el principio de igualdad de todos los Estados. Principio que también defendió la R. Argentina, al crearse en 1919, la Liga de las Naciones, o en 1945, al crearse las Naciones Unidas¹⁹.

No puede por ello apartarse de su política internacional histórica, aceptando que se mantenga el sistema que hoy podemos considerar anacrónico, de representación en el Consejo de Seguridad, de los países que consideramos poderosos como miembros permanentes, y que se aceptara la representación surgiera de la elección de todos los países, grandes, o medianos o pequeños.

El concepto thalasocrático de América y su defensa

Ya Aristóteles, nos hablaba de la influencia del mar, sobre los países, concepto que a través de la historia se conformó en el concepto de thalasocracia o thalasocrático.

De esta manera España y Portugal, en su presencia en América, han sido fundamentalmente thalasocráticos. Y los Estados Unidos de América, comienzan a construir su poder cuando un historiador naval como el Alte. Thaler Manhan²⁰, recupera y proyecta este concepto.

La República Argentina, muchas veces en su historia perdió de vista la influencia del mar en sus intereses y en su propia estructura²¹. Quizás los puntos clave para la recuperación de su visión atlántica hayan sido: I) la creación de los Territorios Nacionales de la Patagonia²²; II) La aceptación por el ministro Escalada, de la donación de la base científica de las Islas Orcadas, y la creación de una comisaría para ella y otra para las Islas Georgias (1904)²³; III) La ley de definición del sector antártico chileno y del sector antártico argentino; IV) La Ley argentina de costas, coherente con la convención del derecho del mar; V) La presentación ante el Comité de las Naciones Unidas, de los estudios relativos a la «milla 350», realizados por la Comisión, permitiéndonos así sobrepasar la línea de las 200 millas náuticas.

El concepto thalasocrático de las Malvinas

A primera vista, el conflicto argentino británico por la posesión y soberanía sobre las Islas Malvinas, parece por una parte históricamente

¹⁹ Cuestión que ha creado todo un debate divergente ,en contra de dicha posición basta remitirnos al análisis del Dr Escudé y del Embajador Cisneros (Historia de las Relaciones Internacionales de la República Argentina).

²⁰ Asesor del Presidente Theodore Roosevelt.

²¹ El mismo Presidente Domingo F. Sarmiento, creador de nuestra marina y de nuestra escuela naval, lo veía como un problema de ríos, esencialmente fluvial, y no de litoral marítimos.

²² Ley 1532, de 1884.

²³ Único país con más de 100 años de posesión antártica permanente.

acotado, a partir del conflicto de 1834, cuando en realidad la posesión real y efectiva de las islas se proyecta a la etapa virreinal y, por otra, a una cuestión cuasi colonial.

Realmente es una cuestión que hace a la efectividad marítima de toda América. No es una cuestión meramente política la adhesión de los restantes países americanos a su reclamación. Por otra parte, la Argentina dejaría de tener una visión marítima, desde el momento en que aceptara una presencia *«manu militari»* británica, en islas que son una proyección continental de América, como si ellas buscaran la costa del África²⁴.

Es por ello que es esencial para la R. Argentina, que en una integración se parte de la defensa de los derechos argentinos sobre las Islas del Atlántico Sur²⁵ y que explica el rechazo o reserva de la república, al proyecto de Constitución para la Comunidad Europea, (2009) en cuanto se la hace aplicable o con jurisdicción sobre estos territorios²⁶.

Una integración en la cual la defensa de estos derechos se considerara una cuestión individualmente argentina, empezaría a carecer de interés para nosotros.

El concepto bifrontal o bioceánico de América Latina

Una simple visión cartográfica, nos demuestra que América Latina, es tanto atlántica como pacífica. Pero si cultural e históricamente nos hemos considerado unidos a Europa, nuestra visión del Pacífico ha sido limitada, relegando la visión que España, durante la Colonia tuvo de este problema.

Pero esto es como si cortaramos a América Latina en dos, y nos limitaramos a su cara atlántica.

Lo absurdo de este planteo, lo vio los EE.UU. de América, cuando comprendió la importancia del Canal de Panamá, como sustituto de la larga y peligrosa ruta del Estrecho de Magallanes.

Y la evolución económica de Asia, en la economía y la política de fines del s. XX y comienzos del s. XXI, obligan hoy a replantear esta situación. América Latina es una, sea pacífica, sea atlántica.

²⁴ Aquí llama la atención el rechazo de la R. de Sudáfrica, al pedido británico de uso durante la Guerra de las Malvinas, de la Base Naval de Ciudad del Cabo (1982).

²⁵ Hoy integrantes de la Provincia de la T. del Fuego.

²⁶ Esto explica también el porqué del rechazo argentino al proyecto de la Santa Sede (2009) de creación de un obispado de Ushuaia, sin jurisdicción sobre las Islas Malvinas.

La integración física de América Latina pacífica y atlántica

Evidentemente, hay países a los cuales por su propia estructura ello no se les presenta. En primer lugar México y luego países centroamericanos o mesoamericanos como Panamá, Costa Rica, Nicaragua y Honduras. Pero el único con peso internacional propio sería México, hoy más orientado hacia una integración económica con los Estados Unidos y Canadá, que con el resto de los países latinoamericanos.

Esto requeriría así un análisis de la problemática de la integración física y de servicios, y del concepto mesocrático en América.

BLANCA

**SECCIÓN
RELACIONES INTERNACIONALES**

BLANCA

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA»,
En el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Sección Relaciones Internacionales

**DE LA UNIPOLARIDAD A LA MULTIPOLARIDAD: EL
COMPONENTE REGIONAL SOBRE EL EQUILIBRIO DE
PODER Y LA MANIFESTACIÓN DE LOS SISTEMAS
POLARES**

*ON DE BALANCE OF POWER AND THE MANIFESTATION
OF POLAR SYSTEMS*

Relatora: *Ada LATTUCA**

RESUMEN

La noción de equilibrio de poder –que pese a sus numerosas definiciones aún está en discusión– ha transitado en su devenir histórico por diversas situaciones de complejidades y simplificaciones asombrosas, según el escenario de la política internacional. En general, los intentos por establecerlo y respetarlo, se enfocaron hacia el mantenimiento de la paz y solidaridad entre los pueblos vigilando y limitando el poder de unos sobre otros.

Pero, ante sucesivos fracasos se fue conformando la estructura de bloques unipolares o bipolares que escindieron el mundo bajo el dominio de autoritarias potencias, preludio de penosos conflictos mundiales.

PALABRAS CLAVES

Equilibrio de Poder – Bipolaridad – Multipolaridad.

* Doctora en Historia. Directora del Centro de Investigaciones en Ciencias Sociales. Directora del Centro de Estudios Comunitarios. Facultad de Derecho UNR. Profesora Titular Historia Constitucional Argentina, Facultad de Derecho. UNR. Investigadora de la Carrera del Investigador Científico, Cat. B, del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario. Correo: adalattuca.mail@gmail.com

ABSTRACT

The notion of balance of power that despite his numerous and controversial definitions, is still under discussion, has gone in its historical complexities for different situations and amazing simplifications, according to the international policy arena.

In general, attempts to establish and respect it, focuses on the maintenance of peace and solidarity among peoples, monitoring and limiting the power of some over others.

But, successive failures went to the brick structure forming unipolar or bipolar split the world under the domination of authoritarian power, prelude to painful conflicts worldwide

KEY WORDS

Balance of power – Bipolarity – Multipolarity

Introducción

Para expresar la noción de equilibrio del poder es necesario, según Oro Tapia, Luis, la existencia de dos sujetos políticos de similar magnitud y que compitan por controlar ciertos bienes que susciten litigios entre ellos, siempre evitando que tales situaciones alcancen el umbral de la discordia física directa o sistemática.

Cabe decir que la expresión no ha tenido un gran espacio ni tampoco mucha fama durante el siglo XX, llegando a su nivel más bajo con posterioridad a la Primera Guerra Mundial (PGM). Aunque la resistencia que tal noción suscita es de larga data (Bull, Hedley, N.2005).

El equilibrio de poder es uno de los términos más repetidos por los estudiosos de las Relaciones Internacionales. No obstante ello, en su utilización hallamos una especial ausencia en su clarificación respecto de su contenido, y de allí la diversidad de opiniones, algunas contrastantes, del término en cuestión. Algunos autores no ayudan a develar sus intenciones cuando lo utilizan (Haas, R., 2008) y en conclusión se piensa que el problema no es la ausencia de significados sino que tiene demasiados. Sin embargo el concepto, a pesar de la diversidad de significados y usos, es indispensable para la interpretación y comprensión de las Relaciones Internacionales.

En el presente trabajo no se detallará específicamente este largo curso de teorías al respecto, ámbito reservado a los especialistas del tema. Sólo se abordarán los aspectos que llevaron a través del tiempo a asimilarlo a los de unipolaridad, bipolaridad o multipolaridad en los cuales se centra este relato en cuestión.

Precisando el concepto

Desde el punto de vista político se puede advertir que los Estados están más interesados en un equilibrio que esté a su favor, de dónde el equilibrio de poder cuando no existe se torna en verdadero desequilibrio. Se trata, en definitiva de respaldar argumentos políticos que justifican el esfuerzo para impedir la preponderancia de un Estado en particular y de tratar de mantener lo más firme posible un equilibrio aproximado de poder entre los principales rivales.

El equilibrio de poder es un concepto relevante en las teorías realistas de las Relaciones Internacionales que lo descubre jugando con mayor frecuencia a lo largo de la historia. Básicamente, desde esa disciplina, se sostiene que los Estados, como resultado de las fuerzas sistémicas, se relacionan en términos de competencia. Los Estados buscan sus propios intereses y, más allá que lo quieran o no, tienden a formar equilibrios de poder. El caso ejemplar, los rusos y franceses no se tenían ninguna simpatía pero sus intereses nacionales los llevaron a conformar una alianza en contra de los ingleses en 1894.

Si todos los Estados decidieran unirse al bando o país más fuerte entonces no existiría equilibrio de poder sino hegemonía. Es precisamente el miedo a esa hegemonía y lo que el país que la detenta pueda o no hacer, es que se recurre a la búsqueda del equilibrio de poder.

Puede sostenerse, entonces, que la función fundamental del equilibrio de poder es, en primer lugar, impedir que se constituya un imperio mundial y, en segundo lugar, crear un contrapeso a un actor poderoso impidiendo la instauración de un orden unipolar.

Atento a lo anterior, el equilibrio de poder es una forma de estabilidad temporal, pues en algún punto este estado momentáneo puede ser alterado y sufrir una transformación en otro equilibrio diferente. Ese periodo de ruptura de equilibrio se caracteriza por inestabilidades e incertidumbre, mientras va conformándose un nuevo equilibrio de poder que reemplaza al anterior.

Es por ello, que puede hablarse de otra función del equilibrio de poder: disminuir la probabilidad de que estallen guerras. Aunque para los realistas es imposible eliminar las raíces del conflicto, el equilibrio de poder puede limitar los alcances del conflicto.

Equilibrio de poder y alianzas

Como ejercicio de las relaciones entre los Estados, las alianzas no son desinteresadas, por lo que se puede inferir que la «amistad política» se establece en función de cálculos utilitarios mutuos, entre aquellos actores que optan deliberadamente por la cooperación para fortalecer sus respectivas conveniencias. El interés está en el núcleo de toda alianza.

Las alianzas son el aspecto más característico del modelo de equilibrio, entendidas aquellas como el acuerdo solemne entre dos o más actores internacionales en función de enfrentar unidos las amenazas a sus intereses vitales provenientes de otro u otro grupo de actores. Éstas no han sido siempre de carácter militar, aunque sí el más característico en la historia de las Relaciones Internacionales. Un típico ejemplo de ello fueron los llamados estados amortiguadores que emergieron entre las potencias en Europa después de la era napoleónica y concretada en el Congreso de Viena de 1814 y el «cordón sanitario» que los aliados establecieron alrededor de la URSS.

Atendiendo al tema de las alianzas éstas pueden ser de carácter «precautorias» que se anticipan a la probable conformación de otra alianza. Es el caso de la alianza defensiva de la diplomacia bismarckiana que construyó un sistema de alianzas y de acuerdos alrededor de Alemania unificada. En 1873 se conformó la Entente de los Tres Emperadores, basada en dos textos: el convenio germano-ruso, del 6 de mayo de 1873, que sosténía que: «Si uno de los Imperios fuese atacado por una potencia europea, sería socorrido, en el más breve plazo posible, por medio de un ejército de doscientos mil hombres de tropas efectivas. El segundo texto fue el convenio austro-ruso firmado en junio de 1873. Era un acuerdo personal entre el Emperador Francisco José y el Zar Alejandro. Por él se comprometían a consultarse, en caso de divergencia entre sus Estados o ante la hipótesis de una amenaza de una tercera potencia.

Un nuevo sistema de alianzas fue creado por Bismarck en 1882. Denominado de la Triple Alianza vinculó a Alemania, Austria e Italia como un intento para contener a Francia.

La búsqueda del equilibrio o de la bipolaridad

Otro tipo de alianzas son las denominadas reactivas, que se constituyen a fin de enfrentar a las «precautorias». Es el caso de la Triple Entente de 1907 entre Francia, Inglaterra y Rusia o el Pacto de Varsovia de 1955 como respuesta a la creación de la OTAN (Organización del Atlántico Norte) de 1949

La Triple Entente fue precedida por la alianza franco-rusa (1893) la Entente Cordiale franco-británica (1904) y el acuerdo anglo-ruso (1907) El escenario político logró que tres países con grandes diferencias se coaligaran frente a la consistencia de la Triple Alianza. Los tres países signatarios Francia, Rusia e Inglaterra, aunque este último país trató de mantenerse a la expectativa libre de obligaciones, como era habitual en el devenir de sus Relaciones Internacionales. Si bien ante el cariz de los acontecimientos, la situación del problema colonial, la agresividad de la expansión germana y la probabilidad de un conflicto armado que estallaría en 1914, terminó por ceder ante las exigencias de los coaligados.

En tanto que, el Pacto de Varsovia (1955) surgido a instancias de la creación de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) (1949) constituido por las grandes potencias occidentales, fue la estrategia concebida por la URSS como medida precautoria ante la posibilidad de cualquier injerencia bélica en su territorio.

Esto es, crear una zona de amortiguamiento entre sus amplias fronteras y los países occidentales miembros de la OTAN y una llave de reaseguro contra el rearme de la República Federal Alemana, adherente a aquella organización. Fue en definitiva un sistema de defensa colectivo que implicó a los países del este europeo, cuyo mando total de las fuerzas militares estuvieron bajo la jefatura del Alto Mando Soviético.

Finalizada la segunda hecatombe mundial, y derrotado el enemigo común, no había espacios ni voluntad para acuerdos. Cada bando afianzó su poder en las áreas ocupadas y se instaló un largo proceso de abierta hostilidad –denominado la Guerra Fría– que marcaría el perfil de la escena internacional por casi medio siglo. La bipolarización del mundo más intensa se instituyó alimentada con sucesivas complicaciones, de marchas y contramarchas entre los dos poderosos bloques por la supremacía mundial.

El equilibrio como sistema

En cuanto al equilibrio del poder como sistema, algunos autores lo articulan en torno a dos temas: la polaridad y la estabilidad. Con respecto a la primera opción, está relacionada con el número de actores que integran el sistema y con sus características respectivas. Ahora bien, este sistema de poder como sistema puede existir tanto como una composición bipolar como multipolar. Por lo tanto hay dos concepciones diversas del sistema de equilibrio del poder en razón del mundo, de componentes del mismo. El tema del número de potencias en el sistema internacional es decir, la bipolaridad frente a la multipolaridad es uno de los aspectos básicos que ha condicionado el debate sobre la aplicación o no del sistema de equilibrio a la estructura internacional nacida de la Segunda Guerra Mundial. Estructura que muy habitualmente ha sido calificada con el término de equilibrio del terror. (Barbé Izuel, E., 2007).

Evolución histórica del concepto de equilibrio de poder

Desde hace muchos años los Estados han buscado fórmulas de convivencia, de cooperación y de dominación para organizar sus Relaciones Internacionales. Se trata de una situación política entre los Estados en la que ninguno de ellos debía alcanzar un poder superior al de los otros y con ello poner en riesgo la independencia de los demás. Esta idea, durante la Baja Edad Media se va cristalizando cuando aparecen en el escenario europeo varios Estados que ponen en peligro la supremacía del Papado y

del Imperio. Era, en definitiva, esgrimir el principio del equilibrio de poder, íntimamente relacionado por oposición a la idea de hegemonía.

El término fue acuñado por el protegido de la *signoria medicea*, Francisco Guicciardini (1483 – 1540) con el propósito de mantener y defender el *status quo* en la península italiana, pero no constituyó nunca una orientación o normativa definida de la evolución histórica.

François de Salignac de La Mothe (1651 – 1715) más conocido como François Fenelón, por haber nacido en el Chateau de ese nombre, incursionó acerca del término que comenzó a tener una adecuada difusión en Europa Occidental, en especial después de Westfalia (1648). Se afianzó con el Tratado de Utrecht (1713) que lo menciona especialmente y se consolidó a raíz de las guerras napoleónicas.

Fenelón expresó su pensamiento en su obra *Las aventuras de Telémaco* destinado al Duque de Borgoña, futuro heredero de la corona de quien era su preceptor, que moriría sin llegar a reinar en 1712. En ella ofreció una interpretación de la política internacional, inspirada en el equilibrio político:

Cada nación tiende a prevalecer respecto de las contiguas. Cada nación está por tanto, obligada a vigilar sin decaimiento para evitar el excesivo engrandecimiento de su vecino en bien de su propia seguridad. Impedir que el vecino se engrandezca no es hacer el mal, es garantizarnos contra la servidumbre y garantizar a nuestros vecinos. En una palabra es trabajar por la libertad. La tranquilidad y la salud pública, ya que el engrandecimiento de una nación, más allá de cierta medida, altera el sistema general de todas las naciones que con ella tienen relación. Todos los miembros que forman el gran cuerpo de la cristiandad están obligados, los unos respecto de los otros, en aras del bien común y consigo mismos, para lograr la seguridad de la patria y prevenir cualquier progreso de alguno de sus miembros.

Todo lo que cambie o altere este sistema general de Europa, es demasiado dañoso y trae consigo males infinitos. Hay que evitar que toda nación que abata a otra, que aspira a la tiranía universal, aspire ella a conseguirla a su vez.

En momentos de la aparición del Derecho Internacional, merced a la labor del jurista y diplomático holandés Hugo Grocio (1583 – 1645) comenzó a distinguirse este derecho como una disciplina y la teoría del equilibrio de poder se afianzó reformulándola como un principio rector de la diplomacia. Al considerar que los Estados europeos constituyen una verdadera comunidad, determinó que su fin y supervivencia se logran siempre que ningún Estado individualmente sojuzgaría y dictaría normas de conducta al resto de los países. En el caso fortuito que alguno violase este principio, los demás estarían habilitados hasta con las armas a intervenir en esta circunstancia.

Fredrich von Gentz (1764-1832) reafirmó el principio que en definitiva

será la base de las coaliciones contra el imperio del «Rey Sol» (Luis XIV) y de Napoleón, y también el motivo (o disculpa) para las guerras europeas sucedidas entre la paz de Westfalia (1648) y el Congreso de Viena (1814 – 1815).

El equilibrio de poder en el moderno sistema estatal westfaliano

Pese a esta declaración de principios, el mantenimiento de la paz y los compromisos incumplidos llevaron alternativamente a la hegemonía decisiva de una sola potencia (mención a distancia de la unipolaridad). Y el tan mentado equilibrio durante la primera mitad del siglo XVI desapareció frente a la política internacional imperialista. La posesión hegemónica fue representada por la monarquía hispánica, en especial bajo el reinado de Carlos I (1516 – 1558) quien para señalar lo extenso de sus posesiones imperiales decía con orgullo que en sus dominios jamás se ponía el sol.

Pero la ineluctable debilidad de España debido, en parte, a los interminables enfrentamientos dinásticos y a la imposibilidad de mantener sus extensos dominios, será aprovechada por Francia, que dominó el siglo XVII como único polo europeo.

Sin embargo, de la configuración de las modernas Relaciones Internacionales y con ellas la aplicación del equilibrio de poder, se subscribieron importantes acuerdos, tales como: los tratados de Westfalia y Munster (1648) que pusieron fin a un conflicto armado de grandes repercusiones en el escenario europeo: la Guerra de los Treinta Años, y de manera más consolidada tras la guerra de Sucesión Española, los Tratados de Utrecht y Rastadt (1713 – 1715).

Por la denominada Paz de Westfalia se dio lugar al primer Congreso Diplomático moderno y se inició un nuevo orden en el centro de Europa, basado en el concepto de soberanía nacional. El mismo supuso introducir modificaciones y declarar las bases en las que se sustentaría el Derecho Internacional, con cambios apreciables destinados a lograr el equilibrio europeo por el cual se impediría a unos Estados imponerse a otros y se lograría el buen funcionamiento entre ellos y el mantenimiento de la paz.

Así, podemos decir que la Paz de Westfalia a través de sus articulados consiguió, aunque en alguna proporción, regular el desequilibrio europeo imperial y en general la situación en el continente. Y fue el primer Tratado con alcance europeo.

Pero Francia, bajo un régimen absolutista logró aumentar y consolidar su influencia en términos internacionales y adquirir diversos territorios que le habilitaron ampliar su rango de influencia, así como obtener nuevas fronteras políticas y estratégicamente cruciales. Así, la diplomacia francesa se caracterizó por decidirse por un sistema que le aseguró su hegemonía dentro del equilibrio, mediante la estrecha vinculación con Estados

medianos y chicos con el objeto de mantener arrinconadas a las potencias imperiales, tales como: Austria, España y Prusia.

Claro está, que cuando Francia se convirtió en potencia absorbente y amenazante, Luis XIV (1638 – 1715) más allá de permanecer como tutor de los intereses de aquellos Estados, se constituyeron alianzas para restablecer el equilibrio. Fue esta una etapa en la que las Relaciones Internacionales se amplificaron influenciadas por los intereses particulares y personales de los monarcas. Ello se relacionó con la concepción de monarquía absoluta de origen divino, que erige al rey y no al Estado como sujeto del Derecho Internacional. (Cesa, M. 1987).

El Tratado de Utrecht (1713) conocido también como Paz de Utrecht consistió en una serie de tratados multilaterales que puso fin a la guerra de Sucesión Española. Por él el orden westfaliano continuó perdurable: afirmación de la decadencia española, de Italia y del Reich, y socavó la hegemonía de Francia en el continente. El principio de que ninguna nación había de ser lo suficientemente fuerte para amenazar a las demás permaneció dentro del concierto europeo.

El gran beneficiario fue Gran Bretaña, que además de sus ganancias territoriales obtuvo un rédito económico muy apreciable. El equilibrio de poder terrestre en Europa será de naciones enfrentadas. Mientras que en los mares el Reino Unido tendrá las manos libres para asegurarse el control del Mediterráneo a expensas de España con la anexión de Menorca, Gibraltar y otras zonas estratégicas.

Durante el siglo XVIII, con motivo de las exitosas guerras protagonizadas por Napoleón Bonaparte (1769 – 1821) diversas casas reales europeas pasaron bajo su influencia y el equilibrio ya no se esgrimió al convertirse en «dueño» de un Imperio.

Pero cuando comenzaron las sucesivas derrotas militares y se asistió a la declinación del Gran Corso, las monarquías desalojadas decidieron retomar sus privilegios y esgrimieron como base la legitimación del equilibrio de poder a cargo de los gobernantes depuestos, los cuales trataron de anular la obra desarrollada por la Revolución Francesa y restaurar el más tradicional absolutismo.

Los vencedores hallaron una Europa distinta a la anterior de 1789, no sólo en las transformaciones que había operado el régimen napoleónico en el mapa europeo, sino en el cambio de las estructuras sociales merced a la difusión de las ideas introducidas por la Revolución Francesa y de nuevas ideologías. Frente a ello, las restauradas casas reinantes tenían como opción conservar las instituciones y divisiones geográficas aportadas por Napoleón, crear otras nuevas o volver al período anterior como si nada hubiese ocurrido. Eligieron este último destino, con lo cual ignoraron la realidad, el empuje de la Revolución y las grandes modificaciones que ella desencadenó.

Estas monarquías absolutas con el beneplácito de Inglaterra, poderosa en el mar y con sus acrecentadas colonias, dibujaron en el Congreso de Viena (1815) una Europa de la Restauración o de los Congresos que fue según Henry Kissinger, una visión del equilibrio basada en procesos diplomáticos.

Así, surgió el equilibrio europeo cimentado en la solidaridad de las monarquías frente a cualquier intromisión revolucionaria de signo liberal. Los principios sustentados por las potencias intervintes, con la complacencia siempre de Inglaterra (aunque favoreció una etapa de espléndido aislacionismo) fueron el del intervencionismo, la legitimidad y el de la restauración. La constitución de la Santa Alianza en el mismo año consolidó y afianzó la ideología ultra conservadora.

Aunque no todo se desarrolló en interminables debates políticos. Una apretada agenda de reuniones, jornadas de cacerías y distracciones mundanas se cumplió generosamente al punto de hacer expresar al príncipe de Ligne: *Le Congrès ne marche pas, il danse.*

Con el objeto de asegurar la estabilidad del nuevo régimen, las potencias reclamaron el derecho a la intervención actuando así como una verdadera policía internacional para reprimir las revoluciones burguesas que se producían con éxitos alternativos.

Resulta relevante señalar que este sistema multipolar de equilibrio de poder resulta de un control mutuo entre todas ellas y su modalidad fue el concierto de poder o concierto diplomático en donde se produjo una coordinación política, lo suficientemente grande para administrar en forma conjunta la sociedad internacional en una suerte de gobierno conjunto.

Hacia la construcción de un sistema de equilibrio de poder bipolar

Durante un siglo (1815 – 1914) hasta la PG, el concierto europeo se pudo mantener sin grandes altibajos y sin que se produjeran guerras a gran escala, excepto la cuestión de Oriente. Claro que no fue fácil gobernar un siglo en entera paz y solidaridad. Existió una carrera armamentista (la paz armada) y junto a ella se contrajeron alianzas fijas. En un sector se agruparon Alemania, Austria Hungría y Turquía, enfrentadas con Francia, Gran Bretaña, Rusia y posteriormente Estados Unidos. En consecuencia, en el escenario internacional se dio un sistema internacional multipolar, esto es varios polos o concentraciones diferenciados de poder donde una serie de países competía por la conquista de colonias y mercados que conduciría a la Primera Guerra Mundial.

Como resultado de la PG, que liquidó grandes imperios: el alemán, el austrohúngaro y el turco, se puso en marcha uno de los objetivos del Tratado de Versalles: abolir el concepto de equilibrio de poder y reemplazarlo por el de seguridad colectiva según lo expresara el Presidente de los Estados

Unidos Thomas Woodrow Wilson (1856 – 1924) En un documento titulado Los 14 Puntos recomendó la creación de un organismo internacional que asegurase la independencia e igualdad entre las naciones, que se denominaría Sociedad de las Naciones. Fue la primera institución política internacional que emergió en el mundo de postguerra, con el objetivo de prevenir conflictos armados mediante arreglos pacíficos, preservar la armonía, la solidaridad, la cooperación.

Pero su actuación no fue tan auspiciosa como se creyó, ni estuvo a la altura de sus declarados anhelos. Estados Unidos, por decisión del Congreso Nacional no se anexó a la organización. El protagonismo estuvo a cargo de Inglaterra y Francia, dos potencias que fueron como dos polos, mientras el «gran país del Norte» se convirtió en el período de entre guerras en una gran fortaleza. Además, no alcanzó a cumplimentar la «vocación» de universalidad, lo que provocó el retiro de Argentina y no se permitió el ingreso de Alemania y Rusia. Tampoco llegó a desempeñar el rol de eficaz fuerza de contención y se derrumbó al declararse la Segunda Guerra mundial. Es decir, que se hizo evidente la fragilidad del sistema de seguridad en el que se confió para robustecerlo (Barboza, J. 2001). Las constantes violaciones a los acuerdos suscriptos y los efectos del controvertido Tratado de Versalles marcaron el camino hacia la segunda catástrofe mundial, considerada por muchos autores continuación ineluctable de la primera.

Sus participantes fueron similares a la anterior, excepto algunos rasgos específicos. En un sector estrecharon filas Francia, Gran Bretaña, la República Socialista Soviética y Estados Unidos. Sus contrincantes, la Alemania nazi, la Italia fascista y el Japón de Hiroto, los cuales fueron derrotados.

Así, el sistema sufrió importantes deterioros producto de la pérdida de poder de potencias que habían compartido la supremacía internacional. Y se erigió el nuevo orden en el que la posición hegemónica pasó a manos de los dos países que habían salido milagrosamente ilesos del la catástrofe.

Por la Conferencia de Yalta (1945) se reorganizó el orden europeo a favor de los vencedores. Se comenzó a delinear el mapa a cargo de los protagonistas del dominio mundial: Estados Unidos y la Unión Soviética; y durante los largos años de la Guerra Fría se consolidó el sistema bipolar con los dos bloques enfrentados. Ambos adversarios basaron su estrategia en la permanente vigilancia y en la contención de la respectiva expansión territorial e ideológica (capitalismo *versus* socialismo) En cuanto a la cuestión militar, si bien hubo momentos de alto voltaje, pese a la imparable carrera armamentista y las ojivas nucleares, el concepto de Destrucción Mutua Asegurada (MAD) impediría a cualquiera de los dos bandos dar la señal, siempre a punto, de la destrucción planificada de la civilización. No llegó a suceder, pero durante varias décadas fue una posibilidad cotidiana. (Hobsbaw, E. 2002).

Con el derrumbe del bloque soviético que se puede situar entre el comienzo de la Perestroika (1985) y la disolución de la Unión Soviética (1991) precedida por la caída del Muro de Berlín (1989), la bipolaridad se desintegró. Es dable señalar, que la bipolaridad, aun con sus dificultades permitió que cada actor conociera, intuyera y por momentos anticipara los movimientos de su contrincante en una relativa aunque frágil seguridad.

El sistema bipolar de la Guerra Fría fue peligroso para los demás actores porque representó el grado máximo de rivalidad entre los dos hegemones con capacidad nuclear cuya magnitud de daño podía extenderse a nivel global. Debido a ese «equilibrio del terror» no se desarrollaron choques en gran escala y en términos directos entre las super potencias pero, no hay que olvidar, se produjeron enfrentamientos en la periferia, de manera encubierta y a través de terceros actores. Un ejemplo de lo dicho: la Guerra de Corea, entre 1949 y 1953, donde los chinos y soviéticos dieron apoyo a Corea del Norte y los estadounidenses, liderando una coalición con mandato de la ONU (Organización de Naciones Unidas) apoyaron a Corea del Sur.

¿Del unipolarismo al multipolarismo?

A partir de 1991 y hasta mediados del 2001, Estados Unidos se convirtió en la potencia mundial dominante y con ello la existencia de un esquema unipolar. Así, se abrió el camino hacia la configuración de un poder maximizador a través de la creación y ejecución de las reglas de juego, con un único pensamiento que priorizara entre otros una democracia formal, el libre mercado global desregulado, la acción racional del homo economicus, la reducción mínima de la función del Estado, la política precaria y la economía de los defensores del monetarismo. Esta actitud, considerada irrefutable, casi axiomática llegaría a modificar en parte las estructuras imperantes (Bello, D. y Di Flippo, A. 2010). Se creyó que el sistema iba a consolidarse, en especial la polémica tesis de Francis Fukuyama –anunciando el tiempo post-histórico, con una sociedad unipolar–.

Pero, Washington había perdido a su enemigo y buscó nuevos adversarios, así pasaron Irak (Saddam Hussein) y los serbios, entre otros, pero no funcionó porque no representaban una amenaza mundial. Fue un período donde también observamos el crecimiento de la OTAN y de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y el modelo neoliberal fue imponiéndose a nivel mundial. También se produjo el intento de sojuzgar al espacio latinoamericano con la creación del Área de Libre Comercio (ALCA) con la intención de menoscabar el Mercosur.

Los sucesos ocurridos el 11 de Setiembre de 2001, hicieron germinar un nuevo contrincante para Estados Unidos, que se arrogó el rol de paladín y adalid contra el terrorismo global liderado por Osama Bin Laden y Al

Quaeda. Probablemente, cuando ellos dejen de ser una amenaza surgirán quizás otros, Siria, Libia o Corea del Norte.

Lo que Estados Unidos no ceja es su afán de predominio. Y por ello constituyó un controvertido organismo en 1996, el Proyecto para el Nuevo Siglo Estadounidense (PNAC siglas en inglés). Sus propósitos ideológicos y políticos están orientados, con la aquiescencia de republicanos y *neocons* –nuevos conservadores– hacia el deseo de fortalecer «la superioridad militar, tecnológica y económica del país y ganar apoyos para realizarla con claridad moral».

Algunos analistas opinan que la guerra de Irak, (2003) con la búsqueda infructuosa de armamento nuclear fue el primer gran paso para cumplir con esos objetivos, que terminó en un ruinoso fracaso.

Para América Latina, este propósito significó un remozamiento de la doctrina del Destino Manifiesto expresada por el Presidente James Monroe (1823). Una especie de ley natural que le otorga al país del Norte el «derecho divino» a intervenir en las naciones latinoamericanas. Debido a los avances incontenibles de las fuerzas norteamericanas en territorio ocupado, Simón Bolívar afirmaba en sus discursos que la expresión de Monroe «América para los americanos» se debía entender con certeza como: «América para los norteamericanos».

También, propiciado por los *neocons*, y un grupo de intelectuales se promovió en Washington el establecimiento de la Pax Americana con el objeto de llevar el predominio de su país a escala planetaria. Pero, en el destino que padecieron similares estructuras nacidas con gran auspicio y luego disueltas, como la Pax Romana y la Pax Britannica es dable pensar que quizás lo está viviendo la Pax Americana. «La historia nos enseña cómo el declive de los grandes imperios se inicia con una incapacidad por parte del poder hegemónico de ajustar sus discurso y acciones a los cambios dinámicos en el sistema de poder global (o regional en el caso de una hegemonía regional) asunto que podemos ver de manera axiomática entre la realidad internacional por un lado y los discursos de los intelectuales de la Pax Americana por el otro.» (Hassan Fariñas, O, 2010).

De allí, que el orden unipolar de los Estados Unidos por sus recursos militares sería quizás multipolar en política y economía por las disputas de los mercados en especial con China y Japón.

Estados Unidos tienta estrechar cada vez más las relaciones con China, al punto que se acuñó el neologismo Chimerica que significaría la asociación bien articulada de los bonos estadounidenses en manos de la cúpula pekinesa. Ello, en la actualidad es objeto de polémicas puesto que este modelo llegaría probablemente a combinar el «disciplinamiento social» con la férrea estrategia de las potentes transnacionales. El viaje de Barack Obama a China (2009) no dio los frutos esperados. Más allá de algunos temas en los cuales puedan coordinar sus acciones se manifestaron latentes grandes divergencias como: el mantenimiento de la democracia, la transpa-

rencia de las instituciones, la planificación de la política exterior, la opinión sobre proliferación nuclear, cuestiones acerca de las cuales el resultado fue muy débil.

En el contexto internacional surgen varios polos de poder que paulatinamente dan origen al denominado sistema multipolar que no están dispuestos a declarar a los Estados Unidos árbitro de hecho del sistema internacional. Los países emergentes deberán ser considerados tienen una voz, expectativas y proyectos que deben ser atendidos.

¿Quién se iba a imaginar la atípica imagen que está sucediendo en la política global con la constitución del BRIC? Es este un acrónimo de Brasil, Rusia, India y China creado por Jim O'Neill -Director mundial de investigaciones económicas de la empresa Goldman Sach- para designar la conformación de este organismo integrado por los cuatro mayores países en vías de desarrollo del mundo.

Si bien el punto de partida de su creación se produjo en una Reunión de los Jefes de los Departamentos de Política Exterior del «cuarteto» en Nueva York (2006), la presentación en sociedad de manera oficial se produjo en la primera Cumbre realizada en la ciudad rusa de Ekaterimburgo (2009), precisamente en la frontera virtual entre Europa y Asia.

El BRIC se atribuye el 30% de las reservas mundiales, la mitad del comercio mundial entre los años 2000 a 2008, proporción que según los analistas aumentará en el 2014 al 61%; y concentra el 40% de la población del universo.

Sus miembros comparten además la característica de ser muy desiguales, sin embargo ello no será un límite en sus respectivos desarrollos. Deberán complementarse los unos a los otros en temas tales como las finanzas, la energía, los servicios, la tecnología, la agricultura, el medio ambiente y la seguridad alimentaria, así como en las negociaciones multilaterales de comercio. Y no es erróneo afirmar que uno de los tantos factores que propició el crecimiento de sus respectivas economías emergentes es la baratura de la mano de obra.

El BRIC insiste en la consecución de mecanismos más democráticos y transparentes en las organizaciones multilaterales y debate, aunque veladamente, la posibilidad de utilizar sus propias monedas en las transacciones económicas y con ello abandonar paulatinamente el dólar. Pero recordemos que China tiene casi 700.000 millones de Bonos del Tesoro estadounidense y no le debe interesar colaborar con el agravamiento del déficit de ese país que le significaría una amenaza a su seguridad.

Algunos analistas piensan con marcado optimismo, que a nivel macroeconómico el BRIC como bloque va a compartir sólo en dos décadas, el poder económico y político con el G7, (integrado por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia Japón y Reino Unido, desde 1998 se incorporó Rusia) y que probablemente se apropiará en parte de esta organización. (Sbarbi Osuna, M. 2007).

Conclusión

Hemos señalado que en la configuración internacional la modificación de los sistemas de poder ha variado en función de los elementos fácticos económicos y políticos. A mediados del siglo XX se disputaban un predominio mundial varios polos o concentraciones de poder entre países e imperios, conocidos como el sistema internacional multipolar. Luego, de las dos conflagraciones mundiales, surgió de las ruinas de Europa un nuevo orden en el que la posición hegemónica estuvo a cargo de quienes produjeron la gran división del continente: Estados Unidos y Rusia.

La caída del Muro de Berlín fue el detonante que culminó con la supremacía soviética y empujó a los Estados Unidos como la única potencia hegemónica en el sistema internacional. En virtud de ello, se constituyó el sistema unipolar que dominó el tablero mundial hasta hace poco tiempo.

Ahora bien la pregunta sería si es sustentable la unipolaridad, la bipolaridad o vamos hacia una multipolaridad protagonizada por un conjunto de países o bloques que detenta el 80% de la economía mundial, tales como Estados Unidos, China, India, Rusia, Unión Europea.

Pero este sería un nuevo tipo de configuración internacional que Haas, denomina no polar, basándose en que el mundo actual no está dominado por una, dos o varias potencias, sino que recibe la influencia de decenas de actores estatales y no estatales que ejercen diferentes estadios del poder. Pero, el sistema no polar dificulta la identificación de los interlocutores, entorpece la toma de decisiones y quizás no resultaría válida para todos, así como la transparencia en las reglas del juego.

El Libro Blanco, sobre defensa y seguridad con un análisis del contexto estratégico actual, aprobado por el gobierno francés en 2008, anunció que el mundo occidental –en especial Europa y los Estados Unidos– no es más el único polo que detenta el dominio económico y estratégico y que en las próximas décadas nos acercaremos a un mundo «post estadounidense». Este último país aún aliado a la Unión Europea ya no tendrá la fuerza y recursos para imponer su planificación y le será imprescindible asociarse. Deberán tenerse en cuenta nuevos centros de poder de los cuales se creyó que la embestida de la globalización produciría su decaimiento, tales como Brasil, China, India y Rusia que afirman sus ambiciones y cuestionan el orden internacional que en parte los marginaba.

Debemos señalar finalmente, que la globalización asimétrica evidente en nuestro tiempo promueve la actividad restringida y conveniente para empresas y gobiernos de los países económica y militarmente dominantes. Los posicionamientos críticos o críticos acerca de los sistemas internacionales deberán trabajar para superar esta injusta situación. Los que no lo hagan deberán saber que experimentarán también las consecuencias que surjan en sus respectivas cotidianidades, porque esta globalización asimétrica tiene como componente de fondo la crisis energética, la emergencia alimentaria y el cambio climático.

BIBLIOGRAFÍA

- BARBE IZUEL, Esther, *Relaciones Internacionales*, Madrid, edit. Tecnos, 2007.
- BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, edit. Zavalía, 2001.
- BERNARD, Henry-Lévy, *Reflexiones sobre la guerra, el mal y el fin de la Historia*, Barcelona, edit. B.S.A., 2002.
- BULL, Hedley, N., *La sociedad anárquica*, Madrid, edit. Cataratas, 2005.
- CESA, Marco, *L'equilibrio di potenze. Analisi storico e teorica del concetto*, Milano, edit. Franco Angeli, 1987.
- DEL ARENAL, Celestino, *Introducción a las Relaciones Internacionales*, Madrid edit. Tecnos, 1994.
- DUROSELLE, Jean Baptiste, *Europa de 1815 a nuestros días*, Madrid, edit. Labor, 1967.
- DIEZ, Alejandro y RIQUELME JIMENEZ, Carlos, *Enseñar la idea de Europa* Madrid, edit. Universitaria Ramón Areces, 2007.
- GRESH, Alan, «El Consejo de Pekín», en *Le Monde Diplomatique*, año II, n.19, noviembre, 2008.
- HAAS, Richard, «La edad de la no polaridad que seguirá a la dominación de Estados Unidos», en *Foreign Affairs*, en español, Nueva York, mayo-junio-2008.
- HOBSBAWM, Eric, *Historia del Siglo XX*, Barcelona, Crítica, 1998.
- KAPLAN, Norton, *Algunos obstáculos en la investigación de los sistemas internacionales*, México, Limusa, 2000.
- ORO TAPIA, Luis R., *El poder: adicción y dependencia*, Santiago de Chile, edic. Brickle, 2006.
- RENOUVIN, P., *Historia de las Relaciones Internacionales*, Madrid, edic.. Akal, Madrid, 1982.
- SBARBI OSUNA, Maximiliano, *Nueva guerra por los recursos. La lucha por la hegemonía de Europa Oriental y Asia Central*, Buenos Aires, edit. Dunken, 2007.

Revistas Digitales

- AGUIRRE, Alfredo, «Chimerica» un neologismo anunciado en la COP.15. www.articulos.com, 21 diciembre, 2009.
- BARCIA TRELLES, Camilo, *Cinco constantes históricas divergentes en Política Internacional*, www.cep.es.
- HASSAN FARIÑAS, Omar, *Pax americana y la crisis europea: una lectura geopolítica*. www.rebelión.or. 21 mayo 2010.

BLANCA

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA»,
En el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Sección Relaciones Internacionales

**DE LA UNIPOLARIDAD A LA MULTIPOLARIDAD: EL
COMPONENTE REGIONAL**
**«HACIA LA MULTIPOLARIDAD: EL DEBATE DESDE UNA
PERSPECTIVA TEÓRICA NEORREALISTA»**

*TOWARDS MULTIPOLARITY: THE DEBATE FROM A NEOREALIST
THEORETICAL PERSPECTIVE*

*Relatora: María Cristina MONTENEGRO**

RESUMEN

El presente trabajo intenta un análisis desde la teoría neorrealista, enfocada a partir de una revisión crítica, de la tendencia del orden internacional hacia la multipolaridad. Esto es, la disminución de la «unipolaridad» o «a polaridad» que caracteriza al orden mundial post Guerra Fría.

Se considera que el núcleo central del debate teórico es el equilibrio de poder, en tanto actúa para atacar la hegemonía existente deviniente de la concentración de poder. Se espera que los recursos de poder de algunos Estados se conformen y coaliguen de manera regional para impulsar a nuevos poderes emergentes y derivar hacia un orden de estructura multipolar. Aquí se introduce un factor clave para revisar la teoría neorrealista: la integración regional y la sinergia que permite la acumulación

*Magíster en Relaciones Internacionales. Doctorando en Relaciones Internacionales con Tesis en evaluación. -Graduada del Center Hemispheric Defense Studies, National Defense University. Washington DC. -Profesora e Investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. -Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. E-mail: cristmont@hotmail.com

de poder característica de la nueva era de las relaciones internacionales: la regionalización como factor de desarrollo de las denominadas potencias emergentes y los potenciales conflictos.

PALABRAS CLAVES

Orden Internacional en cambio. Neorrealismo. Límites explicativos. Potencias regionales.

ABSTRACT

This paper attempts an analysis from neorealist theory, focused from a critical review of the trend toward a multipolar international order. That is, the decline of the «unipolar» or «polarity» that characterizes the post-Cold War world order.

It is considered that the core of the theoretical debate is the balance of power, while acting to tackle the existing hegemony because the concentration of power. It is expected that the resources of some States to conform and combining forces on a regional basis to encourage new emerging powers and lead to an order of multipolar structure. Here you enter a key factor to review the neorealist theory, regional integration and synergy that allows the accumulation of power characteristic of the new era of international relations: the regionalization as a factor of development of so-called emerging powers and potential conflicts.

KEYWORDS

International Order in change. Neorealism. Explanatory limits. Regional powers.

1. *Introducción*

Desde los 90 se debate, tanto en círculos académicos cuanto en políticos, la tendencia existente hacia una salida de la unipolaridad. Aún más, se profundizan los debates sobre si un orden multipolar es deseable para asegurar un horizonte más estable en el sistema internacional.

Por otra parte, varios países, entre ellos China y Rusia, insisten en la necesidad de instaurar un orden multipolar para reemplazar la unipolaridad estadounidense que se va debilitando a medida que EEUU no puede gestionar, en solitario, un escenario complejo en el que, simultáneamente, muchas fuerzas contrapuestas pujan por esmerilar su hegemonía. Esta situación se solapa con la emergencia de nuevos centros de poder, alguno de cuyos actores se vinculan entre sí para ejercer un «contrapoder». En este orden, China y Rusia asumen el control conjunto de uno de los recursos

de poder relevantes del siglo XXI: el control de las fuentes de energía estratégica

El presente trabajo pretende una reflexión teórica frente a las circunstancias de transición en las que se encuentra el sistema internacional. Esto es: parte del supuesto de que se debilita el orden unipolar de la post Guerra Fría y se transita hacia una estructura caracterizada por la multipolaridad.

Va de suyo que, al centrar la atención en la etapa de derivación multipolar, se parte de una perspectiva realista de las relaciones internacionales. Dejando aclarado que existen varios enfoques dentro del realismo, tanto como autores, que han abonado una matriz exitosa para explicar la realidad internacional.

Ahora bien, lo novedoso dentro de la matriz teórica realista, es el rol jugado por la integración regional potenciada a partir de los 90 en distintas áreas del planeta que no hizo sucumbir, como se sentenció apresuradamente al inicio de la post Guerra Fría, el sistema westfaliano y por lo tanto al actor principal de las relaciones internacionales: el Estado nacional. Si bien nadie podría dejar de sostener, razonablemente, que los numerosos actores no gubernamentales internacionales tienen incidencia en el sistema internacional, tratando de hacer valer sus intereses, son los Estados nacionales los que siguen jugando en la «mesa de billar» y poniendo sus capacidades en orden a establecer los «polos» de poder en un escenario anárquico.

Pero, como alguna vez el centro de gravedad fueron las ciudades Estado o los Estados nacionales hoy esos Estados se nutren de la energía que les otorgan los procesos de integración sin diluirse en los espacios colectivos. De esta emergencia interesa reconocer los Estados que asumen las fuerzas sinérgicas y se instalan como poderes emergentes regionales para el rebalanceo del orden unilateral a través de una distribución de poder multipolar y los conflictos que se generan como consecuencia que ponen límite a la capacidad explicativa del neorealismo.

1.1. Consideraciones conceptuales:

La lectura de varios artículos académicos, periodísticos y discursos gubernamentales referidos a la unipolaridad y multipolaridad del sistema internacional dan cuenta de la falta de precisión en el uso del término polaridad toda vez que se suele utilizar indistintamente unipolar, unilateral, multipolar y multilateral, asignándoles una sinonimia inexistente en los estudios sobre relaciones internacionales. Resulta entonces necesario iniciar este apartado consignado la distinción entre dos términos diferentes.

La polaridad es un concepto a nivel de sistema que se relaciona con la distribución del poder, real o percibido, en el sistema internacional. El unilateralismo y el multilateralismo son opciones sobre las políticas que los

Estados adoptan dentro de un sistema internacional determinado. En principio, no hay ninguna razón por la cual la primera potencia en un orden unipolar no pueda seguir una política exterior de multilateralismo, a la inversa.

En todo caso, la historia muestra que las potencias más fuertes a menudo son las más inclinadas a la multilateralidad. Teóricos de las relaciones internacionales se han interesado en el concepto de la estabilidad hegemónica en la que el poder del más fuerte se basa en el sistema multilateral de manera que responda tanto a sus propios intereses como a proporcionar un orden como un bien público internacional. En el siglo XIX Gran Bretaña y a finales del siglo XX América son los clásicos hegemones en este sentido. Por el contrario, el persistente unilateralismo de la política francesa durante gran parte del periodo posterior a 1945 sólo puede explicarse en términos de la debilidad relativa de Francia y la determinación de París de mantener su libertad de acción, manteniendo una cierta distancia de la orden multilateral de la posguerra (Van Oudenaren: 2004:63 y 64)

De manera que, unipolaridad y multipolaridad son categorías de análisis diferentes a unilateralidad y multilateralidad: las dos primeras refieren a la distribución del poder en el sistema internacional y las segundas a enfoques políticos de los gobiernos.

Aclarada la *confusión conceptual*, como denomina Van Oudenaren, el estudio se centrará en la polaridad y su tendencia cambiante en los años en curso del siglo XXI.

El Realismo político, en sus diferentes gamas, parte de algunas premisas básicas: el sistema internacional está conformado, fundamentalmente, por Estados nacionales (concepto etnocéntrico) que interactuando en un escenario anárquico (por ausencia de un poder centralizado) pujan por conseguir, mantener o aumentar su poder y sus áreas de influencia. Este es el núcleo central del dilema de la seguridad que, como producto de imperativos de autoayuda, hace que la cooperación entre los actores sea imperdurable. Esta situación de incertidumbre estructural lleva a la construcción de equilibrios de poder para evitar la aparición o mantenimiento en el tiempo de algún hegemón o una estructura unipolar del orden internacional. Entiéndase por orden al patrón de regularidad de interacción social que incluye: seguridad contra la violencia, cumplimiento de los contratos y estabilidad de la propiedad: en el caso del actor estatal: su supervivencia y seguridad, *pacta sunt servanda* y soberanía reconocida (Bull: 1995).

La estructura del sistema internacional surge de manera espontánea y no intencionada. Según Waltz (1979), siguiendo la lógica de la teoría microeconómica, el sistema político internacional nace de la actividad de entidades egoistas que buscan satisfacer sus propios intereses y no crear un orden.

Los sistemas políticos internacionales, al igual que los mercados económicos, se forman por la coacción de las unidades autointeresadas.

Las estructuras internacionales se definen en términos de las unidades políticas primarias de una época, ya sean ciudades Estado, imperios o naciones. Las estructuras emergen de la coexistencia de los Estados. Ningún Estado pretende participar en la formación de una estructura por medio de la cual tanto él como otros se verán limitados. Los sistemas políticos internacionales, al igual que los mercados económicos, son de origen individualista, espontáneamente generado e impremeditado (Waltz: 1979:136).

La interacción de las grandes potencias genera fuerzas que construyen y afectan el comportamiento de sus creadores. La estructura contiene tres principios ordenadores:

1. El principio con arreglo al cual se produce la ordenación de las unidades. El principio ordenador es la anarquía. Este es un rasgo diferenciador en el neorealismo y es un elemento inmanente del sistema internacional. La anarquía no implica desorden sino explica cómo interactúan las unidades.

2. La diferenciación de las mismas y la especificación de sus funciones. En el escenario internacional no existe diferenciación funcional entre las unidades puesto que la anarquía impone relaciones de coordinación entre ellas y, consecuentemente, la igualdad funcional de las mismas. En la medida en que la anarquía perdure, los Estados continuarán siendo unidades semejantes.

3. La distribución de recursos o capacidades entre ellas. La distribución de capacidades, en un sistema anárquico y debido a la ausencia de diferenciación funcional, lo que distingue esencialmente a las partes son sus capacidades para llevar a cabo tareas similares. Éstas son características de las unidades, pero la distribución de capacidades o recursos de poder resultante, constituye una característica sistémica.

De manera análoga a los sectores oligopolísticos de la economía, la política internacional no es una realidad puramente competitiva ya que sólo las grandes potencias, aquellos actores que concentran más recursos, «componen el escenario en el que los demás deben actuar».

La distribución de capacidades es la parte variable de la definición de estructura. Señala el número de grandes potencias presentes en el sistema por lo que puede ser caracterizado por el número de polos o grandes potencias presentes en distintos momentos de la historia. Según Waltz (1979), a lo largo de la historia moderna, hasta la Segunda Guerra Mundial, hubo siempre cinco o más grandes potencias.

Con el comienzo de la Guerra Fría sólo quedaron dos: los Estados Unidos y la Unión Soviética. Las unidades que actuaron en estos dos grandes períodos se encontraron con problemas diferentes. Por ejemplo, con el inicio de la Guerra Fría, actores que anteriormente habían sido grandes potencias como Gran Bretaña o Francia, declinaron y llegaron a su *status*

de potencias medias. Sus capacidades, en términos relativos, se vieron reducidas drásticamente en términos relativos y este hecho afectó a su comportamiento internacional. Tuvieron que adaptarse a un mundo diferente. Las acciones políticas «apropiadas», y también las inapropiadas, eran distintas a las de la época anterior. Pero, el cambio fundamental estuvo en dejar de ser proveedores de su seguridad para convertirse en consumidores de seguridad suministrada por otros (Waltz: 2006).

Este es el origen de ciertos comportamientos estatales que, *a priori*, pudieran parecer ajenos a la lógica de la lucha por el poder y la seguridad. Las grandes potencias de antaño pudieron comportarse de manera distinta simplemente porque ya no lo eran. Francia no tuvo que preocuparse por la aparición de una nueva guerra con Alemania, o con Gran Bretaña. Estados Unidos y la Unión Soviética se preocupaban por esas cuestiones. Por otra parte, las antiguas potencias europeas tampoco estaban en condiciones de garantizar su propia seguridad frente a la URSS. La distribución de recursos hizo que delegaran esa función en una gran potencia externa. EE.UU. asumió esa responsabilidad. De hecho, nadie hubiera pensado en 1930 que EE.UU. tomaría la responsabilidad de ser el paraguas de seguridad de gran parte del mundo. Pero cuando la estructura de la política internacional cambió dramáticamente, Estados Unidos se acomodó a esa nueva condición.

Las continuidades en el sistema internacional responderán a un mismo modelo mientras no haya un cambio estructural. Una transformación en la estructura supondrá una alteración de las expectativas acerca de los resultados generados por las acciones e interacciones de unidades políticas, cuya ubicación en el sistema ha variado con el cambio estructural (Waltz: 1988).

1.2 *El equilibrio de poder y sus fuerzas generadoras*

Vinculado con esta perspectiva resulta pertinente incorporar el concepto de equilibrio de poder, como característica compartida tanto por el nivel sistémico como por el nivel estatal, es propio del ambiente de anarquía en el que se desenvuelve la política internacional. El rasgo más importante de ésta es la aparición recurrente de equilibrios de poder entre las unidades del sistema internacional. Su composición, dos o más, dependerá del momento histórico.

Los recursos de poder estarán distribuidos de una manera más o menos uniforme entre las unidades puesto que equilibrio de poder supone ausencia de una posición dominante de una unidad en el sistema ya que ellas persiguen su propia sobrevivencia, como mínimo, y la dominación mundial como máximo.

La política de equilibrio de poder prevalece siempre que se cumplan dos, y sólo dos, requerimientos: que el orden sea anárquico, y que esté poblado de unidades que desean sobrevivir (Waltz: 1979:178).

El equilibrio de poder se genera de forma espontánea independientemente si los Estados tratan conscientemente de propiciarlo o alguno de ellos pretende la dominación universal. Es un fenómeno dinámico que presenta una doble dimensión en tanto a) es el resultado de las acciones de las unidades condicionadas por factores estructurales y b) causa efectos sobre la propia estructura. Esta dinámica, sintéticamente, se nutre de: 1) los imperativos estructurales que presionan sobre los Estados, 2) tales Estados toman decisiones en el nivel estatal sobre la forma de garantizar su seguridad en respuesta a dichos imperativos y 3) si la decisión tomada en el nivel de las unidades produce una variación en la polaridad, entonces tal cambio provocará un impacto estructural (Layne citado por Moure:2009).

Es decir, cualquier modificación en el número de grandes potencias implicaría también un cambio de la estructura del sistema y, consecuentemente, una alteración de las expectativas acerca de los resultados generados por interacciones de unidades políticas, cuya ubicación en la distribución de poder ha variado en virtud de dicho cambio.

Expresado de otra manera, la estructura del sistema internacional se transforma a través de las variaciones en la distribución de capacidades de sus unidades constituyentes. Y, a su vez, las transformaciones estructurales alteran las expectativas acerca de cómo dichas unidades se comportarán y acerca de qué resultados producirán sus interacciones (Moure:2009).

En este marco, el orden internacional siempre es precario, sometido a la constante amenaza del uso arbitrario de la fuerza en el ambiente anárquico. Hasta aquí el núcleo duro conceptual del realismo.

Desde el punto de vista histórico, el advenimiento de la post Guerra Fría trajo consigo nuevos componentes a la hora de construcción del nuevo orden internacional que permitió avizorar las posibilidades de construcción de un orden mundial más armónico y cooperativo que el que se había dejado atrás. Incluso, dio impulso a no pocos analistas a atender a los signos que señalaban el amanecer de un mundo centrado en la paz onusiana y en la desaparición de los Estados nacionales: era *post westfaliana*. Pero la primera guerra del Golfo y la guerra de la ex Yugoslavia abortaron esas esperanzas.

No obstante, el realismo también debió y debe tomar nota de los nuevos desafíos que aparecieron para revisar su andamiaje teórico clásico. El mundo post Guerra Fría emergía sobre la base de un desdoblamiento del poder tradicional. Si bien EE.UU., como potencia supérstite mantuvo su poderío militar y lo aumentó en la «era de la información» hasta límites antes desconocidos, la dimensión económica se había fragmentado en tres grandes centros de poder: EE.UU., UE y Asia, por ese entonces con su cabeza visible en Japón. Como resultado de la fuerte tendencia hacia la integración regional nuevos actores polares aparecieron en el panorama internacional.

Para complicar más la cuestión, la activa participación de otros actores económicos, sociales, institucionales y delictivos hacían su trabajo de presión sobre los Estados nacionales. Ese orden internacional se convirtió en más complejo y más inestable, cosa que hizo añorar a los nostálgicos los buenos tiempos de la bipolaridad.

Nunca antes se había presenciado el dominio del sistema por parte de una gran potencia hasta los límites alcanzados por EE.UU. en la actualidad. Una de las particularidades de esta nueva configuración estructural es la globalización que simplemente es un producto de la americanización del mundo puesto que la globalización está hecha en América (Waltz: 2003) pero la dinámica central del sistema que es la recurrencia de los equilibrios de poder, permanece invariable ya que de igual manera que sucediera en los anteriores órdenes internacionales, por caso 1648, 1815 y 1947, la lucha por el poder entre los Estados sigue siendo una constante. Ningún Estado con un poder muy superior al resto se ha comportado con moderación y benevolencia más allá de un corto periodo, por lo tanto la unipolaridad tiene un carácter eminentemente transitorio y las fuerzas estructurales impulsarian al sistema hacia la multipolaridad en un periodo razonablemente breve (Moure:2009).

En este marco, la unipolaridad es la configuración estructural menos duradera ya que ante la presencia de una potencia predominante, se desatan fuertes presiones estructurales para contrarrestar un estado de cosas que se considera perjudicial para la supervivencia del sistema (Layne: 1998). El mecanismo que debería impulsar el restablecimiento del equilibrio provendría del desarrollo de los recursos internos de poder por parte de los Estados mejor situados con el objeto de recortar las diferencias que los separan de los Estados Unidos.

EE.UU., para Waltz, está ignorando el carácter provisional de la estructura actual, implementando una estrategia de predominio que busca preservar el *statu quo* de la post Guerra Fría evitando la incertidumbre estratégica y, por tanto, la inestabilidad que para el sistema podría suponer la emergencia de nuevas grandes potencias.

Este predominio militar en el sistema necesariamente vendría acompañado de la progresiva radicalización de su conducta externa por el empleo de medidas preventivas para evitar el ascenso de nuevas grandes potencias. Por caso; las políticas intervencionistas de EE.UU. en Afganistán y la arbitrariedad en Irak de 2003 «en razón de que no existía ningún indicio razonable para iniciar una guerra preventiva» (Waltz 2000).

Es posible que la unipolaridad pueda prolongarse por algún tiempo, los Estados mejor situados en la distribución de poder actual llegarán a percibir que pueden obtener mejores beneficios a través de una política independiente en lugar de continuar ajustando su comportamiento a las normas establecidas por EE.UU.

Las políticas caprichosas y arbitrarias, presentes y futuras, estado-

unidenses incrementarán la desconfianza y contribuirán a acelerar este proceso (Waltz: 2001). De acuerdo a la distribución de poder actual, cuatro posibles candidatos a restablecer el equilibrio: Japón, Alemania o la Unión Europea, China y Rusia (Waltz: 2000).

1.3 Nuevos aportes para la actualización del realismo: las tres imágenes

Desde el punto de vista teórico, algunos autores explican el fenómeno de la post Guerra Fría a través del surgimiento de las tres imágenes: geoeconómica, multipolar y unipolar. (Mastanduno 1999).

En la imagen geoeconómica la competencia militar se traslada fundamentalmente a la competencia económica entre las potencias industrializadas avanzadas, aunque los Estados nacionales conservan su primacía en el orden internacional en la competencia por los mercados, las materias primas y el dominio de las nuevas tecnologías. Es en este punto donde se produce la globalización con sus efectos fragmentadores y de integración regional en dispares niveles según las áreas y los Estados. Pero éstos son los que toman, en última instancia, las decisiones políticas y el poder económico sostiene el aparato económico multilateral.

Las grandes potencias regionales tenderán a cooperar en términos de ganancias relativas para lograr políticas económicas exteriores más competitivas. Se producirá así una regionalización de la economía mundial en torno a tres polos donde se concentra la mayor parte de los flujos comerciales y de capital mundial: bloque liderado por EE.UU. con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), bloque liderado por la UE, con su centro impulsor en Alemania unificada y proyectada hacia el Este y el bloque asiático girando en torno a Japón, y actualmente en China.

Lo dicho generó un interrogante inquietante en el análisis: ¿el orden de la regionalización no supuso, desde el inicio, una fuerza de freno al proceso globalizador, transnacionalizador de factores y altamente unificador? ¿No generó una evolución dispar de países y regiones, a distinta velocidad, que produjo la ampliación de la brecha económica y tecnológica a escala mundial? Lo que ocurrió en la post Guerra Fría fue la concentración del poder económico en torno a los tres polos de países y regiones avanzadas permitiéndoles a los actores conservar su fuerte capacidad de maniobra en la gestión de los asuntos políticos y económicos planetarios aunque en el marco de la pujza con las empresas y las finanzas transnacionales.

Esto hizo que las posibilidades de «guerras económicas» entre los actores preponderantes se mitigaran a través de la resolución de conflictos (Nueva Agenda Transatlántica) y la promoción de la cooperación económica a pesar de los conflictos dirimidos ante la OMC. El sistema multipolar admite flexibilidad de alianzas entre las grandes potencias para frenar el ascenso de cualquiera de los competidores.

La multipolaridad, para los realistas, es una situación normal dentro del orden internacional, en cambio la bipolaridad resultaba una anomalía. Esta multipolaridad es resultado natural de la existencia de cinco o seis potencias y múltiples Estados pequeños y su resultado es el equilibrio de poder consecuencia de los intereses nacionales en competencia, pero cuya vigencia asegura estabilidad (Kissinger: 1990).

Desde la perspectiva de Waltz (1979) la unipolaridad estadounidense es una anomalía y es transitoria puesto que la lógica del equilibrio de poder advierte la emergencia de competidores que esmerilarán la unipolaridad derivando en un orden internacional multipolar por el reparto de poder. Como neorrealista, el poder y la competencia no remiten a la dimensión económica sino militar y de seguridad con EE.UU. a la cabeza y no en función de mercados regionales o globalizados.

La subsistencia de la unipolaridad, para Waltz, se debe al sólido paraguas de seguridad de EE.UU. sobre sus socios europeos y asiáticos aunque, como se verá más adelante, esta situación deviene en ruptura sobre todo en el marco de conflictos regionales euroasiáticos y la irresolución de la situación bélica en Irak y Afganistán y la lucha contra el terrorismo global.

La imagen unipolar refiere a la etapa emergente desde la caída del muro de Berlín hasta lo que va del siglo XXI. Es una estructura de poder donde las capacidades de la superpotencia supérstite de la Guerra Fría no pueden ser contrarrestadas por las potencias emergentes. El poder unilateral de EE.UU. se basa en la fuerza militar y en el poder económico lo que le permite alterar las reglas generando inestabilidad en el sistema por pérdida del equilibrio de poder.

La hegemonía estadounidense en materia geopolítica, tecnológica, económica y militar se estableció de manera transitoria, debido a la complejidad del reacomodamiento a un nuevo orden post implosión soviética y a la emergencia de múltiples actores y los procesos de regionalización, evitando la aparición de un competidor real en el marco de una reducción de la incertidumbre. Esta situación creó un consenso legitimador donde los juegos de poder se dan a nivel regional, con potencias cuyo poder no podría llegar tan lejos como EE.UU. debido, precisamente, a la capacidad tecnológico-militar sin par en la historia y que pone su inteligencia y tecnología al servicio de la capacidad militar.

Esta postura ve a la unipolaridad estadounidense como traducción de una hegemonía benigna, más compatible con la concepción de liderazgo, más vigencia de la multilateralidad, una suerte de República Imperial aroniana.

En orden a lo anterior, un matiz dentro del realismo lo aporta Huntington, al señalar que el momento unipolar en realidad es una combinación de multipolaridad y unipolaridad que se irá debilitando por la retirada de EE.UU. de Europa como consecuencia de los costos que genera el paraguas

de seguridad frente a los demandantes europeos y asiáticos, dejando el control geoestratégico en manos de los hegemones regionales. En esta concepción, la retirada de *American Pacifier*, dará lugar a que los hegemones regionales establezcan sus áreas de influencia y EE.UU. solo intervendrá para mantener una situación de equilibrio.

Según Huntington, la lucha por el poder se da en términos culturales o civilizatorios apartándose de la dura concepción Estado céntrica, pero conserva su lógica. En la lucha por el poder civilizatorio no hay un orden unipolar sino un híbrido *uni-multi-polar*, en tanto EE.UU. no puede ya actuar solo en todos los campos de la política internacional, por su complicada agenda, y debe tratar de hacerlo junto al resto de las potencias regionales: Rusia, China, Francia y Alemania, India, Irán, Brasil, Pakistán y otras. En un orden *uni-multi-polar* las grandes potencias requieren de la cooperación para resolver aquellos problemas globales y deben renunciar al unilateralismo.

Como gran parte del resto de los países tienen una percepción negativa respecto del hegemón, no tiene lugar una hegemonía benigna, la unipolaridad tiende a desvanecerse y lo hará cuando el resto de las potencias se coaliguen en su contra. Pero, en sentido contrario de lo que ha sido históricamente el equilibrio de poder para los neorrealistas, un nuevo equilibrio de poder en un escenario de integración regional sería menos conflictivo y más estable. Las potencias regionales, en el orden multipolar, se ocuparían de mantener el orden en sus áreas de influencia regionales.

Finalmente, Nye, aporta otros elementos importantes a la discusión de la unipolaridad estadounidense, en gran parte coincidiendo con Brzezinski. Existen dos formas de aplicar el poder: *hard power* y *soft power*. La unilateralidad americana es una suerte de *Pax Americana* que puede ejercer ambos tipos de poder. Debido a la naturaleza cambiante del poder norteamericano, el uso del *soft power* es uno de los instrumentos imprescindibles para ejercer y mantener la unipolaridad.

Es cierto que, desde Roma, ninguna nación ha dominado tanto sobre los demás como Estados Unidos a comienzos del siglo XXI. A primera vista, la disparidad entre el poder estadounidense y el del resto del mundo parece abrumadora. En lo que al poder militar se refiere, Estados Unidos es el único país con armas nucleares y fuerzas convencionales de alcance mundial... En cuanto al tamaño económico, la cuota del 27% de la producción mundial que posee Estados Unidos es igual a la suma de los siguientes tres países (Japón, Alemania y Francia). En cuanto a la preponderancia cultural, Estados Unidos es, con diferencia, el primer exportador de cine y televisión del mundo. También atrae cada año a la mayoría de los estudiantes extranjeros a sus instituciones de enseñanza superior (Nye: 2003:1).

De la descripción anterior interesa rescatar el aspecto cultural que le permite incorporar nuevos factores al análisis del poder. Esta observación rompe con la matriz realista clásica e incorpora el tablero tridimensional intentando describir la complejidad del orden actual. Así, Nye sostiene que:

... el poder se distribuye entre los países con una pauta semejante a una compleja partida de ajedrez tridimensional. En el tablero superior, el poder militar es generalmente unipolar. Como hemos visto, Estados Unidos es el único país..., y una potencia global. Pero en el tablero del centro, el poder económico es multipolar.... Estados Unidos no es el país hegémónico y a menudo debe negociar como homólogo de Europa. Esto ha llevado a algunos observadores a denominarlo un mundo híbrido unimultipolar. Pero la situación es incluso más complicada y difícil de captar en la terminología tradicional del equilibrio de poderes. El tablero inferior es el reino de las relaciones transnacionales, que rebasan las fronteras, quedando fuera del control gubernamental.... En este tablero inferior el poder está muy disperso y en él no tiene sentido hablar de unipolaridad, multipolaridad o hegemonía (Nye, 2003a: 66 y 67).

En suma, el tablero superior coloca el factor militar unipolar, en el tablero intermedio coloca el factor económico multipolar y en el denominado tablero blando de aquellas relaciones internacionales vinculadas a la porosidad de las fronteras nacionales centradas en el desarrollo de las tecnologías de la información y comunicaciones. Bajo este esquema tridimensional no se podría hablar de la existencia de un orden uni o multipolar en este periodo post Guerra Fría sino de un orden uni/multipolar.

Tras la caída de la Unión Soviética, algunos analistas describieron el mundo resultante como unipolar, otros, como multipolar. Ambos están equivocados, porque cada uno hace referencia a una dimensión distinta del poder, que ya no se puede considerar homogeneizado por el dominio militar. La unipolaridad es engañosa, porque exagera el grado en que Estados Unidos puede conseguir los resultados que desea en algunas dimensiones de la política mundial, pero la multipolaridad es engañosa porque da a entender que existen varios países aproximadamente iguales... En cambio, en una era de información mundial, el poder está distribuido entre países siguiendo un patrón que recuerda un complejo juego de ajedrez tridimensional (Nye: 2003:1).

Pero, lo que en realidad se podría advertir es que Nye, en el fondo de su argumento, sigue pensando el poder desde el punto de vista clásico para definir la polaridad. En realidad, el poder como capacidad de hacer que otros hagan lo que se quiere que se haga, se ha vuelto complejo e incorpora recursos tridimensionales, suma el *hard power* y el *soft power* para, en definitiva, hacerlo valer en el escenario anárquico no ya a nivel sólo del Estado nacional sino de las energías tributarias de las regiones. Si se entiende de esta manera el neorrealismo sigue teniendo vigencia por su capacidad explicativa y, más provechosa aún, porque permite actualizar los fundamentos del poder y sus formas de distribución en el siglo XXI.

Siguiendo a Fonseca (2008), el período de la post Guerra Fría es de una situación peculiar donde prevalece una única superpotencia cuya influencia se ve matizada por diversos factores: a) la existencia de instituciones multilaterales en las que ejerce una fuerte influencia pero no puede imponer

totalmente su voluntad. El caso paradigmático fue la invasión de Irak, allí se demostró que la tentación de actuar unilateralmente tiene un costo en cuanto a la legitimidad y, frecuentemente, en cuanto la eficacia. b) las ventajas estratégicas nos son absolutas y esto se observa en la incapacidad estadounidense de hacer valer sus intereses en Irak. c) el poder militar, en el que Estados Unidos tiene un dominio evidente no se replica en el plano económico donde muestra sus «debilidades» como déficit comercial, la devaluación del dólar frente al euro y otras monedas, etc.

Desde una perspectiva estratégica, la posición de Estados Unidos es confortable en el corto plazo, ya que no se prevé que las demás potencias se unan «contra» el poder estadounidense como tal, aun cuando se formen coaliciones ad hoc para bloquear o «matizar» posiciones específicas (como la alianza Francia-Rusia-Alemania para resistir la legitimación de la Guerra de Irak, o la manera como Rusia y China «califican» la diplomacia estadounidense en cuestiones como la proliferación nuclear en Irán y en Corea del Norte, y, de forma regular, en las negociaciones comerciales, donde la falencia del ALCA es un ejemplo en este sentido).

... las proyecciones sobre el futuro casi siempre parten de la idea de que la tendencia del sistema, a mediano o largo plazo, es pasar de ser unipolar a multipolar. La profundización de los matices, combinada con la propia dinámica de crecimiento de algunos países y la resistencia natural de los soberanos a las hegemonías unilaterales, indicaría que el sistema «debe» transformarse. La hipótesis de un nuevo modelo bipolar, que oponga a Estados Unidos y China, parecería descartada en la medida en que sería más plausible pensar en un ascenso simultáneo de varios países para conformar el nuevo sistema. China, India, Brasil, Sudáfrica, Rusia y la Unión Europea, esta última con una política exterior más (Fonseca: 2008:3).

Ahora bien, su permanencia está sujeta, sostiene Nye, a la forma en que EEUU responda a los restos revisionistas de las Coreas, Rusia o China, agregamos Irán y la lucha contra el terrorismo, y además cómo se incorpora a las instituciones internacionales. Según el autor esta uni-multi-polaridad resultaría menos conflictiva pero insuficiente para prevenir conflictos con el resto de las potencias regionales.

2. Consideraciones sobre la unipolaridad estadounidense y la singularidad de la multipolaridad naciente

Como advierte Van Oudenaren (2004) entre los autores reconocidos en estudios internacionales hay parciales coincidencias sobre el orden unipolar. Charles Krauthammer y Robert Kagan se podrían ubicar como unipolar unilateralistas. Ellos ven la distribución del poder en el sistema internacional como esencialmente unipolar y sostienen que EE.UU. adopta políticas unilaterales como el medio de protección de sus intereses y para actuar en bien de la humanidad. Krauthammer ha identificado el «momento unipolar» en su artículo de 1990 y elogió la administración Bush por «la

adopción de políticas donde se reconocía la unipolaridad y el unilateralismo necesario mantenerla».

Kagan también ve a EE.UU. como poseedor de cualidades singulares que hacen que el mundo sea unipolar y como tal utiliza una opción unilateral, mientras que los Estados débiles buscan refugio en la diplomacia multilateral. Por otra parte, ve pocas posibilidades de que Europa, al haber dejado atrofiar las capacidades militares se puso bajo la protección de EE.UU. y hoy desarrolla las capacidades necesarias para funcionar como un polo de credibilidad en un mundo que pretende tender hacia la multipolaridad.

En el mismo sentido, John Ikenberry y Joseph Nye, a pesar de introducir el concepto de uni/ multipolaridad en su esquema tridimensional ya referido, perciben el sistema internacional como esencialmente unipolar. Sin embargo, difieren sobre el efecto de las políticas unilaterales que en lugar de apoyar socavan los intereses americanos. Ikenberry sostiene, haciendo una revisión histórica, que los poderes dominantes, Inglaterra después de 1815 y EE.UU. después de 1945, crearon instituciones que limitaban su propio poder reduciendo también los incentivos y oportunidades de los rivales potenciales para desafiar la posición dominante.

Estos autores, en realidad, actualizan la teoría de la estabilidad hegemónica con el argumento de que a través de retención y el uso juicioso de las instituciones internacionales EE.UU. puede perpetuar su condición especial en el sistema internacional, impidiendo la formación de coaliciones hostiles o el surgimiento de una nueva potencia hegemónica. En este sentido puede complementarse con la posición de Nye que el poder dominante tiene, si es inteligente, que dar forma a un orden internacional de manera que pueda prevenir el surgimiento de poderes que compiten en el sistema, aunque difiere respecto a la unipolaridad en tanto considera que EEUU sólo es unipolar en el nivel militar. De todas maneras sostiene:

El sistema internacional es inherentemente multipolar. Cualquier desequilibrio unipolar sólo puede ser momentáneo, como centros de poder que compiten inevitablemente para tratar de contrarrestar el poder dominante. A raíz de la desintegración de la URSS y del devenir de la post Guerra Fría, una serie de Estados post coloniales y/o continentales emergen en el escenario creando un orden internacional complejo: China, India, Rusia que ponen en cuestión la unipolaridad estadounidense y tornan el orden internacional inestable en la búsqueda de lograr un lugar considerado legítimo en la estructura de poder mundial (Van Oudenaren: 2004).

El escenario internacional actual muestra la existencia de varias potencias que interactúan a nivel regional: China, India, Japón, Rusia y Brasil que se agregan al juego participando activamente en la reconfiguración mundial en la búsqueda de hacer efectiva la multipolaridad. Estas potencias juntas a EE.UU. y la UE representan el 75% del PIB mundial.

En este escenario, los realistas se encuentran como en su casa más moderna, que es la Europa de los dos últimos siglos, cuando el concepto del

equilibrio del poder dominó las diplomacias europeas. En el tablero asiático de principios del siglo XXI existen tres tipos de actores. En primer lugar, las cinco grandes potencias: Estados Unidos, China, Japón, Rusia e India. Después, las potencias medianas, que no pueden imponerse pero sí inclinar la balanza, como Pakistán (en buenas relaciones con Pekín y Washington, pero rival de Nueva Delhi), Irán, Indonesia, Corea del Sur y Vietnam. Y, finalmente, los peones, como Laos, Camboya y Singapur.

Estados Unidos es el primer actor en Asia, con alianzas (Japón y Corea del Sur) decisivas. Pero ya sufre una fuerte competencia. La influencia de China no para de crecer, desde Corea del Norte hasta Pakistán e Irán. Japón se refugia bajo el paraguas estadounidense. Rusia mueve muchos hilos, como demuestra en Irán. Y la quinta potencia, India, es cortejada por el resto (Batalla: 2006: 4).

Pero la novedad de esta nueva multipolaridad es que difiere de la multipolaridad clásica en tanto los polos no son sólo Estados nacionales sino que mucho de ese poder se basa en una acumulación de recursos provenientes de las estrategias de integración regional que, a la vez, otorga una nueva fisonomía al sistema aunque básicamente la estructura, al decir de Waltz, sigue siendo el factor estructurante del sistema producto de la vigencia del ambiente anárquico en el cual interactúan los actores.

Esta novedad, que no invalida sino actualiza la teoría del neorealismo, permite hablar del componente regional en la emergencia del sistema multipolar toda vez que las potencias regionales van jugando un rol importante de mediación en el sistema internacional debido a su posicionamiento estructural entre los países centrales y los países periféricos, y como consecuencia de su situación geográfica, de pertenencia a una determinada región del mundo.

Rocha Valencia y Morales Ruvalcaba (2008) sostienen que estas potencias se destacan por el desarrollo intermedio tanto de sus capacidades materiales como las inmateriales, sus proyecciones geopolíticas a nivel regional, su rol de liderazgo en las mismas y la función mediadora frente a las potencias mundiales.

En el escenario actual se verificarían tres grupos de Estados nacionales interactuando en el sistema internacional actual:

1. *Potencias mundiales*: conformada por aquellos Estados centrales y desarrollados que tienen un posicionamiento estructural principal en el sistema. Su nivel de desarrollo se verifica tanto en sus economías cuanto en sus capacidades duras y blandas, *hard power* y *soft power* al decir de Nye. Detentan indicadores de posicionamiento estructural elevados. Este grupo de Estados sobresale de todo el grupo de Estados centrales porque tiene proyecciones geopolíticas, geoeconómicas y geoestratégicas de carácter global. Pertenecen al G8 y algunos son miembros permanentes del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: Estados Unidos, Japón, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Canadá e Italia.

2. *Potencias medias-coadyuvadoras*: también son Estados centrales y desarrollados, con elevadas capacidades blandas pero, a diferencia de las potencias mundiales, sus capacidades duras son más limitadas por lo que se ubican por debajo de las potencias mundiales, pero por encima de las potencias regionales. Al no ser potencias mundiales, no están en el G8 ni en el Consejo de Seguridad, pero sí son miembros de la OCDE. Si bien estas potencias difícilmente pueden ampliar sus capacidades duras, coadyuvan con las potencias mundiales para mantener el orden internacional prevaleciente y conservar su estatus en el sistema. En esta categoría se encuentran: Noruega, Australia, Suecia, España, Holanda, Bélgica, Corea del Sur e Israel.

3. *Potencias regionales-mediadoras*: compuesta por el grupo de Estados semiperiféricos y de desarrollo medio que cuentan con limitadas capacidades blandas y se destacan de sus pares por una dotación mayor de capacidades duras lo que les permite desarrollar proyecciones geopolíticas, geoeconómicas y geoestratégicas regionales. De esta manera pueden ejercer roles de mediación entre las potencias mundiales y los estados periféricos. Por una dinámica de «movilidad ascendente», estas potencias esperan convertirse en estados desarrollados y centrales y en potencias medias coadyuvadoras. Entre ellas se encuentran: China, Rusia, Brasil, India denominadas como grupo BRIC que ha demostrado liderazgo en el marco de los países integrantes del G 20. Dos países de estos están planteando disputas fuertes a la hegemonía estadounidense: China y Rusia.

... *potencias regionales-mediadoras se han predisposto para una carrera de largo plazo en el Sistema Interestatal Internacional de post-Guerra Fría. Pero también en la globalización y en la regionalización. En el proceso de globalización ellas conforman la vanguardia de los Estados semiperiféricos y periféricos, en el proceso de negociaciones de la OMC, entre estos Estados y los Estados centrales. China, India, Brasil, Rusia, México y Sudáfrica se encuentran a la cabeza de procesos de integración regional: Brasil en Sudamérica, México en Mesoamérica, India en Asia del sur, Sudáfrica en África del sur, China en el sureste asiático, Rusia en Asia Central, Polonia en Europa oriental, etc. Sin lugar a dudas, las potencias regionales-mediadoras darán mucho de que hablar en los años venideros del siglo XXI* (Rocha Valencia y Morales Ruvalcaba: 2008: 48).

2.1. Los recursos de poder de los polos emergentes

En un mundo donde las naciones industrializadas avanzadas son insaciables consumidores los recursos energéticos estratégicos y las regiones proveedoras de los mismos descubrieron que su fuerza integrativa puede ser la carta de porte para la construcción de nuevos polos de poder global, la transición del poder está en marcha y su nueva arquitectura está a la vista.

El control sobre los recursos energéticos se ha convertido en una de las preocupaciones mayores de los países avanzados. Su control es uno

de los recursos de poder que incrementa la influencia regional y global de quien posee o puede contar con ella a través de la integración regional.

Uno de los casos paradigmáticos de este movimiento hacia la multipolaridad lo constituyen la vinculación ruso-china a partir del control del petróleo y gas de su áreas de influencia que, a través de acuerdos, va constituyendo un entramado de importantes productores a nivel mundial, entramado que no sólo asocia fuerzas a nivel energético y económico sino también a nivel militar.

La reunión de la experiencia técnica y de abundantes recursos estratégicos rusos con la capacidad financiera y demográfica china permiten una conjunción de fuerzas extraordinarias en orden a extender su influencia hacia los países del Asia exportadores de petróleo, gas y minerales que, a su vez, se asientan sobre regiones de conflicto como Afganistán, Irak y Medio Oriente. Lo cual indica el grado de importancia para la dimensión geoestratégica global. Este es un punto relevante dentro de las preocupaciones de los líderes respecto a la gestión que ambas potencias regionales pudieren profundizar conflictos como los de Irán en el aspecto nuclear. Vale recordar la siguiente reflexión:

Los norteamericanos consideran que la estrategia de los europeos consiste en decirle a los iraníes: les advertimos que paren; si continúan, se les advierte otra vez. Los iraníes están acostumbrados a este juego. Una intervención no es posible, y los iraníes parecen determinados a obtener capacidad nuclear. Tuve ocasión de asistir a una reunión con Putin, y su mensaje era claro: hay un largo camino que recorrer antes de que Rusia apoye las sanciones contra Irán. Los chinos están en una posición semejante, dependen del petróleo iraní. En estas circunstancias, hay que estar preparados para que los iraníes logren sus propósitos.

Todo el mundo debería estar preocupado con que Irán llegue a tener armas nucleares. No por la naturaleza del régimen, sino por el hecho de que eso puede desencadenar una proliferación sin precedentes. Los países que disponen del arma nuclear están atrapados en una contradicción. ¿Con qué autoridad pueden decir a otros que no la tengan? (Entrevista de Rida a Anthony Giddens: 2006).

Esquemáticamente se puede sostener que los poderes emergen en marcos geopolíticos de conflictos habida cuenta de al menos tres escenarios.

- El rápido crecimiento económico asiático impulsa no sólo la producción económica y el comercio internacional sino las capacidades militares de la región. Esto la coloca en una posición preeminente dentro del juego de las potencias emergentes. China e India aparecen como las potencias polares en la región y como jugadores emergentes en el tablero mundial. Lo que no parece tan claro es que, en el juego de poderes regionales, estos ascensos no estén libres de conflictos intraregionales con otros actores como Japón, Corea del Sur u otros en búsqueda también de un equilibrio de poder asiático.

- En el escenario Euroasiático el despliegue de la diplomacia y la fuerza militar rusa en defensa de sus áreas de influencia, recordar la corta guerra de Georgia en 2007, no es un dato menor frente a las vulnerabilidades de una UE dependiente en términos energéticos y portadora de una crisis económica relevante.

- Otro espacio geopolítico en juego es Sudamérica, con una potencia emergente: Brasil, también pujando por hacer valer su capacidad en los foros internacionales. Pero un espacio donde juegan intereses extrarregionales de envergadura en términos comerciales y de recursos naturales.

Todos estos escenarios plantean un cambio de orden con fuerzas contrapuestas claramente visualizables. Muchas de dichas fuerzas son portadoras de un futuro no carente de conflictos que operan como espadas de Damocles entre los vientos de cambio del siglo en marcha.

3. En búsqueda de paradigmas explicativos complementarios

En el esfuerzo analítico para entender esta etapa de la política internacional, el neorrealismo no tiene una fuerza explicativa respecto a los aspectos dinámicos de los cambios generados a partir de la emergencia de los nuevos poderes. Parece conducente atender, entonces, a otras corrientes mejor pertrechadas para semejante desafío.

Las Teorías de Transición del Poder y del Ciclo de Poder pueden aportar instrumentos teóricos para avanzar en función de las necesidades de constituir un nuevo paradigma en política internacional con capacidad explicativa. Estas denominadas «Teorías Verticales de las Relaciones Internacionales» pueden dar cuenta de los conflictos que el cambio de orden genera, como consecuencia de las pujas de poder a nivel mundial y de su incidencia en los espacios regionales. Lo dicho, porque ellas enfocan en el ascenso de poderes y su dinámica antes que se alcance el nivel de equilibrio, tan caro para el neorrealismo.

Cómo vincular estas dos teorías con la del neorrealismo está en el núcleo de un nuevo paradigma imperativo para los estudios de las relaciones internacionales del siglo XXI.

Conclusión:

Revisando los distintos aportes a la teoría neorrealista se verifica que:

a) La política internacional en el primer decenio del siglo XXI puede ser explicada desde el realismo a partir de algunas constantes que se verifican en la arena internacional: la lucha por el poder entre Estados expectables del sistema internacional. Esta lucha por el poder refiere a una combinación de *hard power* y *soft power* se da de manera diferenciada en las tres dimensiones: estratégico-militar, económico y cultural.

b) En realidad el poder como capacidad de hacer que otros hagan lo que se quiere que se haga, se ha vuelto complejo e incorpora recursos tridimensionales, suma el *hard power* y el *soft power* para, en definitiva, hacerlo valer en el escenario anárquico no ya a nivel sólo del Estado nacional sino de las energías tributarias de las regiones. Si se entiende de esta manera el neorrealismo sigue teniendo vigencia por su capacidad explicativa y, más provechosa aún, porque permite actualizar los fundamentos del poder y sus formas de distribución en el Siglo XXI pero debe incorporar, para mantener su capacidad explicativa y predictiva, nuevas categorías analíticas referidas a poder y capacidad de las unidades.

c) De acuerdo con el principio neorrealista la anarquía del sistema internacional no admite por mucho tiempo la existencia de la anomalía unipolar. El equilibrio de poder actúa para atacar la hegemonía existente por la concentración de poder. Sólo es necesario esperar que los recursos de poder de algunos Estados se conformen y coaliguen nuevos poderes emergentes para derivas en una estructura multipolar. Aquí se introduce un factor para revisar la teoría neorrealista, la integración regional y la sinergia de energías que permite la acumulación de poder característico de la nueva era de las relaciones internacionales: la regionalización como factor de desarrollo de los estados nacionales que, paradójicamente, acompañan el proceso de globalización y transnacionalización que amenazaban la existencia de los estados nacionales.

d) La emergencia de potencias regionales que generan influencia en sus periferias y ejercen control sobre recursos estratégicos van esmerilando la unipolaridad y auspiciando un orden mundial multipolar cuyas fuerzas están actuando a partir de la demostración de que la potencia hegemónica no puede lidiar con los problemas cada vez más complejos de escenario internacional del siglo XXI.

Recomendaciones:

Frente a lo expuesto surgen interrogantes al enfoque teórico del neorrealismo: cómo comprender y explicar los cambios en el orden internacional, las tensiones y conflictos que lleva consigo este primer decenio del siglo XXI, muchos de los cuales se expresan en clave regional.

Por sus límites explicativos el equilibrio de poder, del neorrealismo, situado en el nivel estático, no puede dar explicaciones profundas acerca del proceso de surgimiento de potencias regionales ni de la transición del poder en su aspecto dinámico. Por ejemplo, cómo explicar la incidencia de los cambios en la insatisfacción por el *statu quo* de las potencias emergentes o cómo explicar los posibles cursos de escalamiento de los conflictos de dichas potencias con intereses vitales en diversas regiones. Vale como ejemplo el conflicto por los recursos que están en el trasfondo de muchos contenciosos.

La guerra de Georgia o la Guerra de Osetia del Sur, de 2008 fue, en superficie, un conflicto territorial entre Georgia y su región separatista de Osetia del Sur. Pero el panorama se complicó cuando Rusia, considerando a la región como de interés, como su zona de influencia, entró en una guerra abierta.

En realidad, la corta y sangrienta guerra de Georgia dejó una lección cuyo trasfondo es el mensaje de Rusia a la influencia norteamericana en el Cáucaso y una advertencia a la OTAN y a la UE respecto de que Rusia tiene ambiciones de actuar como una potencia en el tablero mundial y, fundamentalmente, en el de su espacio euroasiático.

Es sólo un caso paradigmático de cómo los conflictos pueden llegar a centrarse en las regiones y cómo el equilibrio de poderes para una transición de poder debe medirse en términos dinámico y no estático.

Como sostienen Danilovic y Clare (2007) La transición de poder global entre las grandes potencias emergentes podría ser desestabilizadora y generar grandes conflictos, pero para que alcancen un grado de violencia máximo sería necesario que ese choque implique intereses vitales en regiones críticas del planeta.

La propuesta es, entonces, tomar otros aportes teóricos para verificar las lagunas explicativas del neorrealismo y vincular cuestiones como el poder relativo de las potencias regionales, la insatisfacción por el *status quo* y las proyecciones de intereses vitales a nivel regional por parte de las potencias.

Los hechos están, el desafío teórico aún tiene lagunas por cubrir para alcanzar niveles predictivos, tan caro al enfoque neorrealista.

BIBLIOGRAFÍA

- BUZAN, B., *Security Architecture in Asia: the Interplay of Regional and Global Levels*. The Pacific Review vol. 16 N° 2, 2003.
- BRZEZINSKI, Z., *The Grand Chessboard: American Primacy and its Geostrategic Imperatives*. New.
- BULL, H., *The Anarchical Society. A study of Order in World Politics*. Columbia University Press. 1995.
- CLARK, I., *Bringing hegemony back in: the United States and international order* International. International Affairs 85: 1 2009.
- CONRY, B., *U.S. «Global Leadership»: A Euphemism for World Policeman*; Cato Policy Analysis N° 167; Cato Institute, febrero 1997.
- CONRY, B., *U.S. Global Leadership: A Euphemism for World Policeman*. Cato Policy Analysis N° 267 February 5, 1997.
- DE RIVERO, O., *Potencias sin poder* Revista Quehacer N° 153 / Mar – Abr. 2005.
- FONSECA, G., *Pensando el futuro del sistema internacional* www.fride.org 2008.

- GARCÍA, J., *El Consejo de Defensa Sudamericano ¿Instrumento de integración regional o mecanismo para la hegemonía de Brasil?*. UNISCI Discussion Papers, N° 18. Octubre 2008.
- GIDDENS, A., *Hacia dónde va el mundo*. Entrevista de José María Ridao para el Diario el País 15/10/2006.
- HAKIM, P., *Dos maneras de ser global*. Foreign Affairs. México, df: itam, vol. 2. 2002.
- HASS, R., *La era de la no polaridad. Lo que seguirá al dominio norteamericano*. Foreign Affairs Latinoamérica. Volumen 8 N° 3. Mayo-junio 2008.
- HOLLIDAY, F., *International Relations in a post-hegemonic age*. International Affairs 85, 1 2009.
- HUNTINGTON, S., *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*. New York: Simon & Schuster, 1996.
- HUNTINGTON, S., *Why International Primacy Matters*. International Security. Vol. 17. N° 4 Spring 1993.
- KAGAN, R., *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*. Madrid: Taurus. 2003.
- Kagan, R., *The Benevolent Empire*. Foreign Policy, Washington. Summer 1998.
- KAGAN, R. y KRISTOL, W., *The Present Danger*. The National Interest. Spring 2000.
- KAGAN, R., *Power and Weakness*. Policy Review, N° 113. June and July 2002.
- KISSINGER, H., *Diplomacia*. Barcelona: Ediciones B, 1994.
- KISSINGER, H., *Does America Need a Foreign Policy?: Toward a Diplomacy for the 21st Century*. New York: Simon & Schuster, 2002.
- LAYNE, C., *The peace of illusions: American grand strategy from 1940 to the present*. David P. Calleo Follies of PowerAmerica's Unipolar Fantasy CUP 2009.
- LAYNE, C., *The Future of the American Pacifier*. Foreign Affairs. September-October 2001.
- LAYNE, C., *The Unipolar Illusion: Why New Great Powers Will Rise*. En: Brown, M. E.; Lynn-Jones, S. M. y Miller, S. E. (eds) *The Perils of Anarchy. Contemporary Realism and International Security*. Cambridge: MIT, 1995.
- LHEA, S. y DE SOUSA, J., *La India, el Brasil y Sudáfrica: ¿potencias emergentes o países en desarrollo?* Revista Iberoamericana de Análisis Político. www.fride.org 2007.
- MAKARYCHEV, A. S., *Rusia en la región mediterránea: recursos y fuentes de influencia*. Rev. Balance 2009.
- MEARSHEIMER, J., *Conversations in International Relations*: Interview con Kenneth Waltz (Part I), International Relations, Vol. 20, n° 1, 2006.

- MOURE, L., *La Teoría de la Política Internacional Treinta Años después*. Katedra de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. 2009.
- NYE, J., *La decadencia del Poder Blando en Estados Unidos. ¿Por qué Washington debería preocuparse?* Foreign Affairs en Español. www.foreignaffairs-esp.org. Julio-septiembre 2004.
- NYE, J., *Soft Power: The Means to Success in World Politics*; Nueva York: Public Affairs, 2004.
- NYE, J., *The Paradox of American Power*. New York: Oxford University Press, 2002.
- NYE, J., *La naturaleza cambiante del poder norteamericano*. Grupo Editor Latinoamericano. 1990.
- PALACIO DE OTEYZA, V., *La imagen imperial del nuevo orden internacional: ¿es esto realismo político?* Revista CIDOB d'Afers Internacionals, N° 64.
- SAN SEVERINO, R., *Voces del pasado: algunas hipótesis sobre un posible equilibrio global* Revista Electrónica de Relaciones Internacionales.2007.
- SERBIN, A., *América del Sur en un mundo multipolar: ¿es la Unasur la alternativa?* Revista Nueva Sociedad N° 219, enero-febrero de 2009.
- SODOUPE, K., *La Teoría de las Relaciones Internacionales a Comienzos del Siglo XXI*, Leioa, Servicio Editorial UPV/EHU, 2003,
- STROUPE, J., *La verdadera configuración del naciente nuevo orden internacional*. GeoStrategyMap.com
- SUÁREZ PERTIERRA, G., *Obama en Pekín: ¿un mundo bipolar?* Diario El País 25/11/09.
- VALENCIA, A. R. y MORALES RUVALCABA, D. E., *El Sistema Político Internacional de post-Guerra Fría y el rol de las potencias regionales mediadoras Los casos de Brasil y México*. Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad Vol. XV N° 43 Septiembre / Diciembre de 2008.
- VAN OUDENAREN, J., *Unipolar Versus Unilateral*; Policy Review; abril 2004.
- VAN OUDENAREN, J., *What is «Multilateral»?*; Policy Review; febrero-marzo 2003.
- VÁSQUEZ CRUZ, A., *Unipolaridad vs. Multipolaridad*. Diario La Nación domingo 30 de diciembre de 2007.
- WALTZ, K. N., *The Spread of Nuclear Weapons: More May Better*, Adelphi Papers, n° 171, 1981, <http://www.mtholyoke.edu/acad/intrel/waltz1.htm> Junio 2008.
- WALTZ, K. N., *Structural Realism after the Cold War*. International Security, Vol. 25, N° 1, 2000.
- WALTZ, K. N., *Globalization and American Power*; The National Interest. N° 59. Spring 2000.
- WALTZ, K. N., *The Balance of Power and NATO Expansion*. Working Paper 5. 66, Center for German and European Studies, University of California, Berkeley, 1998.

WALTZ, K. N., *Evaluating Theories*. American Political Science Review, Vol. 91 n° 4, 1997.

WALTZ, K. N., *The Emerging Structure of International Politics*. International Security, Vol. 18, n° 2, 1993.

WALTZ, K. N., *Teoría de la Política Internacional*. Grupo Editor Latinoamericano. 1988.

WALTZ, K. N., *The Emerging Structure of International Politics*. En: Brown, M. E.; Lynn-Jones, S. M. y Miller, S. E. (eds) *The Perils of Anarchy. Contemporary Realism and International Security*. Cambridge: MIT, 1995.

WOLFFORTH, W., *The Stability of a Unipolar World*. International Security. Vol. 24. N° 1 Spring 1999.

Preguntas que quedan abiertas
para la profundización y el debate:

- 1) ¿Cuáles son los desafíos planteados a los países sudamericanos y a sus procesos de integración regional, en una situación de cambio estructural?
- 3) ¿Cuál es el papel de Brasil en la reconfiguración mundial y cuáles las consecuencias potenciales para la integración sudamericana?
- 2) ¿Cuál es, en el caso de existir, o debiera ser la estrategia sudamericana para incorporarse positivamente en la nueva arquitectura internacional?
- 3) ¿Cómo y en qué campos compiten actores extra continentales en la disputa por áreas de influencia en América del Sur y cuáles son los tipos de poder (Nye) que despliegan en consecuencia?
- 4) ¿De qué manera la República Argentina debiera incorporarse al juego de la multipolaridad reconociendo sus fortalezas y debilidades?
- 5) ¿De qué manera jugarían los actores regionales subnacionales como potenciando o debilitando la performance de sus Estados y de los colectivos de los que forman parte a nivel regional?

BLANCA

**SECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS**

BLANCA

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA»,
en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

Sección de Derechos Humanos

LAS MIGRACIONES Y LOS DERECHOS HUMANOS*

MIGRATION AND HUMAN RIGHTS

Relatora: Teresita N. SARACHO CORNET^()*

RESUMEN

El término «migrar», enfocado desde una de las realidades en las que con mayor énfasis se da, la del trabajador migrante, lleva a efectuarse ciertos interrogantes; entre ellos: ¿El derecho a migrar y a procurar mejores condiciones de vida constituye un derecho humano? ¿La situación de los migrantes clandestinos debe ser regulada para superar el problema de miles de trabajadores informales que están en esa situación? En su caso, ¿cómo y de qué manera? ¿Tiene el Estado receptor obligaciones con respecto a quienes ingresaron transgrediendo su propia legislación?. El presente trabajo intenta responder a ellos, buscando encontrar los estándares o principios que obren como referentes en las políticas nacionales de los Estados. Se direcciona fundamentalmente el análisis al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sin perjuicio de examinar la regulación de fuente interna argentina y la proveniente de la dimensión universal y de la integración regional de modo de acceder a una visión de conjunto.

PALABRAS CLAVE

Migraciones. Derechos humanos. Trabajador migrante. Derecho a trabajar. Igualdad. No discriminación. Solidaridad. Equidad.

* Relato de la Sección Derechos Humanos en el XXII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional «Argentina y su Proyección Latinoamericana» en el Bicentenario de la Revolución de Mayo. Salta, Argentina, 21 a 23 de octubre de 2010.

(*) Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba. Correo electrónico: teresitasarachocornet@hotmail.com

ABSTRACT

The term «migration,» approached from one of the realities in which more emphasis is that of the migrant worker has to make certain questions, including: The right to migrate and seek a better life is a human right? Should the situation of illegal migrants be adjusted to overcome the problem of thousands of informal workers who are in that situation? In that case, how and in what way? Has the recipient state obligations to those who entered transgressing their laws?. This paper attempts to answer them, seeking to meet the standards or principles which are held as references in the national policies of states. Analysis is directed primarily to the Inter-American Human Rights System, without examining the regulation of Argentina and the internal source from the universal and regional integration in order to access an overview.

KEY WORDS

Migration. Human rights. Migrant worker. Right to work. Equality. No discrimination. Solidarity. Equity.

SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. 1. Los migrantes y su problemática. 2. Valores en tensión. 3. Adelantando respuestas: una solución posible. **II. LA POSTMODERNIDAD Y EL CAMBIO DE PARADIGMAS.** **III. LA MIGRACIÓN Y LA POBREZA. BUSCANDO CAUSAS. ENCONTRANDO ALGUNAS RESPUESTAS.** 1. Los pobres. 2. Los reduccionismos. 3. Una herramienta: la proyección de los principios del Derecho del Trabajo. 4. La visión de conjunto. La cooperación internacional. La solidaridad. La magnanimidad. El derecho a la plenitud y a la felicidad. **IV. A PROPÓSITO DEL BICENTENARIO.** 1. El contexto latinoamericano. 2. Algunos datos desde la economía. 3. Los flujos migratorios en el hemisferio. 4. Reflejo de la preocupación de los Estados: Foros, Conferencias, Cumbres, acuerdos bilaterales y multilaterales. 5. La Relatoría especial de trabajadores migratorios y miembros de sus familias. 5.1 Funciones y actividades. 5.2 Violaciones a los derechos humanos. **V. LAS MIGRACIONES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.** 1. Medidas provisionales. 2. Opiniones consultivas. A. Sentido y alcance de la obligación general estatal de respetar y garantizar los derechos humanos. B. Principio de igualdad y no discriminación. El deber universal de respeto y garantía. 1) La Igualdad y la unidad del género humano. 2) «Distinción» *versus* «Discriminación». 3) La igualdad y no discriminación como *principios*. Naturaleza jurídica y consecuencias. *Jus cogens* y obligaciones *erga omnes*. C. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, cualquiera fuere su condición. 1) Características especiales de los migrantes. 2) Estándares básicos para los migrantes. 3) Los migrantes, la actividad laboral y el derecho del trabajo. 4) ¿Cuáles derechos laborales?. 5) Pautas de interpretación. Principios

pro homine e *in dubio pro operario*. 6) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. 7) La dignidad y sus derivaciones. El disfrute de una «vida» digna. El «estándar de vida» digno. El «desarrollo integral» como ser humano. 8) Garantías para el ejercicio de los derechos laborales. D. Políticas migratorias y la obligación de los Estados. 1) Paradigmas: las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. 2) Sobre la eficacia de la regulación jurídica interna. **VI. LAS MIGRACIONES LABORALES EN EL MERCOSUR.** 1. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR. 2. El Tratado Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR. 3. El Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del MERCOSUR. **VII. POLÍTICA MIGRATORIA ARGENTINA.** 1. Ámbito material y personal de aplicación. 2. Objetivos. 3. Categorías de extranjeros 4. Derechos de los extranjeros. 4.1 Derecho a migrar. 4.2 Derecho a la igualdad de trato. 4.3 Derecho a la educación. 4.4 Derecho a la salud. 4.5. Derecho a la información. 4.6 Derecho a la reunificación familiar. 4.7 Derecho a gozar de los beneficios del fruto del trabajo. 4.8 Derecho a no ser objeto de expulsión colectiva. 4.9 Derecho a la jurisdicción. 4.10 Derecho a la aplicación de la ley más favorable. 5. Obligaciones del Estado argentino. 6. Obligaciones de los inmigrantes. 7. Responsabilidad por violación de la ley migratoria. 7.1 Responsabilidad de los dadores de trabajo y de quienes brinden alojamiento a residentes irregulares. Multas. 7.2 Responsabilidad de los medios de transporte internacional. 8. Los argentinos en el exterior, sus derechos laborales y de la seguridad social Recíprocidad. 9. Impedimentos para el ingreso y permanencia de los extranjeros. 10. Delitos al orden migratorio. Penalidades. **VIII. A MODO DE CONCLUSIONES, PARA SEGUIR PENSANDO LAS MIGRACIONES Y LOS DERECHOS HUMANOS.**

I. Consideraciones preliminares

1. Los migrantes y su problemática

El término «migrar», enfocado desde una de las realidades en las que con mayor énfasis se da, la del *trabajador migrante*, nos lleva a pensar en opciones casi dilemáticas. Por un momento, me transformo en la voz de los que no tienen voz, me imagino en el cuerpo y en el alma de un trabajador que debe migrar, que se ve virtualmente expulsado de su patria, que sin quererlo se desarraigó y se aventura a buscar nuevos horizontes. Y pienso: me quedo donde estoy y no satisfago mis necesidades básicas (que no sólo serán las individuales sino también las de mi familia) o me desarraigo, con mi corazón bastante roto y mi espíritu en ebullición. Asumo desafíos, busco un lugar donde «*mi vida*» adquiera sentido; donde «*mi dignidad*» sea respetada para poder utilizar *mis propias fuerzas, mi energía vital, mi creatividad*, en suma, *mi trabajo*, para preservar mi «*integridad personal*». En mi tierra, donde naci, donde recibí mis pocos o muchos conocimientos, donde viví con mis padres y abuelos, no encuentro espacio. Pienso, si varios de mis antepasados pudieron dejar su tierra, seguramente yo podré

vivir en otros lugares. Tomo la decisión. Viajo. Llego. A veces el idioma no es el mismo; tampoco la forma de comunicación, ni las costumbres, los modos de vida, de sentir, de actuar, de *«convivir»*, de considerar *«al otro»*. El *«yo»*, el *«tú»*, el *«nosotros»*, adquieren connotaciones diferentes.

«Yo», desde mi perspectiva individual te digo: me falta todo o casi todo (alimento, obra social que me ampare si estoy enfermo, formación más calificada: educación, vivienda).

Te cuento lo que tengo: además de tales necesidades insatisfechas tengo estas herramientas: mis fuerzas, mi empuje, mi sacrificio, mi trabajo.

Te cuento lo que necesito: no pido caridad; eso ya lo pedí en mi país y algo recibí. Pido un espacio para trabajar y ganarme por mí mismo el propio sustento y el de los míos, que quedaron en mi país.

¿Si mi documentación está en orden?, me preguntas. Respondo: estoy como *«irregular»* ya que sólo con un contrato de trabajo me autorizaban el ingreso.

Este es el escenario.

Cierro los ojos nuevamente y vislumbro que en esta situación aparecen:

- los *empleadores o dadores de trabajo*, quienes aceptan a este tipo de trabajadores porque, dicen, son más responsables, no se quejan, trabajan más horas y por menos salarios. Cuando quieren los despiden y no les pagan indemnizaciones y a veces, ni los salarios devengados. Tampoco otorgan vacaciones, ni hablar de hacer aportes jubilatorios y menos aún para la cobertura de la salud. En suma, se benefician del trabajo ajeno y a la par, también están incumpliendo leyes, las que efectivamente conocen, las de su propio país;

- el *ciudadano nativo*, con el legítimo sentimiento del que nació en su tierra y se siente orgulloso del sentir nacional y que por ello detenta el rango de hijo de la patria (de *«patris»*, padre), e integra una *«nación»* (de *«nacis»*, nacer), contando con todos sus derechos y obligaciones de ciudadano nativo. Habitualmente, ostenta una determinada calidad de vida según el estrato social al que pertenezca, pero básicamente se encuentra relativamente cómodo y no está dispuesto a compartir su *status* con el *«extranjero»* marginal, que ingresa clandestinamente a *«su país»* (pensemos por un momento, en el ciudadano norteamericano medio);

- el *Estado receptor*, que sabe que estas situaciones vienen ocurriendo pero su contralor tanto respecto de los migrantes irregulares como de los dadores de trabajo es bastante ineficiente;

- el *Estado de origen*: lo que acontece realmente en este segmento social del que venimos hablando es que el migrante, en muchos casos, no se va porque quiere de su país de origen, sino porque ha quedado virtualmente *«excluido»* por razones económicas, pues de hecho está desempleado y sin percibir seguro de desempleo y, por tanto, no le queda

otra alternativa que migrar a otro país con mejores condiciones socioeconómicas que lo albergue, o quedar reducido a la miseria. Con lo que se quiere significar que no estamos frente a una decisión «libre», sino a una opción «forzada» (pensemos sino en los marroquíes que llegan a nado a las costas de Melilla –enclave español– y en no pocos casos mueren ahogados...).

Lo expresado, sin más, pone en evidencia una notoria responsabilidad por parte del Estado que «expulsa» al migrante, al no cumplir con la función esencial que le es propia, en el sentido de dar trabajo y condiciones apropiadas a sus propios connacionales. Si bien en este aspecto hablamos de «responsabilidad institucional», es preciso dejar sentado que en muchos casos se trata de países subdesarrollados y empobrecidos por falta de tecnología y de recursos humanos calificados, o bien con escasos recursos naturales, donde *«no pueden»* brindar las condiciones requeridas para un desarrollo sustentable (como acontece en muchos países africanos, o el caso de Haití, que no casualmente es el más pobre de los países latinoamericanos).

Mientras tanto, acontece un fenómeno singular en la mayoría de los países latinoamericanos, incluida la Argentina: por un lado, existe un conglomerado de profesionales que han sido educados y formados en sus países de origen, pero que al no encontrar adecuadas condiciones económicas para desarrollar su actividad, migran a otros países, que de esta forma los acogen con importantes contratos y aprovechan el ingreso gratuito de recursos humanos calificados (nos estamos refiriendo a la denominada «fuga de cerebros»); y por el otro, son receptores de migrantes provenientes de países limítrofes (que son indocumentados, y con escasa o nula calificación profesional).

Y empiezan ya los primeros interrogantes:

¿El derecho a migrar y a procurar mejores condiciones de vida constituye un derecho humano?

¿La situación de los migrantes clandestinos debe ser regulada para superar el problema de miles de trabajadores informales que están en esa situación? En su caso, ¿cómo y de qué manera?

¿El derecho de los pobres a conseguir trabajo en los países ricos o en los que ellos, en los hechos consideran más ricos, debe estar regulado? En su caso, ¿cómo y de qué manera?

¿Tiene el Estado receptor obligaciones con respecto a quienes ingresaron transgrediendo su propia legislación?

Dos mundos distintos y aparentemente enfrentados.

¿Son enemigos irreconciliables?

¿Tienen necesariamente intereses contradictorios?

¿El migrante acaso procura robarle el trabajo al nativo?

¿Se justifica el sentimiento xenófobo y quasi racista para resistir y expulsar al extranjero ilegal?

¿Es posible armonizar estos supuestos intereses contradictorios mediante la articulación de un diseño normativo que permita albergar o contener a ambos, con un criterio convivencial y asociativo?

2. Valores en tensión

En el caso del ciudadano nativo parece totalmente legítimo que –como si fuera el propietario de su propia casa– tenga el derecho de echar a los intrusos, fundado en elementales razones de seguridad y control social. Por otro lado, trabajan en blanco y pagan sus impuestos, en forma subordinada o por cuenta propia, con lo cual se sostiene el Estado, a cuyo cargo está la Seguridad Social. Dicho Estado está obligado a brindar salud, educación pública gratuita, seguridad, justicia, vivienda, protección a la familia, régimen de jubilaciones y pensiones, y garantizar el plexo de derechos de base constitucional y de derechos humanos.

Pero, también parece igualmente legítimo que el migrante tenga el derecho humano a trabajar y a percibir un salario digno, o a buscar mejores condiciones de vida, máxime cuando está dispuesto a realizar los trabajos «sucios» que los nativos no quieren hacer (como es lavar platos, higienizar baños, realizar tareas domésticas, recolectar residuos, trabajar en la minería, en la construcción, como jornalero en la agricultura, etc.). Estas personas también reclaman del Estado receptor que les brinde las mismas condiciones y prestaciones que a los nacionales, pero en muchos casos, no efectúan aportes porque trabajan en negro y no pagan impuestos.

Así planteado, está el derecho incuestionable de que quienes efectúan sus aportes para sostener el sistema económico, financiero y de la Seguridad Social, sean los beneficiarios de los servicios públicos estatales, no resultando justo que los migrantes clandestinos usufructúen de tales derechos sin efectuar el aporte correspondiente, pues más allá de las razones humanitarias que puedan invocarse, es innegable que la sustentabilidad económica del sistema está en función de un criterio de aportación.

Tenemos entonces a muchos «comensales» que pretenden sentarse al banquete, sin haber sido «invitados» ni estar previstos por la organización del evento, pero que por razones humanitarias es preciso alimentar y asistir.

¿Quién debe pagar el costo de tales desarreglos económicos y financieros que debe erogar el país que se ve «invadido» por los migrantes irregulares?

Estamos en presencia de un difícil problema, porque si lo resolvemos desde el punto de vista «económico», seguramente caeríamos en una posición expulsiva y contraria a un elemental sentido humanitario, porque deberían ser deportados, sin más trámite (tal es la postura que en la actualidad está aplicando la Francia de Sarkozy; la Italia de Berlusconi, y el Estado de Arizona, en los EE.UU.).

Si lo resolvemos desde la perspectiva exclusivamente *«humanitaria»*, deberíamos acoger a los que tienen hambre, sentarlos a la mesa del banquete y darles de comer, con el consiguiente costo económico y de inequidad social, porque sería injusto que usufructúen beneficios quienes no han aportado nada al sostenimiento del sistema.

3. *Adelantando respuestas: una solución posible*

A mi entender, en el marco de soluciones a dispensar a esta cuestión se encuentra la aplicación del sistema de «compensaciones» entre Estados, deducción mediante de lo que en concepto de «multas» el Estado receptor recaude de los empleadores o dadores de trabajo por haber empleado a inmigrantes indocumentados, en clara transgresión de las leyes nacionales (pago de salarios por debajo de los establecidos legalmente para la actividad desarrollada), que en atención a la naturaleza alimentaria de la prestación laboral imponen mínimos de cumplimiento ineludible. Ello significa que si un determinado Estado, por razones de subdesarrollo o de ineficiencia de su sistema político y económico, no logra alimentar y/o contener a sus nacionales, propiciando su «fuga» o expulsión a terceros países, es lógico y equitativo que tenga que pagar los costos que implica su manutención (léase cobertura de asistencia médica, sanitaria, educativa, seguridad y justicia), mediante el reembolso de la contraprestación respectiva, lo que debiera implementarse a nivel de cada una de las Cancillerías de los países involucrados.

Ahora bien: *¿qué ocurre si el Estado de origen no tiene fondos o carece de la posibilidad financiera de cubrir los gastos de cobertura de sus nacionales migrantes?* Pues, en tal supuesto, podría implementarse un *Fondo de Cooperación Social Internacional* para cubrir tales contingencias, el que debiera ser solventado por la solidaridad internacional de los países más desarrollados.

Valgan las breves consideraciones vertidas como modo de presentación del escenario y de la orientación que decidí dar a este Relato, que abre la actividad a realizar en la Sección de Derechos Humanos de este Congreso. La gran cantidad de foros que vienen abordando el tema de las migraciones, a nivel internacional, universales y regionales, multilaterales y bilaterales, me lleva a tener que orientar el examen de la temática hacia alguna de las fuentes normativas. Dado que la convocatoria a este Congreso se hizo bajo el llamado de «Argentina y su Proyección latinoamericana en el Bicentenario de la Revolución de Mayo», direccional fundamentalmente el análisis al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), buscando encontrar los estándares o principios que obren como referentes en las políticas nacionales de los Estados. Además, no puedo obviar examinar el derecho argentino de fuente autónoma pues su conocimiento es de sustancial relevancia para los operadores jurídicos y la ciudadanía en general; asimismo, permite conocer si nuestro país adecuó su legislación a las directivas del SIDH. Dedico un capítulo breve a las migraciones en el ámbito del

MERCOSUR. Sin perjuicio de ello, se irán intercalando referencias, en texto o a pie de página, relativas a la dimensión universal y al de la integración regional de modo de acceder a una visión de conjunto, reconociendo las limitaciones de tiempo y de espacio, propias de encuentros de esta naturaleza.

Por último vendrán las consideraciones finales (algunas de las cuales han sido enunciadas a título de esbozo preliminar), necesarias para dar un cierre a este trabajo, pero que ciertamente no importan dar por concluido el tema. Reconozco que no me ha sido fácil encontrar respuestas a todos los interrogantes, ya que cuando respondía uno, venía a la mente con rapidez inusitada la réplica y casi inmediatamente la contra réplica. Aun así, creo que se trata de un aporte para que entre todos, realicemos los ajustes necesarios, logrando acuerdos, que seguramente estarán signados por la impronta de los derechos humanos. Con un aditamento singular: el propósito que me orienta es procurar que las respuestas que juntos encontremos, sean asibles, en «el hoy», donde el «yo» y el «tú», se integren, pues reclaman con urgencia un «nosotros». Y a esta altura, es casi imposible de detener esta representación mental: alguno de los integrantes de este Encuentro podrá decir: «lo nuestro no puede ser más que otra declamación» o bien: «las cosas importantes vinculadas a la política pública de los Estados no está en nuestras manos». A ello contestaría: que este grupo humano está constituido por profesores (guías y orientadores en el aprendizaje, en el modo de ver la realidad, de pensarla, de sentirla, de valorarla...) investigadores, abogados litigantes, jueces, personas vinculadas a diferentes organismos públicos y privados, licenciados en áreas sociales, todas, profundamente comprometidas con la persona humana.

Habernos planteado el tema en la Sección de Derechos Humanos de la AADI, habernos puesto a estudiar el bagaje normativo para poder analizar el tema de los desplazamientos humanos (que ciertamente no puede reducirse a una cuestión de soberanía nacional sino que requiere ser abordado y regulado desde una dimensión más amplia, captada por el derecho natural, axiológicamente sustentada en un orden moral universal que aglutina a todos los seres humanos -aun con todas las limitaciones que el tema de por sí conlleva-), denota que estamos imbuidos de un fuerte gesto de solidaridad y hermandad; que no nos pasa por la vereda de enfrente el problema «*del otro*», que nos sentimos parte de este nuestro país, pero a la vez fuertemente unidos en una cosmovisión que pide con urgencia volver al universalismo en una concepción integral e integradora de la persona humana. En suma, si aquí estamos, es porque asumimos nuestra cuota de participación desde nuestros roles, que no son ni tan pocos ni tan insignificantes.

II. *La postmodernidad y el cambio de paradigmas*

Cada época tiene su impronta y su modo de pensar, de sentir y de producir. Y aunque nos pese, y aun cuando seamos muy críticos y escépticos, la humanidad ha progresado porque existe una suerte de

«conciencia universal» que actúa como un reservorio de valores «valiosos»: tales como la libertad, la igualdad, la fraternidad» (legado de la Revolución Francesa de 1789); la producción de bienes y servicios y la globalización económica (legado del capitalismo); la distribución adecuada de tales bienes, para aminorar la brecha entre ricos y pobres (legado del socialismo y la socialdemocracia), entre otros.

Frente a ello, se anteponen los contravalores «disvaliosos» de la xenofobia, el chauvinismo, el nacionalismo extremo, el racismo; la discriminación, etc. que buscan exaltar exclusivamente el ser nacional y a repudiar al extranjero, a quien vislumbran como un ladrón que viene a usurpar y a desplazar a los hijos de la Patria.

En el siglo XX, estas disputas costaron dos guerras mundiales y millones de muertos, donde el imperialismo, el nacionalismo, el antisemitismo y el odio implicaron un durísimo aprendizaje de sangre, sudor y lágrimas para redimirlos.

Como resultado de esta lucha fratricida, surgió la Carta de las Naciones Unidas y su correlato la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y su homónima americana con la Organización de Estados Americanos, que echaron las bases de una dimensión supranacional con jerarquía legal y constitucional, donde los Estados Miembros se someten a sus reglas y, por ende, ceden parte de su soberanía en pos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Y entonces, es inevitable que acudan a nuestra memoria los grandes visionarios que imaginaron un mundo sin nación y sin fronteras, más igualitario y más humano. Como diría Martin Luther King: «*He tenido un sueño...*»; John Lennon: «*Imagínalo...*» y sus ilustres antecesores: Hugo Groccio; Francisco de Vitoria; Fray Bartolomé de las Casas; Fedor Dostoevsky y tantos otros que parecían «utópicos» porque tuvieron el coraje de imaginar como posible un mundo más hermanado, donde –como decía el profeta Isaías– puedan comer juntos el lobo y el cordero...

Y este cambio de concepción del Estado y de los Derechos Humanos, trajo aparejado un cambio en el paradigma del «Estado Nación», que no desaparece pero que ciertamente pierde vigor y poder absoluto, para cederlo a organismos supranacionales que se transforman en guardianes de tales derechos.

Así ha ocurrido en la República Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, donde se otorga rango constitucional a los tratados internacionales, lo que determina que ya no sea hegemónico el denominado «control de constitucionalidad» (que imaginaba a la Constitución Nacional como vértice supremo de la pirámide jurídica), sino que en paridad con ésta se alcce el «control de convencionalidad», donde incluso la Corte Suprema argentina debe velar por su estricto cumplimiento y adecuar sus fallos en consonancia.

Tenemos un cambio de paradigma, donde el DIDH pasa a ocupar un rol fundamental, de mayor primacía y jerarquía que el que detenta el «derecho

positivo» derivado del poder soberano del Estado Nación, y donde éste debe sujetarse a aquél.

Lo expresado determina que el *hombre* pase a ser el eje de todas las cosas y de todas las variables, porque es un valor en sí mismo, cualquiera sea su condición, su color de piel, su nacionalidad, su nivel cultural y socioeconómico, su religión, etc.

Resurge el *Humanismo* (ya sea de cuño cristiano –Jacques Maritain– o ateo, de Jean Paul Sartre), en desmedro del Estado, para prohijar un respeto esencial a los derechos humanos fundamentales.

Sentado ello, vuelve la pregunta:

¿A quién compete legislar la situación de los migrantes irregulares o indocumentados?

Dicho interrogante puede parecer ridículo a la luz del paradigma del Estado Nación, porque invariablemente fue regulado por el propio Estado receptor, ya que –se sostenia– era una cuestión atinente a su propia soberanía de derecho interno.

Sin embargo, a partir del cambio del paradigma mencionado, esta cuestión no está tan clara, pues se considera que toda persona humana –por el solo hecho de serlo– tiene derecho a escoger con libertad su destino, y también se le reconoce el derecho legítimo a buscar trabajo más allá de las fronteras de su país de origen. Se replicará que el Estado receptor también tiene el derecho a regular el tránsito de personas dentro de sus fronteras, mediante su dirección de Migraciones y de Aduanas, por una cuestión de seguridad y de control social.

La primacía del DIDH conlleva la conformación de un nuevo «*contrato social a nivel universal*», donde se supera la versión contractualista a nivel «nacional» de Jean Jacques Rousseau (según la cual los habitantes de un determinado territorio acuerdan un contrato convivencial con el Estado para que éste se haga cargo de los servicios esenciales), por una dimensión que abarca todo el orbe, pues la tecnología y la globalización achican las distancias y nos comunican al instante para saber qué necesita cada cual. Subyace un imperativo ético insoslayable: a esta altura de la civilización, no puede tolerarse la miseria ni la exclusión (pues son contravalores que deben ser desterrados), pudiendo aspirar todo hombre al *derecho a la felicidad*, que no es otro que el *desarrollo en plenitud de las potencialidades de cada ser humano*.

La tesis que se propone como enunciación del nuevo paradigma del contexto social, histórico y jurídico por el que transita el nuevo milenio, reconoce la misma línea de pensamiento que ha receptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ante la Consulta de la República de México¹, donde se expresa que los migrantes indocumentados

¹ Opinión Consultiva OC 18/2003, del 17/09/03.

o en situación irregular tienen los mismos derechos laborales que los nacionales pertenecientes al Estado receptor, sobre la base de considerar que el derecho *a la igualdad y a la no discriminación* no sólo involucra atribuciones, sino que constituye un *principio* que, como tal, es anterior a la norma que lo declara, de tal suerte que integra el denominado *ius cogens* (en cuanto norma imperativa del *orden público humanitario*) y, en consecuencia, es exigible *erga omnes*, esto es, cuyo cumplimiento reconoce como *sujeto pasivo a todos los Estados*, aun cuando no hayan suscripto o adherido a los convenios sobre Derechos Humanos.

III. *La migración y la pobreza. Buscando causas. Encontrando algunas respuestas.*

1. *Los pobres*

¿Cuál es la causa de la pobreza de los denominados «países pobres»?

Si bien la respuesta cabal a este crucial interrogante excede con creces el objetivo de este trabajo, en tren de vislumbrar algunas aproximaciones, puede decirse que conviven varios factores, tales como la escasez de recursos naturales, la falta de tecnología para explotarlos, la adopción de recetas populistas con inequidad social en la distribución, la influencia y aprovechamiento de corporaciones multinacionales, el deterioro en los términos del intercambio entre aquellos países productores y exportadores de materia prima, con relación a aquellos que la industrializan y luego la vuelven a vender con valor agregado a los mismos que la proveyeron, utilizando incluso en ese proceso la mano de obra «barata» de los migrantes excluidos, etc.

Viene a cuento recordar que el auge floreciente del Capitalismo, de la mano de la Revolución Industrial, generó la multiplicación de bienes y de servicios y del comercio internacional, pero al propio tiempo suscitó fuertes críticas por la secuela de explotación de los trabajadores sujetos a condiciones de indignidad, de tal manera que inmediatamente después de finalizada la Primera Guerra Mundial y con el auge del Comunismo, surgieron ideas renovadoras tendientes a echar las bases del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con la fundación de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) en 1919, donde en su Preámbulo se enuncia que solamente podrá preservarse la paz mundial sobre la base de erradicar la pobreza y la miseria y la explotación del hombre por el hombre.

Desde entonces (1919) hasta la actualidad ha transcurrido casi un siglo y sin embargo, quedan muchas asignaturas pendientes en este terreno, pues seguimos hablando y observando la imagen de diversos «mundos desiguales», donde convive la opulencia con la pobreza más extrema.

2. *Los reduccionismos*

En muchas ocasiones, se plantean discusiones y criterios encontrados con diferentes sesgos, arribándose a reduccionismos estériles que son

calificados –erróneamente a nuestro parecer– como discursos de la «*derecha*» (si no se admite a los migrantes) o de la «*izquierda*» (si son admitidos indiscriminadamente).

Ocurre que frente al discurso *productivista* (cuyo paradigma es la *eficiencia*), se contrapone el modelo de la *solidaridad* (que tiene como fundamento la preservación de los derechos humanos fundamentales que arraigan en la *dignidad*), de manera tal que sin perjuicio de reconocer el esfuerzo superador de las economías más desarrolladas, al mismo tiempo es preciso defender la *equidad*, en un plano de virtual *misericordia o commiseración para con los menos favorecidos*. En definitiva, es el tributo que la Humanidad está reclamando a aquellos que lo tienen todo o bastante más, para coadyuvar en alguna medida a paliar las necesidades de aquellos otros que no tienen casi nada.

- Si por ventura examináramos el problema de los migrantes ilegales desde la **perspectiva economicista**, para la cual se impone la libre circulación de los factores de la producción, donde el trabajo humano es una mercancía que está sujeta a las leyes de mercado (oferta y demanda), resultaría que nuestra tesis no tendría cabida porque se torna hegemónico el criterio o el valor de la utilidad (si me sirve para la producción, que ingrese; de lo contrario, no puede hacerlo).

- Si se evaluara dicha problemática **desde la óptica de la seguridad y del control estatal**, según la cual la regulación del ingreso y egreso de personas constituye una manifestación de la soberanía con el consiguiente control de las fronteras, la resultante sería que dicha cuestión sería de resorte exclusivo de cada administración nacional, conforme a su legislación interna, donde se prioriza el valor «*conveniencia*» (lo que lo asemeja al ítem anterior).

- En cambio, si analizamos la cuestión **desde el punto de vista de los derechos humanos**, conforme al cual toda persona tiene como derecho fundamental el *derecho a trabajar*, resulta que el valor predominante es la *dignidad humana* (o mejor aún, la «*humanidad*»), lo que implica comprometerse con el *prójimo próximo*, con «*el otro*», aunque no sea nacional, porque también es un ser humano igualmente valioso. *Dignidad* por ser persona; *Igualdad* por pertenecer a la misma especie; y *NO discriminación* como correlato ineludible de la igualdad.

3. Una herramienta: la proyección de los principios del Derecho del Trabajo

En la ecuación de «ricos» y de «pobres», surge la impronta característica del Derecho del Trabajo, que es esencialmente «protectorio», con la implementación de sus principios, donde se tiene especialmente en cuenta la protección del segmento más débil (*in dubio pro operario*).

Y así como existen eslabones más débiles (los trabajadores), así

también existen «*Estados débiles*» (subdesarrollados) que ciertamente no tienen la misma capacidad de negociación que los países ricos, todo lo cual exige que la supralegalidad internacional regida por los organismos multilaterales determine un *sistema de reglas para nivelar tales asimetrías y desigualdades*, a efectos de evitar la irrupción de cláusulas abusivas que perjudican al más débil.

En otras palabras, así como en el escenario de derecho interno, existe una protección especial hacia las personas más débiles (como es el caso de los *trabajadores* con las reglas contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo; asimismo, los *consumidores*, en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor N° 22.240 y su reglamentación), así también en el ámbito internacional debe existir una protección que evite los deterioros en los términos del intercambio (reglas antimonopolio, antidumping, anticompetencia desleal, etc.), como acontece con la Organización Mundial de Comercio (OMC). Es por ello que así como está establecido internamente el principio del «*orden público laboral*», de igual modo es plausible que rija un postulado de «*orden público internacional económico y social*» que, en última instancia, desemboca en la conformación de lo que podría denominarse el «*orden público internacional de la humanidad*», que ha sido recogido por el DIDH.

En resumidas cuentas, los mismos principios que orientan el Derecho del Trabajo y sus postulados protectores a favor de los sujetos más débiles y expuestos, también tienen su correlato internacional para aminorar las desigualdades y asimetrías existentes entre los países ricos y pobres, en el marco de un nuevo modelo más equitativo y más ecuánime que permita extender los beneficios del desarrollo a toda la humanidad.

Bien entendido que no descreemos de las reglas de la sana competencia y de la productividad, tanto de las personas como de los grupos económicos y de los países, pero consideramos conveniente que se conforme un nuevo orden internacional que ponga fin al escándalo que significa la persistencia de la miseria y de la exclusión, porque precisamente tales factores de inequidad manifiesta terminan siendo el germen de cultivo del odio, la violencia y del terrorismo, alimentando posiciones fundamentalistas y/o totalitarias.

4. La visión de conjunto. La cooperación internacional. La solidaridad. La magnanimitad. El derecho a la plenitud y a la felicidad

Volviendo a los interrogantes planteados en las consideraciones iniciales, estimo que las respuestas adecuadas parten de la *necesidad de la cooperación internacional de los países más desarrollados*, con miras a combatir el hambre y la desigualdad a que están sometidos los países menos desarrollados, en un escenario donde parece claro que la «*globalización económica*» si bien ha logrado multiplicar el comercio y

acrecentar los bienes, de los países más ricos, en modo alguno ha logrado revertir las vergonzantes condiciones de hambre e inequidad a la que siguen sujetos millones de seres humanos.

Lo expresado requiere de la implementación urgente de una suerte de *«globalización social»* donde la sola condición de *ser humano* admita la posibilidad de satisfacer las necesidades primarias, y de posibilitar mejores oportunidades de crecimiento y ascenso social, cultural y económico para los más necesitados.

Naturalmente que el soporte de esta *cooperación* está fundada en la *solidaridad*, que reclama una mayor capacidad contributiva por parte de aquellos que más tienen, a favor de los carecientes, sin olvidar que no se trata solamente de conductas altruistas, heroicas y caritativas, sino de propender a una política de educación para el desarrollo (no se trata solamente de «regalar el pescado», sino fundamentalmente de «enseñar a pescar»).

No se piense que los mencionados principios constituyen una expresión de deseos «utópicos» para construir un mundo mejor, porque –si bien se mira– tales enunciados fueron expuestos en múltiples Conferencias, Cumbres, Encuentros, Declaraciones multilaterales, regionales y hemisféricas, tanto de organizaciones como la ONU, OEA, etc., como así también en los diferentes esquemas de integración regional y económica.

Mientras tanto, parece claro que tales esfuerzos no son suficientes, porque el hambre y la miseria siguen siendo patrimonio de los países subdesarrollados, con el consiguiente resultado de «expulsiones», migraciones forzadas, y miles de desamparados que desesperadamente buscan otros destinos para poder subsistir y/o mejorar sus pésimas condiciones de vida.

En suma, se trata de un *nuevo pacto de convivencia y de asociación*, donde los lazos que vinculan a los hombres entre sí están presididos por la *solidaridad y la fraternidad*.

Desde la óptica de la *magnanimitad*, variable superadora de la perspectiva *economicista* (signada por el *individualismo utilitario*) y la perspectiva de la *regulación estatal* (caracterizada por el *control social soberano*), es posible lograr la reducción de la pobreza y la exclusión social, siempre y cuando sea ejercida con prudencia y ponderación, para evitar los abusos y el aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

Uno de los retos del siglo XXI es la conformación de una *GLOBALIZACIÓN SOCIAL* que albergue a todos los habitantes del planeta, recreando los valores de la libertad, igualdad y fraternidad.

A la par de la preservación de los derechos de los migrantes ilegales, están los deberes que deben asumirse inexcusablemente con el Estado receptor, con la comunidad social que los alberga y con los factores de la producción, de modo tal que puedan ser integrados al sistema político,

económico y social, para tener iguales oportunidades que los nacionales, sin desmedro del respeto de la diversidad cultural.

IV. A propósito del Bicentenario

1. El contexto latinoamericano

Vivimos una época en la que el tema de las migraciones internacionales y las remesas de los migrantes ocupa un lugar de preeminencia en la agenda de política pública en América Latina y el Caribe. Para el desarrollo de este tema se sigue el estudio efectuado por Andrés Solimano². Sostiene Solimano que a pesar de las variadas restricciones existentes a la inmigración en los países receptores, la región latinoamericana es un «exportador neto» de trabajadores, profesionales y empresarios a países desarrollados; a ello se adicionan flujos migratorios cada vez mayores entre diferentes países de la región, con distintos niveles de ingreso, de oportunidades y de grado de desarrollo económico. Hay cerca de 26 millones de latinoamericanos viviendo fuera de sus países de origen. De éstos, 22.5 millones se encuentran en países fuera de la región y alrededor de 3.5 millones viven en otros países latinoamericanos.

Históricamente, América Latina no siempre fue un exportador neto de personas al resto del mundo. Entre la segunda mitad del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, varios países de América Latina (principalmente Argentina, así como Uruguay, Brasil, Chile, Venezuela y México) fueron un «imán» para los migrantes de otras partes del mundo y, sobre todo, para personas provenientes del sur de Europa, fundamentalmente españoles e italianos, además de aquellos provenientes del este y del norte de Europa. De tal manera, el movimiento de personas se complementaba con los flujos de capital hacia la región, e Inglaterra era la fuente más importante de recursos financieros externos. Así, capital y trabajo se movían del norte al sur.

Hace notar Solimano que esta realidad contrasta con las últimas décadas del siglo XX e inicios del siglo XXI en varios países de América Latina (incluida Argentina), período en el que la conjunción de crisis económicas recurrentes, la inestabilidad política y la reversión de las brechas de desarrollo que alguna vez fueron favorables para ciertos países de Latinoamérica hacían que las personas y el capital intentaran dejar la región. Sin embargo, desde el año 2003, la región aceleró su ritmo de crecimiento económico –impulsado, en parte, por los altos precios de los

² Para el desarrollo de este tema se sigue el estudio efectuado por Andrés Solimano (Asesor regional en la Comisión Económica para América Latina y el Caribe - CEPAL) «Migraciones internacionales en América Latina y el Caribe: oportunidades, desafíos y dilemas». http://formacionpolitica.prd.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=182:migraciones-internacionales-en-america-latina-y-el-caribe&catid=47:revistas&Itemid=15

productos básicos y de los bienes agrícolas primarios, lo que puede moderar, si se mantiene esta tendencia, los incentivos para emigrar-. Lo anterior depende en gran medida, de que la región pueda embarcarse en una senda de desarrollo sostenido mediante la creación de buenas oportunidades para todos sus ciudadanos, invirtiendo los excedentes de la bonanza económica en la formación y en la modernización de su capital humano y de su capital físico, así como en la renovación de las instituciones, la reducción de la pobreza y de la desigualdad para enfrentar los nuevos desafíos del desarrollo, la competitividad y la globalización.

La aceleración de la migración internacional desde América Latina observada en los últimos 25 años –un fenómeno también global en el mismo período– coincide con un ritmo de crecimiento económico de la región apenas moderado y claramente volátil. Como consecuencia de esto, muchos países vieron aumentar sus brechas de desarrollo. En algunos países, sin embargo, éstas se redujeron, como en el caso de Chile, que experimentó una aceleración más sostenida del crecimiento económico en este período.

Factor relevante en América Latina para la emigración, en la búsqueda de mejores ingresos y oportunidades laborales, es la situación social en que se vive. En este sentido, puntualiza que la proporción de personas bajo la línea de pobreza es cercana al 37% de la población total (más de 200 millones de personas). A ello se añade que la región latinoamericana sigue siendo un continente de alta desigualdad en la distribución del ingreso³. En el mercado laboral, destaca Solimano, la situación de desempleo crónico, subempleo e informalidad, que históricamente ha caracterizado a América Latina, no se revirtió en lo fundamental en los últimos 25 años.

Coincidiendo con lo expresado en este Relato bajo el ítem «Consideraciones iniciales», Solimano también considera que la migración latinoamericana refleja una combinación de «presiones de salida» por condiciones internas de un esquivo desarrollo económico y social en muchas economías de la región, y de condiciones internacionales más favorables al movimiento de capital, de bienes y de personas en un mundo más interconectado y con menores costos de información y de transporte.

2. Algunos datos desde la economía

Durante la «primera ola de la globalización» (situada por los historiadores económicos entre 1870 y 1913) el ingreso *per cápita* promedio de los países del sur y norte de Europa, la «periferia» de esa región (Italia, España,

³ Señala que un indicador, como el coeficiente de Gini (va del cero al uno, y mientras más cercano esté al uno implica más desigualdad), excede el valor de 0.5 en varios países de la región (el promedio de los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] es cercano a 0.35).

Portugal, Noruega y Suecia), era levemente superior al promedio de las principales economías de América Latina (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú, Uruguay y Venezuela). Sin embargo, Argentina, Chile y Uruguay registraban los ingresos por habitante más altos y éstos superaban, en 1913, a los de Italia, España y Portugal, principales países fuente de inmigrantes a estos países del sur.

En contraste, los países más ricos del «nuevo mundo», como Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos, tenían, en 1913, un ingreso por habitante que era más del doble del ingreso de los habitantes de la periferia europea, lo que naturalmente atrajo a muchos inmigrantes de esa región hacia los países ricos. Así, la primera ola de la globalización de fines del siglo XIX se caracterizó no sólo por flujos de comercio y de capital cada vez mayores, sino también por movimientos masivos de personas entre el «viejo mundo» (Europa) y el «nuevo mundo» (Norteamérica, Sudamérica y Australia).

Es interesante notar que, a mediados del siglo XX, las brechas de ingreso *per cápita* aún seguían siendo favorables a países como Argentina, Chile, Uruguay y Venezuela, cuyo ingreso *per cápita* excedía al de Italia y España; además, Venezuela, en 1950, tenía un ingreso por habitante superior al de Suecia.

Esta situación cambió en la segunda mitad del siglo XX y, en especial, a partir de la década de 1970, cuando el ingreso *per cápita* de España y de Italia, principales países de origen de los inmigrantes europeos que llegaban a Sudamérica, superaba ya al de Argentina, el país más rico de América Latina. Como consecuencia de lo anterior, los incentivos económicos para emigrar en escalas significativas desde Europa hacia la región latinoamericana prácticamente desaparecieron. Por el contrario, España e Italia se convirtieron en prósperas economías integradas al resto de Europa, para luego transformarse, en las décadas de 1990 y principios de la de 2000, en países de destino de emigrantes de América Latina, en especial, de argentinos, ecuatorianos, colombianos y de otros países afectados por crisis económicas y políticas recurrentes.

3. Los flujos migratorios en el hemisferio

Según el Segundo Informe de la Relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, del 16 de abril de 2001, la migración ha experimentado un aumento apreciable en las últimas décadas. Al igual que en el resto del mundo, este crecimiento se debe a factores económicos y políticos que han alimentado históricamente la migración, pero también a cambios en ciertos patrones culturales y sociales. Las fuentes migratorias tradicionales, especialmente el éxodo de mexicanos a Estados Unidos, han mantenido o incluso aumentado su volumen. Además de estos focos tradicionales, en los últimos años han surgido varias nuevas vertientes migratorias, sobre todo en Sudamérica.

La migración a Estados Unidos sigue siendo el principal eje migratorio regional (de hecho éste es el principal eje migratorio del mundo). Migrantes arriban a Estados Unidos provenientes de todos los continentes, destacándose chinos, indios, polacos, vietnamitas, filipinos, ucranianos, coreanos, irlandeses y rusos. Entre los migrantes legales provenientes del hemisferio americano, se encuentran mexicanos, dominicanos, salvadoreños, cubanos (quienes en su mayoría emigraron tras la Revolución de 1959) y en menor medida jamaiquinos, canadienses, guatemaltecos, haitianos, bahameses y sudamericanos.

Asimismo, una cifra indeterminada pero muy significativa de personas entra sin documentación a Estados Unidos. Más de la mitad de los migrantes indocumentados en Estados Unidos son mexicanos (que históricamente han migrado a Estados Unidos en busca de mejores condiciones laborales). Un número significativo, pero bastante menor de inmigrantes indocumentados, proviene de Centroamérica. A raíz de la crisis política que afectó a Centroamérica en la década de los ochenta, salvadoreños, guatemaltecos y nicaragüenses comenzaron a emigrar en gran número a Estados Unidos. Tras una caída significativa a principios de los noventa, el éxodo de centroamericanos a Estados Unidos volvió a incrementarse como resultado de la devastación provocada por el huracán Mitch en 1998. Canadienses, haitianos, dominicanos, jamaiquinos, bahameños, así como un número importante de sudamericanos, la mayoría de la región andina, también regularmente migran a Estados Unidos.

Aunque mucho menor, otro polo tradicional de migración en el hemisferio es Canadá. A diferencia de Estados Unidos, chinos, indios, taiwaneses, filipinos, centroamericanos o caribeños constituyen la principal fuente de inmigración en Canadá. Entre los americanos, los salvadoreños y haitianos son los grupos inmigratorios más importantes. Canadá también recluta de forma temporal cada año a casi 300,000 trabajadores agrícolas, la mayoría mexicanos.

México es otro importante país receptor en la región, sobre todo de guatemaltecos, hondureños, nicaragüenses, panameños, colombianos y venezolanos. Muchas de estas personas emigran a México atraídas por mayores salarios, otras para huir de la violencia o bien porque desean continuar viaje a Estados Unidos. La migración de haitianos a República Dominicana, así como centroamericanos a Costa Rica, particularmente nicaragüenses, son otras dos fuentes importantes de migración en el Caribe y Centro América.

En Sudamérica, Argentina y Venezuela atraen el mayor número de migrantes. Estas personas migran a Argentina atraídas por mejores condiciones salariales, especialmente de Chile (la mayoría trabajadores zafrales en la Patagonia), Bolivia, Paraguay, Brasil y Uruguay (en su mayoría trabajadores calificados). En Venezuela, la mayoría de los inmigrantes es irregular; en su gran mayoría provienen de Colombia, aunque también de Perú y Ecuador.

Aunque menos importante que Argentina y Venezuela, Brasil también atrae un vasto número de migrantes; la mayoría paraguayos, bolivianos y peruanos, y en menor medida argentinos y uruguayos. Otro receptor tradicional de migración en Sudamérica es Paraguay, la mayoría brasileños indocumentados.

En la región surgieron en el último tiempo nuevas vertientes migratorias. La difícil situación que vive Colombia, donde un incremento importante en la violencia ha coincidido con una aguda crisis económica, generó un éxodo importante de colombianos, principalmente a Estados Unidos, México, Panamá y Europa. Una aguda crisis económica y política ha provocado una salida masiva de ecuatorianos hacia Argentina y España. La inestabilidad política y los problemas económicos en el Perú, precipitó la emigración de peruanos a Japón, Europa, Estados Unidos, Argentina y últimamente a Chile. De modo similar, problemas económicos en Argentina y Uruguay han llevado a que muchas personas, algunas con alta calificación profesional, emigren a Estados Unidos, Europa y en menor medida a México. En este sentido, el caso de Chile es paradigmático; siendo tradicionalmente un país de origen de migrantes, comenzó a absorber un número creciente de extranjeros, entre ellos cubanos, ecuatorianos y peruanos, debido a un alza en el nivel de salarios generado por un largo período de crecimiento económico.

El hecho de que muchos países del hemisferio se hayan transformado en lugares de tránsito de migrantes es una característica nueva y muy interesante. Por México, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Nicaragua y El Salvador, pasan cada año miles de centroamericanos, caribeños y sudamericanos rumbo a Estados Unidos o Canadá. En Sudamérica se da un fenómeno similar. Peruanos y ecuatorianos atraviesan territorio boliviano o chileno para entrar a Argentina, Colombia y Centroamérica camino a Estados Unidos. Un fenómeno notable tiene que ver con la llegada de un número importante de migrantes extra regionales a diversos países del hemisferio. También asiáticos, africanos y personas de Europa del Este arriban con el objetivo de proseguir viaje a Estados Unidos, Canadá u otros destinos.

4. Reflejo de la preocupación de los Estados: Foros, Conferencias, Cumbres, acuerdos bilaterales y multilaterales

La preocupación de los Estados por la problemática de la migración y los derechos humanos se evidencia al haber organizado debates en diversos Foros especiales, Conferencias, Cumbres, a nivel hemisférico y regional, suscribiendo a la par, acuerdos bilaterales y multilaterales.

En el hemisferio americano se han constituido dos Foros especiales para discutir e intercambiar información y experiencias relacionadas con la problemática del trabajo migratorio:

- la *Conferencia Regional sobre Migraciones*, conocida como Conferencia

de Puebla, creada en 1996, de la que participan once países de Centro y Norte América: Estados Unidos, Canadá, México, Guatemala, Honduras, Costa Rica, Belice, El Salvador, Panamá, Nicaragua y República Dominicana.

• la *Conferencia Sudamericana de Migraciones*, iniciada en 1999, de la que participan, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Asimismo, bajo el auspicio de la OEA, desde 1994, se vienen reuniendo los Jefes de Estado y de Gobierno (elegidos democráticamente en sus países) en alguna ciudad del continente con la finalidad de adoptar una estrategia común para resolver los problemas de la región.

Se fijan *Planes de Acción* para superar problemas comunes. La situación de los migrantes y del trabajo de los mismos, ha sido una cuestión tenida siempre en cuenta en los Encuentros. La primera Cumbre tuvo lugar en diciembre de 1994 y la última (quinta) en abril del año 2009. Se ha previsto que la sexta se realice en el año 2013, en la ciudad de Cartagena (Colombia).

En la *primera Cumbre de las Américas*⁴ (1994), los países se comprometieron a garantizar la protección de los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y sus familias. En el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se creó la *Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias*, con funcionamiento a partir de 1997.

En la *segunda Cumbre*⁵ (1998) los países manifestaron su intención

⁴ Se celebró en Miami, EE.UU, del 9 al 11 de diciembre de 1994. Los Jefes de Estado y de Gobierno de los 34 estados miembros de la OEA suscribieron bajo la forma de una Declaración de Principios, el *Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad: Democracia, Libre Comercio y Desarrollo Sostenible en las Américas* acordando asimismo un *Plan de Acción* que consta de 23 temas y detalla las actividades que deberán realizarse para la consecución de los objetivos acordados. Una de las iniciativas más importantes que generó tantas polémicas y disensos posteriores fue el acuerdo para la creación del ALCA (Área de libre comercio de las Américas) según el cual se establecería el acceso al libre mercado de bienes y servicios para el continente; su implementación se daría no más allá del año 2005. Se enfatizó «...Nuestras treinta y cuatro naciones comparten un compromiso ferviente en favor de las prácticas democráticas, la integración económica y la justicia social. Nunca antes nuestros pueblos se habían encontrado en mejores condiciones para expresar sus aspiraciones y aprender los unos de los otros. Las condiciones para la cooperación hemisférica son propicias. Por lo tanto, en representación de todos nuestros pueblos, en cuyo nombre suscribimos esta Declaración, aprovechamos esta oportunidad histórica para crear un Pacto para el Desarrollo y la Prosperidad de las Américas...».

⁵ Tuvo lugar en Santiago de Chile, Chile, del 18 al 19 de abril de 1998. Los temas objeto de preocupación y de compromisos asumidos pueden agruparse en cuatro ejes: 1. educación; 2. preservación y fortalecimiento de la democracia; 3. integración económica y libre comercio y 4. erradicación de la pobreza y la discriminación. Especial compromiso se asumió en materia de educación,

de desplegar esfuerzos para garantizar los derechos humanos de los migrantes y sus familias.

En la *tercera Cumbre*⁶ (2001), se encomendó especialmente a la OEA, la promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes, tomando en consideración el trabajo desplegado por la CIDH, a través de la *Relatoría Especial de Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias*, y la *Relatoría Especial para las Migraciones* de las Naciones Unidas.

La *cuarta Cumbre* se celebró en *Mar del Plata, Argentina*, los días 4 y 5 de noviembre de 2005. Se reunió bajo la consigna: «Crear trabajo para enfrentar la pobreza y fortalecer la gobernabilidad democrática». En el documento preliminar, elaborado para la discusión de los países participantes, se enfatizan varios temas que hacen al trabajo migratorio⁷.

destacando que la ciencia y la tecnología deben estar al servicio de aquélla; otros temas de especial atención dispensada fueron: la integración regional para el desarrollo económico respetando las identidades culturales; la fuerza y sentido de la democracia representativa por la participación activa de los individuos en todos los niveles de la vida ciudadana. En este sentido se destacó la necesidad de ahondar en la cultura y en la educación para la democracia; en el respeto y promoción de los derechos humanos y libertades fundamentales de *todos* los individuos enfatizando la libertad de expresión, de información y de opinión como la prensa libre. También se remarcó la necesidad de una administración de justicia independiente y eficaz que garantice la igualdad de todos los ciudadanos; de combatir todas las formas de discriminación en el Hemisferio con énfasis en la igualdad de derechos y oportunidades de hombres y mujeres; se asumió la obligación de desplegar «especiales esfuerzos para garantizar los derechos humanos de todos los migrantes, incluidos los trabajadores migrantes y sus familias. Se puntualizó que «La superación de la pobreza sigue siendo el reto más grande al que se enfrenta nuestro Hemisferio. Estamos conscientes de que el crecimiento positivo observado en las Américas en los últimos años no ha solucionado todavía los problemas de inequidad y exclusión social. Estamos decididos a eliminar las barreras que niegan a los pobres el acceso a la nutrición adecuada, a los servicios sociales, a un medio ambiente sano, al crédito y a los títulos legales de sus propiedades. Proporcionaremos un mayor apoyo a las micro y pequeñas empresas, promoveremos las normas laborales fundamentales reconocidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y utilizaremos nuevas tecnologías para mejorar las condiciones de salud de todas las familias en las Américas, con el apoyo técnico de la Organización Panamericana de la Salud (OPS), logrando mayores niveles de equidad y desarrollo sostenible....».

⁶ Llevada a cabo en Québec, Canadá, del 20 al 22 de abril de 2001. Los mandatarios adoptaron una Declaración Política y un Plan de Acción en los que reiteraron su apoyo a los principios y valores de la democracia representativa y el respeto a los derechos humanos. Aprobaron la Declaración «Conectando a las Américas» y respaldaron la iniciativa canadiense de establecer un Instituto para la Conectividad de las Américas como una contribución de ese país al cumplimiento del mandato de los líderes políticos del hemisferio. Asimismo, aprobaron una Declaración de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia.

⁷ Se hizo constar que: «Los países de América enfrentan una situación general enmarcada por la democracia política, elevados índices de pobreza y desigualdad social; se requiere entonces la implementación de un crecimiento económico con equidad, un fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el desarrollo social

Se hizo constar que «Los países de América enfrentan una situación general enmarcada por la democracia política, elevados índices de pobreza y desigualdad social; se requiere entonces la implementación de un crecimiento económico con equidad, un fortalecimiento de la gobernabilidad democrática y el desarrollo social sostenido. Así pues debe combatirse el hambre, el analfabetismo y las enfermedades que provocan la perdida de autonomía y dignidad de las personas».

En este contexto, se puntualizó que «el trabajo guarda un papel central, pues a través de su carácter de principal vehículo de integración social brinda a las personas libertad, justicia, seguridad y protección. Las nuevas políticas que se generen deben propiciar principalmente *la generación de trabajo decente, y cada estado podrá generar empleo decente* sólo si se propone los siguientes objetivos: (2005) se reunió bajo la consigna: «Crear trabajo para enfrentar la pobreza y fortalecer la gobernabilidad demo-crática». La Cumbre funcionó mediante sesiones de trabajo abarcando los siguientes temas: crear trabajo decente, crear trabajo para enfrentar la pobreza y crear trabajo para fortalecer la gobernabilidad democrática.

Para la celebración de esta cuarta Cumbre se efectuaron nueve Reuniones del GRIC (Grupo de Revisión e Implementación de Cumbres de la OEA) con el propósito de avanzar en los preparativos y negociaciones de los documentos que emanarían del encuentro.

Los mandatarios adoptaron la *Declaración de Mar del Plata* que incluye grandes rubros de interés para la región: crecimiento con empleo; trabajo

sostenido. Así pues debe combatirse el hambre, el analfabetismo y las enfermedades que provocan la pérdida de autonomía y dignidad de las personas». En este contexto, se puntualizó que «el trabajo guarda un papel central, pues a través de su carácter de principal vehículo de integración social brinda a las personas libertad, justicia, seguridad y protección. Las nuevas políticas que se generen deben propiciar principalmente *la generación de trabajo decente, y cada estado podrá generar empleo decente* sólo si se propone los siguientes objetivos: 1) Políticas macroeconómicas, comerciales, productivas, de infraestructura, migratorias, educativas y de previsión social absolutamente integradas. 2) Crecimiento de la inversión privada y el empleo. 3) Desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. 5) Reinserción de los desempleados y mejores condiciones de empleo. 6) Formación profesional y de más alta calidad. 7) Reducción de la brecha de género existente. 8) Diálogo social entre el Estado, los empresarios y los trabajadores». En el marco de las mesas de discusión de la IV Cumbre de las Américas, la sección denominada: «Crecimiento con Equidad» abarca en sus cuatro temas de discusión, el *financiamiento para el desarrollo, un ambiente económico favorable, la migración, y el mejoramiento de la estabilidad y movilidad social*. Resulta así que en la sub-sección identificada como «Migración» fue donde se abordaron aspectos de la realidad del trabajo, la calidad de vida, destacándose la importancia de una *distribución equitativa de los beneficios del crecimiento económico, como única forma de erradicar la pobreza y la inequidad en el continente*. El *trabajo migratorio* interesa a partir de la advertencia de los países de América acerca de la *vulnerabilidad de los trabajadores migratorios, e incluso de sus familias*, hacia todas las formas de violación de los derechos humanos.

para enfrentar la pobreza; formación de la fuerza laboral; micro, pequeñas y medianas empresas como motor de crecimiento del empleo; marco para la creación de trabajo decente; y fortalecimiento de la gobernabilidad democrática.

Por su parte, el *Plan de Acción de Mar del Plata* establece las actividades que los Gobiernos, el Hemisferio y los Organismos Internacionales realizarán a fin de alcanzar los objetivos en las seis temáticas descriptas.

Los temas de interés establecidos en los documentos de Mar del Plata fueron: implementar políticas integrales que institucionalicen la lucha contra la pobreza; dotar a la globalización de un fuerte contenido ético y humano; eliminar las disparidades existentes entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo; *proteger plenamente los derechos humanos de todo migrante, sin importar su condición, y la observancia plena de las leyes laborales que les aplican*; diálogo social inclusivo, transparente y amplio, y diálogo tripartito; facilitar la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en el comercio internacional; y la promoción y protección universal de los derechos humanos incluidos los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

La quinta Cumbre⁸ (2009), trabajó bajo el lema «*Asegurar el futuro de nuestros ciudadanos mediante la promoción de la prosperidad humana*». Incluye políticas para paliar la pobreza, garantizar el acceso a la salud, alimentación y servicios básicos, reducir la exposición a la violencia y el crimen y protección de los más vulnerables, incluyendo mujeres, niños y pueblos indígenas. La Cumbre insistió en la necesidad de invertir en una educación de calidad como factor de inclusión social y de avance de la sociedad. Además, se reiteró la necesidad de incentivar los créditos a micro, pequeñas y medianas empresas como factor fundamental de desarrollo, la seguridad energética y la sostenibilidad ambiental.

Entre el desarrollo de las cinco Cumbres, tuvieron lugar otros dos encuentros: uno sobre *Desarrollo Sostenible*⁹, en el que se reafirmó la determinación de los Estados involucrados en avanzar hacia el desarrollo sostenible e implementar las decisiones y compromisos contemplados en la *Declaración de Río* y en la *Agenda 21*, adoptados en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992. Reconocieron que la globalización, los esfuerzos hacia la integración y la complejidad de los asuntos ambientales representan retos y oportunidades para los países del Hemisferio. Se comprometieron a adoptar medidas políticas y estratégicas que alienten cambios en los patrones de producción y consumo a fin de alcanzar el desarrollo sostenible, una mejor calidad de vida y la preservación del medio ambiente, así como a contribuir a la superación de la pobreza. El segundo encuentro

⁸ Tuvo lugar en Puerto España, capital de Trinidad y Tobago, del 17 al 19 de abril de 2009.

⁹ Llevado a cabo en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 7 y 8 de diciembre de 1996.

fue el de la *Cumbre extraordinaria de las Américas*¹⁰ que contó con la participación de 32 países de la región, 27 de los cuales estuvieron representados por sus Jefes de Estado y/o de Gobierno. Los mandatarios adoptaron la *Declaración de Nuevo León* que aborda tres áreas de especial interés para el Hemisferio: crecimiento económico con equidad para reducir la pobreza, desarrollo social y gobernabilidad democrática.

Por otro lado, en materia de negociaciones o acuerdos entre los Estados tendientes a regularizar la migración de trabajadores migratorios y de sus familias, coordinando sus políticas, se contabilizan varios convenios migratorios. A nivel bilateral, por ejemplo, se encuentran los suscriptos entre Canadá y México; entre Estados Unidos y México; entre la República Dominicana y Haití; entre Bolivia y Argentina; entre Costa Rica y Nicaragua; entre Colombia y Venezuela como asimismo entre Perú y Argentina.

A nivel multilateral, los más relevantes en materia de migración son los suscriptos en el ámbito del Mercosur y el Pacto Andino.

5. La Relatoría especial de trabajadores migratorios y miembros de sus familias

Respondiendo a un pedido específico de la Asamblea General de la OEA, la CIDH creó la *Relatoría especial de trabajadores migratorios y miembros de sus familias*, en 1997. Esta decisión demuestra el interés de los Estados miembros de la OEA por brindar especial atención a un grupo caracterizado por su vulnerabilidad y que, por ende, está especialmente expuesto a violaciones de derechos humanos. La CIDH delimitó el campo de acción de la Relatoría únicamente a los trabajadores migratorios y sus familias cuando éstos se encuentran en un país del que no son nacionales. En tal sentido, la CIDH aclaró que ella no se abocaría al conocimiento de otras categorías de personas migratorias como «personas desplazadas en el ámbito interno», «apátridas», «refugiados» o «solicitantes de asilo». Sin perjuicio de ello, la CIDH es consciente que hay principios comunes que se aplican a todas estas categorías de personas.

La CIDH determinó que uno de sus siete Comisionados ejerza como *Relator Especial de Trabajadores Migratorios y sus Familias*.

5.1 Funciones y actividades

- **Funciones:** la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios realiza una labor de promoción en materia de derechos humanos. Entre sus principales objetivos se destaca generar conciencia en cuanto al deber de los Estados de respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias;

- presentar recomendaciones específicas a los Estados miembros de la

¹⁰ Celebrada en Monterrey, Nuevo León, los días 12 y 13 de enero de 2004.

OEA sobre materias relacionadas con la protección y promoción de los derechos humanos de estas personas, a fin de que se adopten medidas en su favor;

- elaborar informes y estudios especializados sobre la situación de los trabajadores migratorios y sobre temas relativos a la migración en general; y
- actuar con prontitud respecto a peticiones o comunicaciones en donde se señale que los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familias son vulnerados en algún Estado miembro de la OEA.

En el marco de las actividades de la Relatoría se destaca:

- el monitoreo de los desarrollos en materia migratoria en la región; al efecto, estudia los cambios y los debates en materia de legislación o políticas migratorias de los países miembros;
- el desarrollo de talleres de promoción de derechos humanos y capacitación para organizaciones civiles que trabajen en el área de migraciones;
- la participación en Conferencias y Foros Intergubernamentales en donde se discutan tópicos en materia migratoria;
- el contacto permanente con organizaciones internacionales y centros de investigación que trabajan el tema migratorio en las Américas.

La Relatoría participó en el proceso de la Opinión Consultiva (OC-18) ante la Corte IDH¹¹, ante el pedido presentado por México sobre el alcance del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación y su aplicación a los derechos laborales de los trabajadores en situación migratoria irregular en el Estado en que viven y trabajan. Dentro de este proceso, la Relatoría junto con la Secretaría Ejecutiva de la CIDH, elaboró y presentó un dictamen ante la Corte IDH.

5.2 Violaciones a los derechos humanos

El Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el Hemisferio, da cuenta que los migrantes (con mayor gravedad en el caso de los indocumentados, por sus especiales condiciones de vulnerabilidad) están expuestos a arrestos, carecen de las garantías del debido proceso, padeciendo de deportaciones masivas, discriminación para obtención de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales a los que los extranjeros tienen derecho por ley, condiciones de detención infráhumanas, apremios ilegítimos por parte de autoridades (policías y funcionarios de inmigración) y completa indefensión por la explotación de parte de empleadores inescrupulosos. Se destaca que tales situaciones afectan de forma particular a las mujeres y niños migrantes, quienes están además expuestos a excesos, como acoso sexual, golpizas y condiciones de trabajo deficiente.

¹¹ OC 18/2003, del 17/09/2003.

Otro fenómeno visto con gran preocupación, que afecta directamente a los migrantes, si bien no vinculado necesariamente con los Estados, es el *aumento de las mafias dedicadas al tráfico de personas*¹². Estas organizaciones delictivas no sólo lucran de forma ilícita, sino que muchas veces maltratan, estafan o despojan a migrantes desesperados que contratan sus servicios. Además, en su afán de burlar la vigilancia de las autoridades, exponen a personas, incluidas mujeres, ancianos y niños, a peligros innecesarios que a veces terminan de forma fatal¹³.

A la par, también se contabiliza la *delincuencia en las fronteras*, sobre todo las caracterizadas por grandes flujos de personas, que las han transformado en lugares muy peligrosos donde operan una serie de bandas criminales. Estos grupos aprovechan la condición de vulnerabilidad de los migrantes para cometer todo tipo de delitos (robos, asaltos, violaciones, extorsión, y asesinatos). No pasa inadvertido que la delincuencia no sólo involucra a bandas criminales, sino que muchas veces también se extiende a funcionarios corruptos que roban, abusan y extorsionan a trabajadores migrantes en zonas fronterizas.

V. Las migraciones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El SIDH también ha realizado su aporte a la temática de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares. La Corte IDH, en ejercicio de su competencia, se expidió disponiendo medidas provisionales (art. 63, párrafo 2, CADH) como así también opiniones consultivas (art. 64, CADH).

1. *Medidas provisionales*

En el año 2000, el SIDH abordó la problemática de los trabajadores migratorios y sus familias a través de una solicitud de medidas provisionales presentada por la CIDH a la Corte IDH con motivo de la expulsión masiva de haitianos y dominicanos de origen haitiano que se encontraban en territorio de República Dominicana. La solicitud presentada por la CIDH a la Corte IDH, dio lugar a que ésta ordenara medidas provisionales en favor de determinadas personas a fin de proteger sus derechos fundamentales¹⁴.

¹² Se señala que el contrabando de personas a Estados Unidos es un negocio que mueve cada año alrededor de 3 mil millones de dólares.

¹³ Se cita como ejemplo que traficantes de migrantes en ocasiones abandonan a sus clientes en el desierto, en el mar, o los transportan en camionetas o contenedores en condiciones de hacinamiento tal que pueden llevarlos a morir por asfixia.

¹⁴ El 12 de noviembre de 1999, la Comisión recibió una comunicación en la cual se denunciaba la realización de expulsiones masivas por parte del Estado dominicano de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano. En la denuncia se indicaba que las expulsiones se realizaban mediante redadas colectivas, sin

Fue la primera oportunidad en que la Corte IDH¹⁵ dictó medidas provisionales con la finalidad de: a) frenar las expulsiones masivas de personas; b) requerir a un Estado que se abstenga de expulsar de su territorio a determinadas personas; c) requerir a un Estado que permita el retorno inmediato de determinadas personas a su territorio; y d) requerir a un Estado que permita la reunificación familiar de determinadas personas.

La Corte IDH resolvió:

1. Requerir al Estado de la República Dominicana que adopte, sin dilación, cuantas medidas sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de Benito Tide Méndez, Antonio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.
2. Requerir al Estado de la República Dominicana que se abstenga de deportar o expulsar de su territorio a Benito Tide Méndez y Antonio Sension.
3. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita el retorno inmediato a su territorio de Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.
4. Requerir al Estado de la República Dominicana que permita, a la mayor brevedad, la reunificación familiar de Antonio Sensión y Andrea Alezy con sus hijos menores en República Dominicana.
5. Requerir al Estado de la República Dominicana que colabore con Antonio Sension para obtener información sobre el paradero de sus familiares en Haití o en la República Dominicana.

Según se advierte, la Corte continuó su línea jurisprudencial consistente otorgar medidas provisionales sólo a favor de personas expresamente identificadas. Empero, se innova si se tiene en cuenta que hasta esa oportunidad la Corte IDH sólo había dictado medidas para proteger los derechos a la vida y la integridad física de personas en riesgo. En esta ocasión, por primera vez, extiende su protección a derechos como el de residencia en el país de origen, la protección de menores y la vida familiar.

procedimiento legal que permitiera identificar adecuadamente la nacionalidad de los «expulsados», ni su estatus migratorio, ni sus vínculos familiares; simplemente eran separados de sus hogares, sin previo aviso y, sin permitirles llevar sus pertenencias. La solicitud de medidas provisionales se hizo a favor de un grupo determinado (de haitianos y dominicanos de origen haitiano) aunque innombrado de personas, debido a que la práctica del Estado dominicano no permitía distinguir miembros individuales del grupo y debido a que éstos no se atrevían a presentarse de manera individual por temor a represalias.

¹⁵ Corte IDH. «Medidas Provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana», 18 de agosto de 2000.

2. *Opiniones consultivas*

Según lo ya expresado, el SIDH ha tratado la temática vinculada a los migrantes. El 10 de mayo de 2002, México sometió a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre la privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos¹⁶. Integró la consulta la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el DIDH, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano.

La Corte IDH, de manera previa a dar respuesta a la consulta, estableció la significación a otorgar a ciertos términos, tomando como base los convenios de la OIT (Nº 97 sobre los Trabajadores Migrantes –revisado– de 1949 y Nº 143 sobre los Trabajadores Migrantes –disposiciones complementarias– de 1975) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares¹⁷, aprobada en el ámbito de la ONU¹⁸. Los términos aclarados en su significación fueron:

¹⁶ Las normas cuya interpretación solicitó México al Tribunal son las siguientes:

- los arts. 3.1 y 17 de la Carta de la OEA;
- el art. II (Derecho de igualdad ante la Ley) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- los arts. 1.1 (Obligación de respetar los derechos), 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y 24 (Igualdad ante la ley) de la CADH;
- los arts. 1, 2.1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y
- los arts. 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷ ONU, 18 de diciembre de 1990. Argentina aprobó dicha Convención mediante Ley 26.202 (BO 17/01/2007).

¹⁸ Los términos aclarados en su significación fueron:

Emigrar o migrar: dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él. *Emigrante*: persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él. *Inmigrar*: llegar a otro Estado con el propósito de residir en él. *Inmigrante*: persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él. *Migrante*: término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante. *Estatus migratorio*: situación jurídica en la que se encuentra un migrante, de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo. *Trabajador*: persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada. *Trabajador migrante*: persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. De acuerdo a lo establecido en el art. 11 del Convenio Nº 143 sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) de 1975, *trabajador migrante* es «toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; e incluye también a toda persona admitida regularmente como *trabajador migrante*». *Trabajador migrante documentado o en situación regular*: persona que se encuentra autorizada a ingresar, a permanecer y a ejercer

Emigrar o migrar: dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

Emigrante: persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

A. Sentido y alcance de la obligación general estatal de respetar y garantizar los derechos humanos

Atendiendo a la regulación contenida en los instrumentos internacionales específicos sobre los que se sustentara la solicitud (la CADH, art. 1, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -PIDCyP, art. 2), siguiendo la jurisprudencia internacional de los órganos de supervisión de tal regulación y considerando que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana, que la hacen titular de derechos humanos fundamentales, se sostuvo que tales derechos *«son superiores al poder del estado, sea cual sea su organización política»* (párr. 73). De ahí es que los Estados tienen la *«obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales»*¹⁹; en esta línea, las obligaciones asumidas tienen

una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte. De acuerdo a lo establecido en el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del 18 de diciembre de 1990, los trabajadores migratorios y sus familiares «[s]erán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte». *Trabajador migrante indocumentado o en situación irregular:* persona que no se encuentra autorizada a ingresar y a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte y que, sin embargo, realiza dicha actividad. De acuerdo a lo establecido en el art. 5 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, «serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo». *Estado de origen:* Estado del cual es nacional el trabajador migrante. De acuerdo a lo establecido en el art. 6. a) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, «por 'Estado de origen' se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate». *Estado de empleo o Estado receptor:* Estado en el cual el trabajador migrante vaya a realizar, realiza o haya realizado una actividad remunerada. De acuerdo a lo establecido en el art. 6. b) de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, «por 'Estado de empleo' se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso».

¹⁹ Son varios los instrumentos internacionales que receptan la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos; entre ellos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 2), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos

un *aspecto positivo* (suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental) y otro *negativo* (evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental)²⁰.

La jurisprudencia de los órganos de supervisión de la CADH y del PIDCyP tenida en consideración fue la siguiente: «el artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno...»²¹.

En la misma línea, se tuvo en cuenta: «En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La

Económicos, Sociales y Culturales «Protocolo de San Salvador» (art. 1), la Carta de las Naciones Unidas (art. 55.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos (Preámbulo), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2.1 y 2.2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (art. 7), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Preámbulo), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1), la Carta Social Europea (Preámbulo), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos «Carta de Banjul» (art. 1), y la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (art. 2).

²⁰ Cfr. párr.81.

²¹ Caso «Cinco Pensionistas», sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C N° 98, párr. 163; . «Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingnir», sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C N° 79, párr. 154; y «Caso Baena Ricardo y otros», sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C N° 72, párr. 178.

Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (*principio del effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención...»²².

También cabe contabilizar lo afirmado en orden a que: «el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías»²³.

Por su lado, el *Comité de Derechos Humanos*, en relación con lo establecido en el art. 2 del PIDCyP, destacó: «...en general y dentro del marco que en él se fija, el artículo 2 del Pacto deja al arbitrio de los Estados Partes interesados la elección del método de aplicación del propio Pacto en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El Comité considera necesario señalar a la atención de los Estados Partes el hecho de que la obligación prevista en el Pacto no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados Partes se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados Partes realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos [...] A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del Pacto (y del Protocolo Facultativo, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado Parte en virtud del Pacto»²⁴.

La Corte Europea de Derechos Humanos dispuso: «...La Convención no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados partes a respetar los derechos y libertades que contiene; tal y como establece el artículo 14 (art.14) y el texto en inglés del artículo 1 (art.1) («debe asegurar», «shall

²² Caso «Cinco Pensionistas» cit, párr. 164; y cfr. Caso «Cantos», sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C N° 97, párr. 59; y Caso «Hilaire, Constantine y Benjamin y otros», sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C N° 94, párr. 213.

²³ Cfr. Caso «Cinco Pensionistas» cit, párr. 165; Caso «Baena Ricardo y otros» cit, párr. 180; y Caso «Cantoral Benavides», sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C N° 69, párr. 178.

²⁴ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General 3, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a Nivel Nacional (art. 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrs. 1 y 2.

secure»), la Convención además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación a niveles subordinados»²⁵.

B. Principio de igualdad y no discriminación. El deber universal de respeto y garantía²⁶

Del principio de *igualdad* reconocido a todas las personas, derivan,

²⁵ Eur. Court H.R., «Case of Ireland v. the United Kingdom», Judgment of 18 January 1978, Series A N° 25, para. 239.

²⁶ Los principios de protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación están consagrados en numerosos instrumentos internacionales. Entre ellos: la Carta de la OEA (art. 3.1); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 24); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o «Protocolo de San Salvador» (art. 3); la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.3); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 2 y 7); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 2.2 y 3); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 y 26); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 2); la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 2); la Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (arts. 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 2, 3, 5 a 16); la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (arts. 2 y 4); la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); el Convenio N° 97 de la OIT sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (art. 6); el Convenio N° 111 de la OIT relativo a la Discriminación en materia de Empleo y Ocupación (arts. 1 a 3); el Convenio N° 143 de la OIT sobre los Trabajadores Migrantes, Disposiciones complementarias (arts. 8 y 10); el Convenio N° 168 de la OIT sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (art. 6); la Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); la Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, arts. 19 a 24; II.B.2, arts. 25 a 27); la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (arts. 2, 3, 4.1 y 5); la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (art. 3); la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); la Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales del país en que viven (arts. 5.1.b y 5.1.c); la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (arts. 20 y 21); el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (arts. 1 y 14); la Carta Social Europea (arts. 19.4, 19.5 y 19.7); el Protocolo N° 12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (art. 1); la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos «Carta de

según la Corte IDH, *la igualdad ante la ley y la no discriminación*²⁷. La igualdad, sostuvo, es difícil de desligar de la no discriminación; los mismos instrumentos internacionales, al aludir al principio de igualdad, disponen que debe garantizarse sin discriminación alguna. Dicho en otros términos: los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados²⁸.

Ya con anterioridad, el mismo órgano jurisdiccional había sostenido: «...en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio»²⁹.

Quedó reconocido que «...existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional...»³⁰.

Teniendo en cuenta que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de no discriminación está reconocido en tantos instrumentos internacionales, puede sostenerse que existe un *deber universal* de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado del principio de igualdad, general y básico³¹.

1) La Igualdad y la unidad del género humano

La igualdad, según la Corte IDH, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad³².

²⁷ Banjul» (arts. 2 y 3); la Carta Árabe sobre Derechos Humanos (art. 2); y la Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (art. 1).

²⁸ Cfr. párr. 83.

²⁹ Cfr. párr. 96.

³⁰ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A N° 4, párr. 54.

³¹ Cfr. párr. 85.

³² Cfr. párr. 86.

³² *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, párr. 45; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit., párr. 55.

2) «*Distinción*» versus «*discriminación*»

La Corte IDH diferenció los términos «distinción» y «discriminación». Distinción es entendido como lo *admisible*, en virtud de ser *razonable*, *proporcional* y *objetivo*. La discriminación, por el contrario, se emplea para hacer referencia a lo *inadmisible*, por violar los derechos humanos. Luego, el término discriminación se emplea para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos³³.

Examinando las implicancias del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, se enfatizó que «no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana»³⁴. En este sentido, se señaló que pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la *situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran*³⁵. Ejemplificado el aserto: una desigualdad no discriminatoria establecida por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser recluidos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía³⁶.

Sobre el tema, la Corte IDH había sostenido: «no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana»³⁷.

³³ Cfr. párr. 84.

³⁴ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 46; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit., párr. 56.

³⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 46.

³⁶ Cfr. párr. 91.

³⁷ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 47; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit., párr. 57.

3) La igualdad y no discriminación como principios. Naturaleza jurídica y consecuencias. Jus cogens y obligaciones erga omnes

El concepto de *jus cogens*, sostuvo la Corte IDH, ha estado en sus orígenes ligado particularmente al Derecho de los Tratados. Tal como está formulado el *jus cogens* en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, «es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general». También apuntó la Corte que el artículo 64 de la misma Convención se refiere al *jus cogens supervinente*, al señalar que «si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará».

Queda claro así que el *jus cogens* no se limita al Derecho de los Tratados pues se ha visto ampliado alcanzando al Derecho Internacional general, y abarca a todos los actos jurídicos. El *jus cogens* se ha manifestado, en términos de la Corte IDH, también en el Derecho de la Responsabilidad Internacional de los Estados, incidiendo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional³⁸.

Fundamental relevancia reviste la interpretación efectuada por la Corte IDH en orden a que en función del sentido y alcance otorgado a la obligación estatal de respeto y garantía de los derechos humanos, lleva a considerar que *todos* los Estados, como *miembros de la comunidad internacional, independientemente de que sean parte o no de determinado tratado internacional*, deben cumplir las obligaciones *sin discriminación alguna*; ello se desprende, enfatiza y reitera, directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Como consecuencia, razona el Tribunal, *el principio de igualdad y no discriminación es imperativo* en el Derecho internacional general.

En función de ello, el principio de igualdad y no discriminación pertenece al *jus cogens*, ya que sobre él «...descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional»³⁹.

³⁸ Cfr. párr. 99.

³⁹ «...En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*...» (Párr. 101, OC

Definida la obligación general de respeto y garantía de los derechos humanos, bajo el paradigma de la igualdad y la no discriminación, se establecen las obligaciones específicas de los Estados, derivadas de aquélla; su incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado, tanto más grave cuanto ese incumplimiento viola normas de *jus cogens*⁴⁰.

Y avanzando aún más, sostuvo la Corte que todo el marco obligacional de los derechos humanos vinculados al principio de igualdad y no discriminación, es aplicable a todos los Estados miembros de la OEA; al involucrar normas de *jus cogens*, las obligaciones respectivas son exigibles *erga omnes*, lo que importa sostener que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares⁴¹; las mencionadas obligaciones impuestas a los Estados lo son en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, *independientemente del estatus migratorio* de las personas protegidas.

En resumidas cuentas, los Estados asumen las siguientes obligaciones:

1. Deber de abstención: deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de ipso* (mediante leyes, disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter; actuaciones y prácticas de sus funcionarios que aplicando o interpretando la ley discriminan a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, etc.).

2. Obligación de hacer: están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas.

18/03). Este criterio ya había sido sostenido anteriormente por la Corte IDH; véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párr. 45; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, cit, párr. 55.

⁴⁰ Cfr. párr. 103 a 106.

⁴¹ «...Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados, en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, e independientemente del estatus migratorio de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la Convención Americana y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, inclusive el derecho a las garantías judiciales. De ese modo, se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva» (párr. 109). «...[...]...Finalmente, en lo que ataña a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva [...]..., todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados, precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *jus cogens*, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares» (párr. 110).

3. Las distinciones que efectúen deben ser objetivas y razonables: reúnen dichos recaudos cuando se realicen respetando los derechos humanos y en función del principio *pro homine*.

4. Garantizar la tutela judicial efectiva y el debido proceso legal, adjetivo y sustantivo: deben asegurar en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo⁴² que la ampare en la determinación de sus derechos, *independientemente de su estatus migratorio*.

C. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes, cualquiera fuere su condición

1) Características especiales de los migrantes

En la opinión consultiva 18/03 se explicitan determinadas características de los migrantes que justifican su protección. En este sentido se señala:

a. ausencia o diferencia de poder con respecto a los no migrantes (nacionales o residentes). Tienen una dimensión ideológica que se presenta en un contexto histórico diferente para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de jure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales);

b. diferencias en el acceso a los recursos públicos administrados por el Estado;

c. prejuicios culturales (étnicos, xenofobia y racismo) que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, lo cual dificulta la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra;

⁴² Al respecto, la Corte IDH señaló que: «...la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial. Caso «Cinco Pensionistas», cit., párr. 136; y *cfr. Caso «de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni»*, cit., párr. 113; Caso «Ivcher Bronstein», sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C N° 74, párrs. 136 y 137; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A N° 9, párr. 24.

d. el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional»⁴³.

En este orden de ideas, se recuerda que en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo, en 1994, se destacó que «los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones internacionales se produce entre países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados»⁴⁴.

2) Estándares básicos para los migrantes

Respecto de los migrantes, los Estados están obligados a cumplir un catálogo de obligaciones que bien pueden calificarse como «estándares básicos», a saber:

- Garantizar a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, el principio de igualdad y no discriminación⁴⁵;
- el Estado puede iniciar acciones en contra del migrante irregular, respetando y garantizando el ejercicio de los derechos humanos, sin discriminación por su regular o irregular condición, ni por otra causa (nacionalidad, raza, género o cualquier otra)⁴⁶;
- el Estado puede otorgar un trato distinto a los migrantes documentados respecto de los indocumentados, o entre migrantes y nacionales⁴⁷, condicionado ello a que ese trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos;
- el Estado debe respetar las garantías del debido proceso que implican⁴⁸:

⁴³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución A/RES/54/212 sobre «Migración internacional y desarrollo» del 1 de febrero de 2000.

⁴⁴ Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, Programa de Acción, Capítulo X.A.10.1.

⁴⁵ Cfr. párr. 107.

⁴⁶ Cfr. párr. 108.

⁴⁷ Se citó como ejemplo que pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos; también pueden los Estados establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio (párr. 119).

⁴⁸ Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia*

a) que el justiciable pueda hacer valer sus derechos en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables;

b) que el proceso, para alcanzar sus objetivos (realización de la justicia) reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de quienes son llevados a la justicia. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación se proyectan también al ámbito procesal, porque las condiciones de desigualdad real obligan a la adopción de medidas de compensación que contribuyan a reducir o a eliminar los obstáculos que restringen la defensa eficaz de los intereses. De tal manera, «la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae* sino también *ratione personae*, sin discriminación alguna»⁴⁹;

c) el debido proceso legal abarca cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional⁵⁰ y en cualquiera de los fueros (civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter), es decir, no sólo en el penal⁵¹.

- el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea real y no solo formal⁵²;

- los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten⁵³.

3) Los migrantes, la actividad laboral y el derecho del trabajo

Los ejes conceptuales brindados por la Corte IDH pueden sistematizarse de la siguiente manera:

- el derecho del trabajo, en su vertiente nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, con independencia de cualquier otra consideración de carácter económica o social; de ello se sigue que cuando una persona trabaja, tiene garantizados sus derechos laborales con ajenidad a su situación migratoria⁵⁴;

- el migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral⁵⁵;

Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, párr. 115, 117 y 119; y *Cfr. Condición jurídica y derechos humanos del niño*, cit., párrs. 97 y 115; y *Caso «Hilaire, Constantine y Benjamin y otros»*, cit., párr. 146.

⁴⁹ Cfr. párr. 121 y 122.

⁵⁰ *Caso «Baena Ricardo y otros»*, cit., párr. 124; y cfr. *Caso «Ivcher Bronstein»*, cit., párr. 102; *Caso «del Tribunal Constitucional»*, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C N° 71, párr. 69; y *Garantías judiciales en Estados de Emergencia*, cit., párr. 27.

⁵¹ Cfr. *Caso «Baena Ricardo y otros»*, cit., párr. 127.

⁵² Cfr. párr. 126.

⁵³ Cfr. párr. 126.

⁵⁴ Cfr. párr. 133.

⁵⁵ Cfr. párr. 134.

- el Estado y los particulares en un Estado, no están obligados a brindar trabajo a los migrantes indocumentados⁵⁶;
- las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales a todos los trabajadores migrantes, proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y para los terceros. Ello implica que el Estado tiene un rol relevante, tanto en las relaciones laborales generadas en el ámbito del derecho público como las originadas en el del derecho privado⁵⁷;
- cuando el Estado se constituye en empleador, debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o migrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente⁵⁸;
- en las relaciones laborales regidas por el Derecho privado, el Estado tiene la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos. Tal obligación abarca tanto los actos del poder público como los efectuados por personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, como asimismo cuando la violación de los derechos humanos sea llevada a cabo por un particular; en este último supuesto, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁹;
- la obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros (personas físicas o jurídicas) se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto el derecho privado. En consecuencia, deben además velar para que en esas relaciones privadas entre terceros, se respeten los derechos humanos⁶⁰.

⁵⁶ Cfr. párr. 135.

⁵⁷ Cfr. párr. 137 y 138.

⁵⁸ Cfr. párr. 139.

⁵⁹ Cfr. párr. 137 a 140. Téngase presente que desde los primeros casos contenciosos, la Corte IDH se ha expedido sobre los efectos *erga omnes* de las obligaciones agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención». Caso «Velásquez Rodríguez», sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 172; y cfr. Caso «Godínez Cruz», sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 181, 182 y 187.

⁶⁰ Cfr. párr. 147 y 151.

4) ¿Cuáles derechos laborales?

Según la Corte IDH, los derechos laborales que los Estados deben respetar y garantizar son los que el sistema jurídico, nacional (donde se incluyen las prácticas locales y específicas, además de lo que surge de las constituciones políticas, leyes, convenios colectivos, estatutos, decretos, etc.) e internacional (cualquiera sea el tratado del que sea parte), reconoce a los trabajadores⁶¹.

5) Pautas de interpretación. Principios *pro homine e in dubio pro operario*

La interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana (*pro homine*), en este caso, al trabajador (*in dubio pro operario*). De ello se sigue que si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno; antes bien, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente⁶².

6) Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

Los migrantes indocumentados que trabajen tienen derecho a la protección, respeto y garantía de sus derechos. En el marco de los derechos individuales debe respetarse:

- la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio,
- la prohibición y abolición del trabajo infantil,
- la atención especial para la mujer trabajadora,
- salario justo por trabajo realizado,
- jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene),
- descanso e
- indemnización.

En orden a los derechos colectivos, el respeto y garantía incluye:

- libertad de asociación
- libertad sindical y
- negociación colectiva.

Asimismo, tienen derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social como así también deben respetarse las garantías judiciales y administrativas.

⁶¹ Cfr. párr. 155.

⁶² Cfr. párr. 156.

7) La dignidad y sus derivaciones. El disfrute de una «vida» digna. El «estándar de vida» digno. El «desarrollo integral» como ser humano

El respeto de los derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares disfrutar de una vida digna. La contra-prestación por el trabajo debe consistir en una remuneración que permita a los trabajadores y a sus familiares gozar de un «estándar de vida digno». El trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano⁶³.

8) Garantías para el ejercicio de los derechos laborales

Los trabajadores migrantes indocumentados, *poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo*, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos⁶⁴.

D. Políticas migratorias y la obligación de los Estados

1) Paradigmas: las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas.

La política migratoria⁶⁵ de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directivas, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio⁶⁶.

Los objetivos de las políticas migratorias deben respetar y garantizar los derechos humanos y las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables⁶⁷.

⁶³ Cfr. párr. 157.

⁶⁴ Cfr. párr. 160.

⁶⁵ Téngase en cuenta que en la Declaración y el Programa de Acción adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (celebrada en Durban, Sudáfrica del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001) se instó a todos los Estados a que «revisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos». Asimismo, en el párrafo 9 de la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/5 sobre «El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia» se «pidió a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes», párr. 38 y 30.b), respectivamente.

⁶⁶ Cfr. párr. 163.

⁶⁷ Cfr. párr. 168.

En el ejercicio de la facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas migrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador migrante, protegiéndolo de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra; a la par, se organiza de manera eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional⁶⁸.

2) Sobre la eficacia de la regulación jurídica interna

La responsabilidad internacional del Estado impone no sólo la obligación de adecuar la normativa interna a los instrumentos internacionales sino que las prácticas estatales, relativas a su aplicación, también deben respetar el marco legal internacional. No basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al Derecho internacional, sino que es necesario que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el Derecho internacional aplicable⁶⁹.

Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre. Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

VI. Las migraciones laborales en el MERCOSUR

1. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR

De acuerdo a lo establecido en el art. 4 de la Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, referido a los trabajadores migrantes y fronterizos, *«todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de*

⁶⁸ Cfr. párr. 169.

⁶⁹ Cfr. párr. 171.

trabajo reconocidos a los nacionales». Con tal disposición el bloque se enmarca en una postura de respeto, receptando las líneas fundamentales protectorias de los derechos humanos. Ahora bien, la mentada norma continúa disponiendo, en una suerte de condición suspensiva, que dicho reconocimiento lo es «*de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país*».

Una primera lectura daría pie a sostener que la remisión lo es a la legislación nacional sobre migraciones. Frente a ello, hay quienes sostienen⁷⁰, en posición que se comparte, que no es esa la hermenéutica que corresponde asignar porque cuando las declaraciones internacionales de derechos reconocen un derecho y luego remiten a la legislación nacional, no puede interpretarse nunca que ésta pueda contradecir el contenido esencial del derecho ya reconocido. De ahí es que corresponda entender que la remisión normativa está direccionada a los reglamentos nacionales de habilitación técnica para el ejercicio de las diversas profesiones u oficios y no a las legislaciones de control de ingreso al territorio.

De otro costado se advierte que la norma bajo comentario no alude a los «Estados Parte» por lo que podría interpretarse que alcanza a todos los trabajadores, intra y extra MERCOSUR. Sin embargo, teniendo en cuenta la especificidad del instrumento regional, me inclino a pensar que la intención ha sido regular el tópico para los trabajadores de nacionalidad o residencia en el bloque; ello sin perjuicio de las críticas que necesariamente pueden efectuarse⁷¹.

La segunda parte del art. 4 se expide sobre los trabajadores fronterizos disponiendo que «Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias para mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores». El tenor de la norma es claro y expreso en cuanto a que en el caso de los trabajadores de frontera se trata de una disposición programática, que como tal, requiere de la implementación de los Estados del bloque; antes bien, en el caso de los trabajadores migrantes, la norma resulta operativa, dada la redacción de su primera parte de la norma en tanto prevé que «todo trabajador» migrante «tiene derecho».

⁷⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar, «Derecho a migrar y derecho al trabajo», en *Las migraciones humanas en el MERCOSUR. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*, Edic. Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR, Montevideo, Uruguay, 2009, pág. 33 y ss.

⁷¹ Ver al respecto *Trabajo, ciudadanía y derechos humanos*, Editorial de la revista electrónica IusLabor N° 2/2006, Barcelona 2006 (www.upf.edu/iuslabor/022006/portada022006.htm).

2. *El Tratado Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR*

El Tratado Multilateral de Seguridad Social del MERCOSUR, si bien no es un instrumento que regule la cuestión específicamente migratoria, tiene sus implicancias en esta problemática, dentro del bloque. Recepta los principios de *igualdad de trato entre nacionales y extranjeros*, de *conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición* y de *distribución proporcional de los períodos de generación y aportación*, todo lo cual supone, además, el reconocimiento implícito del principio de totalización de períodos de generación de derechos de seguridad social.

No obstante la regulación normativa referida, en el MERCOSUR actual no se da la libre circulación de trabajadores; ello así si se tiene en cuenta que las normas tendientes a crear un «área de libre residencia» para los nacionales de los EP y asociados, facilitan trámites sin llegar a garantizar una plena libertad de circulación⁷².

En los Subgrupos de Trabajo, las migraciones laborales son tratadas por el Subgrupo de Trabajo N° 2, sobre «Asuntos aduaneros» y en el N° 10, sobre «Relaciones Laborales», lo que refleja las diferentes aristas que asume la cuestión migratoria, no quedando definida de manera clara si se la aborda desde el control de ingreso de los factores de producción (con énfasis en lo económico) o bien, como un tema de contenido social (que involucra a los derechos humanos fundamentales).

3. *El Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del MERCOSUR*

Con fecha 16/06/05 los EP del MERCOSUR suscribieron el Protocolo de Asunción sobre Derechos Humanos del MERCOSUR (considerado parte integrante del Tratado de Asunción⁷³). En el instrumento se ratificó que la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son *condiciones esenciales* para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes. Se prevé asimismo que el Protocolo se aplicará en caso de que se registren graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales en una de las Partes, en situaciones de crisis institucional o durante la vigencia de estados de excepción previstos en los ordenamientos constitucionales respectivos. A tal efecto las demás Partes se obligan a promover las consultas pertinentes entre sí y con la afectada. Cuando las consultas mencionadas resultaren infructuosas, las otras

⁷² Los requisitos y procedimientos para el trámite de las solicitudes de residencia que efectúen los extranjeros nativos de los EP y asociados del MERCOSUR, en el país y ante las Representaciones Consulares Argentinas en el exterior, están regulados por la DNM. Este organismo dictó la Disposición N° 4.871 del 08/02/07 modificada por la Disposición N° 1488 (B.O. 23/07/2010).

⁷³ Conf. art. 7.

Partes tienen que considerar la naturaleza y el alcance de las medidas a aplicar, teniendo en cuenta la gravedad de la situación existente. Tales medidas comprenden desde la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo (arts. 3 y 4).

Las medidas relacionadas serán adoptadas por consenso por las Partes, y comunicadas a la afectada, la cual no participará en el proceso decisorio pertinente. Tales medidas entrarán en vigencia en la fecha en que se realice la comunicación respectiva a la afectada y cesan a partir de la fecha de la comunicación a dicha Parte de que las causas que las motivaron fueron subsanadas (arts. 5 y 6).

VII. Política migratoria argentina

Mediante la ley 25.871⁷⁴, integrada por 126 artículos estructurados en un Título preliminar y 11 títulos, la República Argentina puso en marcha su política migratoria dejando atrás el marco regulatorio implementado por la Ley 22.439 y su decreto reglamentario 1.023/94 como asimismo toda otra norma contraria; se estableció, sin embargo, que las normas derogadas retendrían su validez y vigencia hasta tanto se produzca la entrada en vigor del nuevo régimen y su reglamentación.

En función de la temática objeto de estudio en este trabajo, se examina la regulación implementada por el nuevo régimen legal en las cuestiones que se estima atañen a los migrantes y sus derechos humanos, sin perjuicio de alguna otra consideración conveniente para una adecuada comprensión de los tópicos involucrados. El análisis se ha realizado efectuando la concordancia e integración normativa respectiva.

1. Ámbito material y personal de aplicación

La legislación migratoria argentina⁷⁵ capta los derechos y obligaciones de los extranjeros, las atribuciones del Estado argentino, la admisión de extranjeros en nuestro país, su ingreso y egreso, las obligaciones de los medios de transporte internacional y las condiciones para que la permanencia de los extranjeros sea considerada legal ó ilegal. Asimismo se encuentra regulada la vía recursiva, administrativa y judicial, el régimen de la competencia jurisdiccional y las tasas retributivas de servicios. Finalmente el texto normativo incluye la tipificación de delitos migratorios produciendo modificaciones en el Código Penal Argentino.

En lo concerniente al ámbito personal de validez la regulación abarca

⁷⁴ BO 21/01/2004. La Ley 25.871 fue reglamentada mediante el Decreto del P.E.N N° 616 (B.O 06/05/2010). Estando a lo dispuesto en el art. 3 del decreto citado, la vigencia del mismo operó el 06/07/2010, esto es, a los 60 días de la publicación.

⁷⁵ Cfr. arts. 1 y 27, ley migratoria.

la admisión, ingreso, permanencia y el egreso de personas calificadas como *inmigrantes*⁷⁶; resultan excluidos *bajo condición de reciprocidad*, los extranjeros que fueren:

- a) agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en la República, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a la obtención de una categoría migratoria de admisión;
- b) representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares de las misiones permanentes o de las delegaciones ante los organismos intergubernamentales con sede en la República o en Conferencias Internacionales que se celebren en ella;
- c) funcionarios destinados en organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en la República, así como sus familiares, a quienes los tratados en los que la República sea parte eximan de la obligación de visación consular;
- d) titulares de visas argentinas diplomáticas, oficiales o de cortesía.

Se prevé que de no mediar convenio celebrado por la República, la admisión, ingreso, permanencia y egreso de los mencionados extranjeros, se rigen por las disposiciones que al efecto establezca el Poder Ejecutivo nacional. La Dirección Nacional de Migraciones⁷⁷ (DNM) se limitará al contralor de la documentación en el momento del ingreso o del egreso, dejando constancia en la misma del carácter del ingreso, de la fecha del egreso y del plazo de permanencia en la República.

2. Objetivos

La legislación migratoria argentina tiene como objetivos⁷⁸:

- fijar las líneas políticas fundamentales, sentar las bases estratégicas en materia migratoria, y *dar cumplimiento a los compromisos internacionales de la República en materia de derechos humanos, integración y movilidad de los migrantes*;
- contribuir al *logro de las políticas demográficas* que establezca el Gobierno Nacional;
- contribuir al *enriquecimiento y fortalecimiento del tejido cultural y social* del país;

⁷⁶ Definido como todo aquel extranjero que desee ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país de conformidad a la legislación vigente (art. 2, ley migratoria).

⁷⁷ En tanto autoridad de aplicación de la legislación migratoria, conforme a lo dispuesto en el art. 105.

⁷⁸ Art. 3 incs. a) a k), ley migratoria.

- garantizar el ejercicio del *derecho a la reunificación familiar*;
- promover la *integración en la sociedad argentina* de las personas que hayan sido admitidas como *residentes permanentes*;
- asegurar a toda persona que solicite ser admitida en la República Argentina de manera permanente o temporaria, el goce de criterios y *procedimientos de admisión no discriminatorios*⁷⁹ en términos de los derechos y garantías establecidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los convenios bilaterales vigentes y las leyes;
- promover y difundir las obligaciones, derechos y garantías de los migrantes, *conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, los compromisos internacionales y las leyes, manteniendo en alto su tradición humanitaria y abierta con relación a los migrantes y sus familias*;
- promover la inserción e integración laboral de los inmigrantes que residan en *forma legal* para el mejor aprovechamiento de sus *capacidades personales y laborales a fin de contribuir al desarrollo económico y social de país*;
- facilitar la entrada de visitantes a la República Argentina para los propósitos de impulsar el comercio, el turismo, las actividades culturales, científicas, tecnológicas y las relaciones internacionales;
- promover el *orden internacional y la justicia*, denegando el ingreso y/o la permanencia en el territorio argentino a personas involucradas en actos reprimidos penalmente por nuestra legislación;
- promover el intercambio de información en el ámbito internacional, y la asistencia técnica y capacitación de los recursos humanos, para prevenir y *combatir eficazmente a la delincuencia organizada trasnacional*.

3. Categorías de extranjeros

Se establecen cuatro categorías, a saber:

- 1) Residentes permanentes⁸⁰;

⁷⁹ Se prevé que son *actos discriminatorios* todos los actos u omisiones determinados por motivos tales como etnia, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, posición económica o caracteres físicos, que arbitrariamente impidan, obstruyan, restrinjan o de algún modo menoscaben el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes (art. 13, ley migratoria).

⁸⁰ Definido como el extranjero que con el propósito de establecerse definitivamente en el país, obtenga de la Dirección Nacional de Migraciones una admisión en tal carácter. Asimismo, se consideran residentes permanentes los inmigrantes parientes de ciudadanos argentinos, nativos o por opción, entendiéndose como tales al cónyuge, hijos y padres. También se reconoce la condición de residentes permanentes a los hijos de argentinos nativos o por opción que nacieran en el extranjero, debiendo las autoridades permitirles su libre ingreso y permanencia en el territorio (art. 20).

2) Residentes temporarios, previéndose las siguientes sub categorías⁸¹:

- Trabajador migrante⁸²
- Rentista
- Pensionado
- Inversionista
- Científicos y personal especializado
- Deportistas y artistas
- Religiosos de cultos oficiales reconocidos
- Pacientes bajo tratamientos médicos
- Académicos
- Estudiantes
- Asilados y refugiados
- Ciudadanos nativos de los EP del MERCOSUR y asociados.
- Extranjeros que invoquen razones humanitarias.

Es útil contabilizar que la regulación normativa se ha efectuado mediante una cláusula abierta al admitirse el ingreso de las personas consideradas de interés por el Ministerio del Interior y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto⁸³.

3) Residentes transitorios (art. 24 inc. a al h). como subcategoría aparecen los *trabajadores migrantes estacionales*.

- 4) Residentes precarios.

4. Derechos de los extranjeros

4.1 Derecho a migrar

El *derecho a la migración* es reconocido como esencial e inalienable de la persona, estableciéndose que la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad⁸⁴.

4.2 Derecho a la igualdad de trato

La ley migratoria argentina recepta el *derecho a la igualdad de trato* distinguiendo entre los extranjeros y los inmigrantes⁸⁵.

⁸¹ Art. 23, ley migratoria.

⁸² Es quien ingrese al país para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lícita, remunerada, con autorización para permanecer por un máximo de tres años, prorrogables, con entradas y salidas múltiples, con permiso para trabajar bajo relación de dependencia (inc. a). El mismo plazo de tres años, prorrogable es el que goza el rentista, pensionado, inversionista, los científicos y personal especializado, los deportistas y artistas y los religiosos. Los pacientes y académicos gozan de un año, prorrogable; los estudiantes, asilados, refugiados y los ciudadanos de los Estados miembros y asociados al MERCOSUR gozan de dos años, prorrogables.

⁸³ Conf. Art. 23 inc. n), ley migratoria.

⁸⁴ Art. 4, ley migratoria.

⁸⁵ Arts. 5, 6 y 28, ley migratoria.

En el primer caso, la regulación es más estricta ya que subordina la efectiva igualdad de trato a la condición que los extranjeros cumplimenten la legislación vigente respecto de las condiciones establecidas para su ingreso y permanencia en el país (art. 5). Sin embargo, la restricción aludida se flexibiliza bastante al establecer que los extranjeros incluidos en Acuerdos o Convenios de Migraciones suscriptos por la República Argentina se regirán por lo dispuesto en los mismos y por la ley migratoria argentina, en el supuesto de resultar ésta más favorable (art. 28 primer párrafo).

En el caso de los inmigrantes y sus familias, la regulación es amplia y sin condicionamiento alguno; de modo categórico se dispone que el Estado en todas sus jurisdicciones, debe asegurar *el acceso igualitario a los inmigrantes y sus familias en las mismas condiciones de protección, amparo y derechos de los que gozan los nacionales*, poniéndose énfasis particularmente en los servicios sociales, bienes públicos, salud, educación, justicia, trabajo, empleo y seguridad social (art. 6).

Se deja a salvo que el principio de igualdad de trato no se considerará afectado por la posibilidad que tiene el Estado, de conformidad a los procedimientos establecidos en la Constitución y las leyes, de firmar acuerdos bilaterales de alcance general y parcial, que permitan atender fenómenos específicos, como el de la migración laboral fronteriza, ni por la posibilidad de establecer esquemas diferenciados de tratamiento entre los países que con la Argentina forman parte de una región respecto de aquellos países que resulten terceros dentro del proceso de regionalización, priorizando las medidas necesarias para el logro del objetivo final de la libre circulación de personas en el MERCOSUR (art. 28 segundo párrafo).

4.3 Derecho a la educación

El derecho a la educación se reconoce en forma amplia, sin ningún tipo de condicionamiento ni restricción, aun para el caso de que se trate de inmigrantes irregulares. En efecto, se prevé que *en ningún caso la irregularidad migratoria* de un extranjero impedirá su admisión como alumno en un establecimiento educativo, ya sea este público o privado; nacional, provincial o municipal; primario, secundario, terciario o universitario. Se agrega que las autoridades de los establecimientos educativos deben brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria⁸⁶.

4.4 Derecho a la salud

El derecho a la salud, de igual manera que en materia de educación, es reconocido ampliamente, al disponerse que no puede negarse o

⁸⁶ Art. 7, ley migratoria.

restringirse *en ningún caso*, el acceso al derecho a la salud, la asistencia social o atención sanitaria a todos los extranjeros que lo requieran, *cualquiera sea su situación migratoria*, disponiéndose asimismo que las autoridades de los establecimientos sanitarios deben brindar orientación y asesoramiento respecto de los trámites correspondientes a los efectos de subsanar la irregularidad migratoria⁸⁷.

4.5. Derecho a la información

Los migrantes y sus familiares tienen derecho a que el Estado les proporcione información⁸⁸ sobre:

- sus derechos y obligaciones con arreglo a la legislación vigente;
- los requisitos establecidos para su admisión, permanencia y egreso;
- cualquier otra cuestión que le permita o facilite cumplir formalidades administrativas o de otra índole en la República Argentina.

La autoridad de aplicación debe adoptar las medidas que considere apropiadas para difundir la información mencionada y, en el caso de los trabajadores migrantes y sus familias, debe velar para que sea suministrada por empleadores, sindicatos u otros órganos o instituciones. La información requerida tiene que brindarse gratuitamente a los extranjeros que la soliciten; se añade que, en la medida de lo posible, debe emplearse un idioma que puedan entender.

4.6 Derecho a la reunificación familiar

Los inmigrantes tienen derecho a que el Estado les garantice el derecho de reunificación familiar con sus padres, cónyuges, hijos solteros menores o hijos mayores con capacidades diferentes⁸⁹.

4.7 Derecho a gozar de los beneficios del fruto del trabajo

De la integración normativa contenida en el art. 16 en correlación con los arts. 51 a 53, 56, 65, 67 y 68, resulta que sólo están autorizados legalmente a trabajar, por cuenta propia o en relación de dependencia los extranjeros admitidos como «residentes permanentes», los «residentes temporarios» durante el período de la permanencia autorizada y los extranjeros a los que se les hubiera autorizado una residencia precaria, habilitados por la DNM por el plazo y con las modalidades establecidos por aquélla.

Antes bien, no pueden hacerlo los inmigrantes en situación irregular⁹⁰. En el supuesto que contraviniendo la prohibición trabajen, tienen asegurados sus derechos laborales frente a sus empleadores. Ello surge con

⁸⁷ Art. 8, ley migratoria.

⁸⁸ Art. 9, ley migratoria.

⁸⁹ Art. 10, ley migratoria.

⁹⁰ Conf. art. 53. Como excepción se prevé la hipótesis de «trabajadores migrantes estacionales».

claridad al establecerse que la adopción por el Estado de las medidas necesarias y efectivas para eliminar la contratación laboral en el territorio nacional de inmigrantes en situación irregular, incluyendo la imposición de sanciones a los empleadores, no menoscabará los derechos de los trabajadores inmigrantes frente a sus empleadores en relación con su empleo⁹¹.

En la misma línea protectoria, se dispone que la expulsión no menoscabará por sí sola ninguno de los *derechos que haya adquirido* el migrante de conformidad con la legislación nacional, *incluido el derecho a recibir los salarios y toda otra prestación que le pudiere corresponder*. Reforzando la protección se establece que el interesado debe contar con oportunidad razonable, aun después de la partida, para reclamar lo concerniente al pago de los salarios y otras prestaciones que le pudieren corresponder, así como para cumplimentar sus obligaciones pendientes⁹².

Queda prohibida la expulsión (de extranjeros y familiares) por incumplimiento de obligaciones emanadas de un contrato de trabajo, a menos que el cumplimiento de esa obligación haya constituido condición necesaria para dicha autorización o permiso⁹³.

4.8 Derecho a no ser objeto de expulsión colectiva⁹⁴

El ingreso y egreso de personas al territorio nacional debe realizarse exclusivamente por los lugares habilitados por la DNM, sean éstos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos, oportunidad y lugar en que serán sometidas al respectivo control migratorio⁹⁵.

El extranjero que ingrese a la República por lugar no habilitado a tal efecto, o eludiendo cualquier forma de contralor migratorio, *puede ser expulsado* en los términos y condiciones de la ley migratoria⁹⁶.

El procedimiento para la expulsión

- Al constatarse la irregularidad de la permanencia de un extranjero en el país, y atendiendo a las circunstancias de profesión del extranjero, su parentesco con nacionales argentinos, el plazo de permanencia acreditado y demás condiciones personales y sociales, la DNM *debe cominarlo a regularizar su situación* en el plazo perentorio que fije para tal efecto, bajo apercibimiento de decretar su expulsión⁹⁷.

⁹¹ Art. 16, ley migratoria.

⁹² Arts. 67 y 68, ley migratoria.

⁹³ Art. 65, ley migratoria.

⁹⁴ Para un adecuado conocimiento de este tópico deben analizarse y correlacionarse fundamentalmente las disposiciones contenidas en los arts. 34, 37, 61, 62, 66, 86 y 38 a 50 de la ley migratoria.

⁹⁵ Art. 34, ley migratoria.

⁹⁶ Art. 37, ley migratoria.

⁹⁷ Art. 61 primera parte, ley migratoria.

• Vencido el plazo sin que se regularice la situación, la DNM decretará su expulsión *con efecto suspensivo, debiendo dar intervención al juez o tribunal con competencia en la materia*, a efectos de la revisión de la decisión administrativa de expulsión; la DNM es parte en dichas actuaciones⁹⁸.

4.9 Derecho a la jurisdicción

Recursos administrativos y judiciales

Bajo la leyenda «Régimen de los recursos»⁹⁹ se regula el derecho a la jurisdicción tanto a nivel administrativo como judicial, siendo aplicable supletoriamente la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su reglamentación. Se encuentran previstos los recursos de revisión, reconsideración, jerárquico en subsidio y el recurso de alzada. En este sentido, se prevé que contra las decisiones de la DNM que revistan carácter de definitivas o que impidan totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del interesado y contra los interlocutorios de mero trámite que lesionen derechos subjetivos o un interés legítimo, procederá *la revisión en sede administrativa*¹⁰⁰ y judicial, cuando:

- se deniegue la admisión o la permanencia de un extranjero;
- se cancele la autorización de residencia permanente, temporaria o transitoria;
- se conmine a un extranjero a hacer abandono del país o se decrete su expulsión;
- se resuelva la aplicación de multas y cauciones o su ejecución.

El *recurso de reconsideración* procede en contra de los actos administrativos que resuelvan sobre las cuestiones enumeradas precedentemente. Dicho recurso tiene lugar en contra de los actos dictados por la DNM y serán resueltos por ésta. Si el acto hubiese sido dictado por autoridad delegada, ésta será quien resuelva, sin perjuicio del derecho de avocación de la mencionada DNM; se deja a salvo que la delegación hubiere cesado al tiempo de deducirse el recurso, supuesto en el cual debe resolver el delegante.

El recurso debe deducirse dentro de los 10 días hábiles de la notificación fehaciente del acto y ante el mismo órgano que lo dictó¹⁰¹.

⁹⁸ Art. 61 segunda parte, ley migratoria.

⁹⁹ Arts. 74 a 90, ley migratoria.

¹⁰⁰ El Ministerio del Interior y la DNM quedan facultados a revisar, de oficio o a petición de parte, sus resoluciones y las de las autoridades que actúen por delegación. Son susceptibles de revisión las decisiones cuando se comprueben casos de error, omisión o arbitrariedad manifiesta, violaciones al debido proceso, o cuando hechos nuevos de suficiente entidad justifiquen dicha medida (art. 90, ley migratoria).

¹⁰¹ De conformidad a lo establecido en el art. 76, la autoridad competente debe resolver dentro de los 30 días hábiles de su interposición. Vencido dicho plazo sin que hubiere una resolución al respecto, podrá reputarse denegado tácitamente, sin necesidad de requerir pronto despacho.

El *recurso de reconsideración* lleva implícito el *recurso jerárquico en subsidio* en el caso de decisiones adoptadas por autoridad delegada. En consecuencia, cuando la reconsideración hubiese sido rechazada –expresa o tácitamente– las actuaciones deben elevarse a la DNM dentro del término de 5 días hábiles, de oficio (supuesto de denegatoria expresa) o a petición de parte (en el caso de silencio).

En contra de los actos resueltos por la DNM procede a opción del interesado, el *recurso administrativo de alzada* o el *recurso judicial pertinente*.

La elección de la vía judicial hace perder la administrativa; pero la interposición del recurso de alzada no impide desistirlo en cualquier estado a fin de promover la acción judicial, ni obstará a que se articule ésta una vez resuelto el recurso administrativo.

El Ministro del Interior es la autoridad competente para resolver en definitiva el *recurso de alzada*.

La interposición de recursos, administrativos o judiciales, suspenden la ejecución de la medida dictada hasta tanto la misma quede firme.

Agotada la vía administrativa, queda expedita la vía recursiva judicial¹⁰². El plazo para la interposición del respectivo recurso, es de 30 días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado (art. 84, ley migratoria), cuya competencia está circunscripta al control de legalidad, reglas del debido proceso y razonabilidad del acto motivo de impugnación.

La competencia judicial

La competencia judicial queda establecida en favor de la justicia nacional de primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal o los Juzgados Federales del interior del país, hasta tanto se cree un fuero específico en materia migratoria¹⁰³.

Beneficio de gratuidad

Los extranjeros que se encuentren en territorio nacional y que carezcan de medios económicos, tienen *derecho a asistencia jurídica gratuita* en aquellos procedimientos administrativos y judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, al retorno a su país de origen o a la expulsión del territorio argentino. Además tienen *derecho a la asistencia de intérprete/ s* si no comprenden o hablan el idioma oficial debiendo resguardarse el ejercicio del derecho de defensa¹⁰⁴.

4.10 Derecho a la aplicación de la ley más favorable

Siguiendo las características del DIDH, se recepta el *principio pro homine* como asimismo el de la *aplicación de la legislación más favorable* al disponerse

¹⁰² El plazo para la interposición del respectivo recurso, es de 30 días hábiles a contar desde la notificación fehaciente al interesado (art. 84, ley migratoria).

¹⁰³ Art. 98, ley migratoria.

¹⁰⁴ Art. 86, ley migratoria.

que los extranjeros incluidos en acuerdos o convenios de migraciones suscriptos por la Argentina se rigen por ellos o por la legislación nacional migratoria, según sea más favorable para la persona migrante (art. 28).

5. Obligaciones del Estado argentino

En correlación con los objetivos planteados, se reitera que el Estado está obligado a cumplir las convenciones internacionales que reconozcan derechos y obligaciones de los migrantes, debidamente ratificadas¹⁰⁵.

Sin perjuicio de ello, se establecen una cantidad de obligaciones a cargo del Estado nacional, que si bien no son de cumplimiento imposible, resultarán difíciles de llevar a cabo, en el contexto socio-económico de nuestro país, como de tantos otros Estados latinoamericanos. En efecto, se ha dispuesto que:

a) El Estado (en todas sus jurisdicciones, ya sea nacional, provincial o municipal), favorecerá las iniciativas tendientes a la integración de los extranjeros en su comunidad de residencia¹⁰⁶, especialmente las tendientes a:

- la realización de cursos de idioma castellano en las escuelas e instituciones culturales extranjeras legalmente reconocidas;
- la difusión de información útil para la adecuada inserción de los extranjeros en la sociedad argentina, en particular aquella relativa a sus derechos y obligaciones;
- al conocimiento y la valoración de las expresiones culturales, recreativas, sociales, económicas y religiosas de los inmigrantes;
- la organización de cursos de formación, inspirados en criterios de convivencia en una sociedad multicultural y de prevención de comportamientos discriminatorios, destinados a los funcionarios y empleados públicos y de entes privados.

b) El Estado debe proveer lo conducente para la adopción e implementación de medidas tendientes a regularizar la situación migratoria de los extranjeros.

c) Los poderes públicos deben impulsar el fortalecimiento del movimiento asociativo entre los inmigrantes y apoyar a los sindicatos, organizaciones empresariales y a las organizaciones no gubernamentales que, sin ánimo de lucro, favorezcan su integración social, debiendo prestarles ayuda en la medida de sus posibilidades.

Ya no como obligación, sino como *facultad* se prevé¹⁰⁷ que el Estado puede orientar a cualquier extranjero, con respecto a:

- el acceso a categorías limitadas de empleo, funciones, servicios o actividades, cuando ello sea necesario en beneficio del Estado;

¹⁰⁵ Art. 12, ley migratoria.

¹⁰⁶ Arts. 14, 17 y 106, ley migratoria.

¹⁰⁷ Art. 19, ley migratoria.

- la elección de una actividad remunerada de conformidad con la legislación relativa a las condiciones de reconocimiento de calificaciones profesionales adheridas fuera del territorio;
- las condiciones por las cuales, habiendo sido admitido para ejercer un empleo, pueda luego ser autorizado a realizar trabajos por cuenta propia, teniendo en consideración el período de residencia legal en el país y las demás condiciones establecidas en la reglamentación.

6. Obligaciones de los inmigrantes

Los inmigrantes deben¹⁰⁸ cumplir con las obligaciones enunciadas en la Constitución Nacional, los tratados internacionales a los que nuestro país adhirió y con las leyes vigentes. Asimismo, se dispone que ninguna de las disposiciones de ley migratoria argentina tiene por efecto eximirlos de la obligación de cumplir con la legislación nacional ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los argentinos.

7. Responsabilidad por violación de la ley migratoria

7.1 Responsabilidad de los dadores de trabajo y de quienes brinden alojamiento a residentes irregulares. Multas

La legislación¹⁰⁹ prohíbe proporcionar alojamiento a título oneroso a los extranjeros que se encuentren residiendo irregularmente en el país. También queda prohibido proporcionarles trabajo u ocupación remunerada, con o sin relación de dependencia. Sin perjuicio de ello, se enfatiza, según lo ya referido, que tales prohibiciones no eximen al empleador o dador de trabajo del cumplimiento de las obligaciones emergentes de la legislación laboral respecto del extranjero, *cualquiera sea su condición migratoria*, añadiéndose que en ningún modo se afectarán los derechos adquiridos por los extranjeros, como consecuencia de los trabajos ya realizados.

El incumplimiento de las mentadas prohibiciones trae aparejada la imposición de multas cuyo monto ascenderá a 20 Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero al que se proporcione alojamiento a título oneroso; a 50 Salarios Mínimo Vital y Móvil por cada extranjero, carente de habilitación migratoria para trabajar, al que se proporcione trabajo u ocupación remunerada; a 100 Salarios Mínimo Vital y Móvil cuando se proporcione trabajo u ocupación remunerada a extranjeros no emancipados o menores de 14 años.

La reincidencia se considera como agravante de la infracción y eleva el monto de la multa impuesta hasta en un 50%.

¹⁰⁸ Conf. art. 18 en correlación con el art. 125, ley migratoria.

¹⁰⁹ Conf. arts. 55 y 56, 59 y 60, ley migratoria.

La DNM mediando petición del infractor que acredite falta de medios suficientes, puede como excepción, mediante disposición fundada, ordenar para el caso concreto una disminución del monto de la multa a imponer o autorizar su pago en cuotas. A tales fines debe meritar la capacidad económica del infractor y la posible reincidencia que pudiera registrar en la materia. La multa no puede ser inferior a 2 Salarios Mínimos Vital y Móvil.

La graduación de las sanciones debe efectuarse de acuerdo con la naturaleza de la infracción, la persona, antecedentes en la materia y en caso de reincidencia, las mismas se impondrán de manera acumulativa y progresiva.

7.2 Responsabilidad de los medios de transporte internacional¹¹⁰

El capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable de todo medio de transporte de personas, para o desde la República, ya sea marítimo, fluvial, aéreo o terrestre, y las compañías, empresas o agencias propietarias, explotadoras o consignatarias de un medio de transporte son responsables solidariamente de la conducción y transporte de pasajeros y tripulantes en condiciones reglamentarias.

De igual manera son responsables por el cuidado y custodia de los pasajeros y tripulantes, hasta que hayan pasado el examen de contralor migratorio y hayan ingresado en la República, o verificada la documentación al egresar.

Al rehusar la autoridad migratoria el ingreso de cualquier persona, el capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable del medio de transporte y de las compañías, empresas o agencias, quedan obligados a reconducirla a su país de origen o procedencia, o fuera del territorio de la República, en el medio de transporte en que llegó. En caso de imposibilidad, en otro medio, dentro del plazo perentorio que se le fije, siendo a su cargo los gastos que ello ocasione.

El capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable de un medio de transporte de personas al país, o desde el mismo o en el mismo, ya sea marítimo, fluvial, aéreo o terrestre, o la compañía, empresa o agencia propietaria, consignataria, explotadora o responsable, quedan obligados solidariamente a transportar a su cargo, en el plazo que se le fije, fuera del territorio argentino, o hasta el lugar de frontera, a todo extranjero cuya expulsión resuelva y su transporte disponga la autoridad migratoria, de conformidad con lo establecido en la ley migratoria¹¹¹ De

¹¹⁰ La regulación surge de los arts. 38 a 50 de la ley migratoria.

¹¹¹ De conformidad a lo dispuesto en los arts. 43 y 44 (que junto a las obligaciones de los arts. 40 y 41 son consideradas como carga pública), la obligación establecida se limitará a:

a) 1 plaza por viaje, cuando la capacidad del medio de transporte no exceda de 50 plazas en los medios internacionales aéreos, marítimos, fluviales o terrestres y en los de carácter interno, cuando la capacidad no exceda de 30 plazas;

conformidad a lo dispuesto en los arts. 43 y 44 (que junto a las obligaciones de los arts. 40 y 41 son consideradas como carga pública), la obligación establecida se limitará a:

Exclusiones

La regulación así impuesta no resulta aplicable a los extranjeros que soliciten refugio o asilo en el país; en estos casos, la obligación para las personas que describen los artículos 40 y 41 se limita a dar cuenta de inmediato de tal situación a la autoridad con competencia en materia de refugio y asilo.

Sanciones

El incumplimiento de las obligaciones por los medios de transporte internacional, da motivo a que la DNM disponga las sanciones¹¹² correspondientes, así establecidas:

- multa¹¹³, cuyo monto será de hasta el triple de la tarifa en el medio de transporte utilizado desde el punto de origen hasta el punto de destino en territorio nacional, al valor vigente al momento de la imposición de la multa. Las multas no pueden ser inferiores al equivalente a 1.219 litros de gasoil al precio subsidiado para transportistas o en ausencia de éste, al más bajo del mercado para consumidor particular al día de la imposición de la multa; ni superiores al equivalente a 30.487 litros de gasoil al precio subsidiado para transportistas o en ausencia de éste, al más bajo del mercado para consumidor particular al día de la imposición de la multa;
- interdicción provisoria de salida del territorio nacional, espacio aéreo o aguas jurisdiccionales argentinas, del medio de transporte correspondiente. La misma se hará efectiva por medio de la Policía Migratoria Auxiliar o por la Autoridad Nacional con jurisdicción sobre el transporte;

b) 2 plazas cuando la capacidad del medio de transporte fuera superior a la indicada precedentemente;

c) cuando la expulsión se motivara en fallas en la documentación de ingreso del extranjero detectadas al momento de controlar el mismo y debiera efectivizarse con custodia, la empresa de transporte utilizada para el ingreso deberá hacerse cargo de los pasajes de ida y vuelta del personal de custodia y de los viáticos que le correspondieran.

El límite de plazas establecido no rige cuando las personas a transportar:

- a) integren un grupo familiar;
- b) deban ser transportadas por la misma compañía a la cual pertenece el medio en el que ingresaron;
- c) sean de la nacionalidad del país de bandera o matrícula del medio en que se efectuará el transporte.

¹¹² Establecidas en los arts. 46, 48 y 49 de la ley migratoria.

¹¹³ La mencionada sanción se impone solidariamente al capitán, comandante, armador, propietario, encargado o responsable del medio de transporte y a la compañía, empresa o agencia propietaria, explotadora, consignataria o responsable del mismo (conf. art. 47, ley migratoria).

- cauciones reales en efectivo o documentarias, a las empresas, compañías o agencias propietarias, consignatarias, explotadoras o responsables de cualquier medio de transporte, en garantía del cumplimiento de las obligaciones de reconducir o transportar que se dicten en virtud de lo dispuesto por la ley migratoria.

8. Los argentinos en el exterior, sus derechos laborales y de la seguridad social. Reciprocidad

El gobierno de la República Argentina puede suscribir convenios con los Estados en los que residan emigrantes argentinos para asegurarles la igualdad o asimilación de los derechos laborales y de seguridad social que rijan en el país receptor. Dichos tratados deben garantizar a los emigrantes la posibilidad de efectuar remesas de fondos para el sostenimiento de sus familiares en nuestro país.

De otro costado, se faculta al Poder Ejecutivo a suspender los beneficios otorgados respecto de los súbditos de aquellos países que tengan establecidas restricciones para los ciudadanos argentinos allí residentes, que afecten gravemente el *principio de reciprocidad*¹¹⁴.

9. Impedimentos para el ingreso y permanencia de los extranjeros

Son causas que impiden el ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional¹¹⁵:

- la presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho se sanciona con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de 5 años;
- tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto;
- haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de 3 años o más;
- haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional;
- tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077 de Defensa de la Democracia;

¹¹⁴ Art. 102, ley migratoria.

¹¹⁵ Art. 29, ley migratoria.

- haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional;
- haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio;
- promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas;
- intentar ingresar o haber ingresado al territorio nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto;
- constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la ley migratoria;
- el incumplimiento de los requisitos exigidos por la ley migratoria.

En el primer supuesto, el Gobierno Federal se reserva la facultad de juzgar a la persona en la República cuando el hecho pueda relacionarse con cuestiones relativas a la seguridad del Estado, a la cooperación internacional o resulte posible vincular al mismo o a los hechos que se le imputen con otras investigaciones sustanciadas en el territorio nacional.

10. Delitos al orden migratorio. Penalidades¹¹⁶

Complementando la política migratoria argentina, se tipifica como delito

¹¹⁶ La regulación normativa contenida en los arts. 116 a 121 de la ley migratoria fue objeto de modificación por la ley 26.364 (BO 30/4/2008) de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, que a su vez modificó el Código Penal Argentino.

Como antecedentes legislativos en la Argentina, vale traer a la memoria que fue de la mano del primer diputado socialista de América Latina, Alfredo Palacios (quien propusiera una reforma del Código Penal para reprimir la rufianería con todo el rigor posible) que en nuestro país se tipificó la trata de personas, aunque no llamada así en aquella época. Recordemos el contexto histórico: año 1913, en un marco internacional de muchísima convulsión, que derivó en la Primera Guerra Mundial. En Buenos Aires, ciudad-puerto, se traficaba con mujeres (como así también otras mercancías) bajo una organización de verdaderas redes delictivas; las mujeres eran esclavizadas en burdeles cuya expansión fue habilitando grandes negocios ilegales. La única regulación en Buenos Aires la constituía el Reglamento de Prostíbulos de Buenos Aires, de 1875, que prohibía el trabajo en prostíbulos a mujeres menores de 18 años, «salvo que se hubieren entregado a la prostitución con anterioridad». El Proyecto de Palacios contemplaba entre 3 y 10 años de cárcel para quien promoviere o facilitare la corrupción o prostitución de mujeres, mayores y menores de edad; se consideraban como coautores reprimibles penalmente los dueños de los prostíbulos. Asimismo, se preveía que las fuerzas de seguridad debían estar disponibles para el control y penalización del tráfico de mujeres, se tratará de argentinos o extranjeros. Luego de la media sanción por la Cámara de Diputados el día 23 de septiembre de 1913 (hoy Día Internacional contra la Trata de Personas), sólo seis días después, el Senado trató y aprobó el Proyecto sin modificaciones, quedando la Argentina como un país de vanguardia en la

migratorio el tráfico ilegal de personas¹¹⁷, la intervención en la permanencia ilegal de extranjeros como asimismo la presentación de documentación falsa al peticionar para terceros beneficios migratorios. De tal manera, se reprime:

- con prisión o reclusión de 1 a 6 años el que *realizare, promoviere o facilitare el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a la República Argentina;*
- con prisión o reclusión de 1 a 6 años el que *promoviere o facilitare la permanencia ilegal de extranjeros en el territorio de la República Argentina con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio;* con la misma pena, a quien mediante la presentación de documentación material o ideológicamente falsa peticione para un tercero algún tipo de beneficio migratorio.

Agravantes

Con penas agravantes se reprime:

- con prisión o reclusión de 2 a 8 años a quien *realice las conductas descriptas precedentemente empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de la necesidad o inexperiencia de la víctima;*
- con prisión o reclusión de 3 a 10 años cuando se verifiquen algunas de las siguientes circunstancias:
 - a) si se hiciere de ello una actividad habitual;
 - b) interviniere en el hecho un funcionario o empleado público en ejercicio o en ocasión de sus funciones o con abuso de su cargo. En este caso se impondrá también inhabilitación absoluta perpetua para ejercer cargos públicos;
 - con prisión o reclusión de 5 a 15 años cuando *se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de los migrantes o cuando la víctima sea menor de edad;*
 - con prisión o reclusión de 8 a 20 años cuando *el tráfico de personas*

protección de los derechos humanos, especialmente, los derechos de las víctimas de delitos sexuales y de esclavitud. Así surgió lo que se conoció como la «Ley Palacios» cuyo objetivo era erradicar la trata de mujeres en prostíbulos locales. Desde esa fecha, hasta la sanción de la mencionada ley 26.364 transcurrió casi un siglo. Como dato relevante, es útil contabilizar que recientemente, las comisiones de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia y de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación están tratando modificaciones para introducir a la ley 26.364. El eje principal de la discusión, observado con especial atención por los representantes de las organizaciones de la lucha contra la trata y de derechos humanos, gira en torno a la necesidad de eliminación de las diferencias que la norma penal realiza entre víctimas menores y mayores de 18 años. Lo que se intenta es suprimir la exigencia de probar que la víctima de trata mayor de 18 años no prestó su consentimiento partiendo de considerar que ninguna persona libre puede asentir su propia esclavitud. Otro tópico a considerar en la reforma es la cuantía de las penas asignadas al delito, que se consideran leves atendiendo a que se está presencia de violación de los derechos humanos de las personas.

¹¹⁷ Se entiende por tráfico ilegal de personas, la acción de realizar, promover o facilitar el cruce ilegal de personas, por los límites fronterizos nacionales con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio (conf. art. 116 segunda parte).

se hubiere efectuado con el objeto de cometer actos de terrorismo, actividades de narcotráfico o lavado de dinero.

La tipificación delictiva en el Código Penal Argentino

El delito específico «trata de personas»¹¹⁸ se encuentra sistematizado en el Título V del citado cuerpo legal bajo la leyenda «Delitos contra la libertad» en los arts. 145 bis¹¹⁹ y 145 ter¹²⁰.

¹¹⁸ Se distingue la *trata de mayores de 18 años de la de menores a dicha edad*, restringiéndose los recaudos fácticos tipificantes en el segundo caso. Se entiende por *trata de mayores* la captación, el transporte y/o traslado -ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas mayores de 18 años de edad, *con fines de explotación*, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta (art. 2, ley 26.364). Se entiende por *trata de menores* el ofrecimiento, la captación, el transporte y/o traslado -ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior-, la acogida o la recepción de personas menores de 18 años de edad, *con fines de explotación*.

Expresamente se prevé que la mentada tipificación tiene lugar aun cuando no mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima.

También se le niega efectos liberatorios al asentimiento de la víctima, tratándose de menores de 18 años (art. 3, ley 26.364).

¹¹⁹ Artículo 145 bis: El que capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas mayores de dieciocho años de edad, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, con fines de explotación, será reprimido con prisión de TRES (3) a SEIS (6) años.

La pena se agrava de CUATRO (4) a DIEZ (10) años de prisión cuando:

1. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afin en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;
2. El hecho fuere cometido por TRES (3) o más personas en forma organizada;
3. Las víctimas fueren TRES (3) o más.

¹²⁰ Artículo 145 ter: El que ofreciere, capture, transportare o trasladare, dentro del país o desde o hacia el exterior, acogiere o recibiere personas menores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación, será reprimido con prisión de CUATRO (4) a DIEZ (10) años.

La pena será de SEIS (6) a QUINCE (15) años de prisión cuando la víctima fuere menor de TRECE (13) años.

En cualquiera de los supuestos anteriores, la pena se agrava de DIEZ (10) a QUINCE (15) años de prisión, cuando:

1. Mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier otro medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima;

• Esta nueva figura incorporada al Código Penal por la ley 26.364, tiene especificaciones claras y su finalidad es la protección a la libertad en sus distintas manifestaciones. Por ello es que se incorpora en el título de los delitos contra la libertad, siendo éste el bien jurídico protegido. El primero de ellos (art. 145 bis) regula la trata de personas mayores de 18 años de edad con sus agravantes, en tanto que el segundo (art. 145 ter) contempla la trata de personas menores de 18 años, también con sus respectivos agravantes. Como diferencia relevante en la tipificación contenida en la ley migratoria y en el Código Penal se advierte la *finalidad del autor*; en el primer caso, es la «obtención directa o indirecta de un beneficio» salvo para quien presente documentación falsa a fin de que un tercero obtenga un beneficio migratorio, hecho para el cual no se requiere más que el *beneficio para el tercero*. En el Código Penal, la finalidad punible es la «*explotación*», la que se considera configurada en cualquiera de los siguientes supuestos¹²¹:

- a) cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre o se la sometiere a prácticas análogas;
- b) cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;
- c) cuando se promoviere, facilitare, desarrollare o se obtuviere provecho de cualquier forma de comercio sexual;
- d) cuando se practicare extracción ilícita de órganos o tejidos humanos.

VIII. A modo de conclusiones, para seguir pensando

1. Asistimos a *un cambio de paradigma*, donde el DIDH pasa a ocupar un rol fundamental, de mayor primacía y jerarquía que el que detenta el «derecho positivo» derivado del poder soberano del Estado Nación, y donde éste debe sujetarse a aquél.

Lo expresado determina que el *hombre* pase a ser el eje de todas las cosas y de todas las variables, porque es un valor en sí mismo, cualquiera sea su condición, su color de piel, su nacionalidad, su nivel cultural y socioeconómico, su religión, etc. Resurge el *Humanismo*, en desmedro del Estado, para prohijar el respeto esencial a los derechos humanos fundamentales.

2. La primacía del DIDH conlleva la conformación de un nuevo «*contrato social a nivel universal*», donde se supera la versión contractualista a nivel «nacional» de Jean Jacques Rousseau, por una dimensión que abarca

2. El autor fuere ascendiente, cónyuge, afin en línea recta, hermano, tutor, persona conviviente, curador, encargado de la educación o guarda, ministro de algún culto reconocido o no, o funcionario público;

3. El hecho fuere cometido por TRES (3) o más personas en forma organizada;

4. Las víctimas fueren TRES (3) o más.

¹²¹ Conf. art. 4, ley 26.364.

todo el orbe, pues la tecnología y la globalización achican las distancias y nos comunican al instante para saber qué necesita cada cual. Subyace un imperativo ético insoslayable: a esta altura de la civilización, no puede tolerarse la miseria ni la exclusión (pues son contravalores que deben ser desterrados), pudiendo aspirar todo hombre al *derecho a la felicidad*, que no es otro que el *desarrollo en plenitud de las potencialidades de cada ser humano*.

3. Los derechos del trabajador migrante derivan de su condición de persona humana, de persona que trabaja o que procura ejercer su derecho a trabajar, y no de su nacionalidad, ciudadanía o residencia¹²².

El derecho al trabajo, es un derecho humano fundamental que abarca no sólo el derecho a gozar de condiciones de trabajo dignas y a conservar el empleo, sino que incluye también el derecho de acceder al empleo, en igualdad de condiciones con los nacionales o residentes.

4. Frente al discurso *productivista* (cuyo paradigma es la *eficiencia*), se contrapone el *modelo de la solidaridad* (que tiene como fundamento la preservación de los derechos humanos fundamentales, que arraigan en la *dignidad*). Sin perjuicio de reconocer el esfuerzo superador de las economías más desarrolladas, al mismo tiempo es *preciso defender la equidad*, en un plano de virtual *misericordia o commiseración para con los menos favorecidos*. En definitiva, es el tributo que la Humanidad está reclamando a aquellos que lo tienen todo o bastante más, para coadyuvar en alguna medida a paliar ⁷las necesidades de aquellos otros que no tienen casi nada.

La *perspectiva economicista*, impone la libre circulación de los factores de la producción, donde el trabajo humano es una mercancía que está sujeta a las leyes de mercado (oferta y demanda), de lo que resulta que se torne hegemónico el criterio o el valor de la utilidad.

El modelo de la *seguridad y del control estatal*, prioriza la manifestación de la soberanía, conforme a su legislación interna, dando relevancia al valor *«conveniencia»*.

En cambio, según la perspectiva de los *derechos humanos*, toda persona tiene como derecho fundamental el *derecho a trabajar*, de lo que resulta que el valor predominante es la *dignidad humana*, lo que implica comprometerse con el *prójimo próximo*, con *«el otro»*, aunque no sea nacional. *Dignidad* por ser persona; *Igualdad* por pertenecer a la misma especie; y *NO discriminación* como correlato ineludible de la igualdad.

5. En el marco de *soluciones a dispensar* a la cuestión de los migrantes irregulares y la obligación de los Estados receptores de hacerse cargo de los gastos de educación, salud, etc. se encuentra la aplicación del *sistema*

¹²² En igual sentido, véase ERMIDA URIARTE, Oscar, «Derecho a migrar y derecho al trabajo», en *Las migraciones humanas en el Mercosur. Una mirada desde los derechos humanos. Compilación normativa*, Edic. Observatorio de Políticas Públicas de Derechos Humanos en el MERCOSUR, Montevideo, Uruguay, 2009, pág. 33.

de «compensaciones» entre Estados, deducción mediante de lo que en concepto de «multas» se recaude de los empleadores o dadores de trabajo por haber empleado a inmigrantes indocumentados. El reembolso de la contraprestación respectiva, podría implementarse a nivel de cada una de las Cancillerías de los países involucrados.

Si el Estado de origen no tuviera fondos o careciera de la posibilidad financiera de cubrir los gastos de cobertura de sus nacionales migrantes, podría implementarse un *Fondo de Cooperación Social Internacional, a nivel regional y/o hemisférico*, para cubrir tales contingencias, el que debiera ser solventado por la solidaridad internacional de los países más desarrollados.

6. Así como está establecido internamente el principio del *«orden público laboral»*, de igual modo es plausible que rija un postulado de *«orden público internacional económico y social»* que desemboca en la conformación del *«orden público internacional de la humanidad»*, que ha sido recogido por el DIDH.

7. Los mismos principios que orientan el Derecho del Trabajo y sus postulados protectorios a favor de los sujetos más débiles y expuestos, tienen su correlato internacional para aminorar las desigualdades y asimetrías existentes entre los países ricos y pobres, en el marco de un nuevo modelo más equitativo y más ecuánime que permita extender los beneficios del desarrollo a toda la humanidad.

8. La *necesidad de la cooperación internacional de los países más desarrollados*, reclama extender los beneficios de la *«globalización económica»* a la *«globalización social»* para revertir las vergonzantes condiciones de hambre e inequidad a la que siguen sujetos millones de seres humanos.

En suma, se trata de un *nuevo pacto de convivencia y de asociación*, donde los lazos que vinculan a los hombres entre sí estén presididos por *la solidaridad y la fraternidad*.

Desde la óptica de la *magnanimitad*, variable superadora de las perspectivas *economicista* (signada por el *individualismo utilitario*) y de la *regulación estatal* (caracterizada por el *control social soberano*), es posible lograr la reducción de la pobreza y la exclusión social, siempre y cuando sea ejercida con prudencia y ponderación, para evitar los abusos y el aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

BLANCA

**SECCIÓN
DE DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y
ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL**

BLANCA

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«**ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA**»,
En el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO

*Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho
Internacional*

**LA TÉCNICA GRUPAL «PHILLIPS 66»
Y SU UTILIZACION PEDAGÓGICA**

THE PHILLIPS 66" ART GROUP AND THEIR TEACHING USE

*Relator: Jorge Oscar PALADINO**

RESUMEN

La técnica conocida como «Phillips 66» o reunión en corrillos consiste en dividir el aula en grupos, en los que se discute un tema o problema. Seguidamente se reúne un representante de cada grupo y vuelve a discutir el mismo asunto, hasta llegar a una conclusión general.

Su función es motivar una discusión ordenada y posibilitar un intercambio de ideas en un breve lapso.

Esta técnica desarrolla la capacidad de síntesis y de concentración y estimula el sentido de *responsabilidad*, dinamiza y distribuye la actividad en grandes grupos, permitiendo una participación democrática entre todos los integrantes.

PALABRAS CLAVE

Phillips 66, discusión democrática, conclusión grupal, capacidad de síntesis, concentración, distribución del trabajo.

* Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de La Matanza. Director de la Sección Investigación, Metodología y Enseñanza del D.Internacional de AADI. Profesor a cargo de la Carrera Docente del Departamento de Derecho y Ciencias Políticas

ABSTRACT

The technique known as «Phillips 66» or cliques meeting is to divide the classroom in groups, where they discuss an issue or problem. Then, he meets a representative from each group and re-discuss the same matter, until a general conclusion.

Its function is to encourage discussion and enable an orderly exchange of notions in a short time.

This technique develops the synthesis capacity and concentration, and encourages a sense of responsibility, more dynamic and distributed activity in large groups, allowing for democratic participation among all members.

KEY WORDS

Phillips 66, democratic discussion, group conclusion, synthesis capacity, concentration, distribution of the work.

«La proclamada muerte de la Historia que significa, en última instancia, la muerte de la utopía y de los sueños, refuerza, indiscutiblemente, los mecanismos de asfixia de la libertad. De allí que la pelea por el rescate del sentido de la utopía, de la cual no puede dejar de estar impregnada la práctica educativa humanizante, tenga que ser una constante de ésta».

PAULO FREIRE

Introducción

El objetivo de esta presentación es describir las características y el funcionamiento de un método para el análisis temático grupal –Reunión en Corrillos o Phillips 66– el que, por sus condiciones participativas y su generación dinámica, es de suma utilidad en la enseñanza del derecho en general y de gran ventaja para la obtención de decisiones en grupos numerosos, aun fuera del contexto áulico.

Ya hemos tenido oportunidad de apreciar la importancia de la *toma de decisión* en la enseñanza del derecho (XVIII Congreso Ordinario de la AADI, Rosario 2005), como así el *trabajo dinámico en el aula* (XIX Congreso Ordinario de la AADI, Mar del Plata 2007).

Asimismo habíamos tenido oportunidad de experimentar la metodología que ahora se presenta, en el taller que organizó esta Sección en la ciudad de La Rioja, con motivo del XIII Congreso Ordinario de la AADI, en el año 1995. Aquel taller resultó sumamente interesante, sobre

todo por la movilización que consiguió en todos los participantes, quienes tuvieron –todos, insisto– una directa injerencia en la decisión resultante.

Desde aquel taller al que me refiero, ha pasado bastante tiempo, el que ha servido para su utilización metodológica en el aula y la comprensión de que es una de las técnicas más útiles para la procuración del objetivo pedagógico que orienta a los profesores de la carrera de grado.

El objetivo pedagógico

Si entendemos al derecho como el propósito de funcionamiento social, a través de su historia se ha visto impregnado con el compromiso de realización, en distinta proporción, de los valores que componen la «justicia»: Seguridad, Equidad, Orden, que se entienden como consagratorios de ese propósito funcional.

Así, a medida que la humanidad se dirige hacia el individualismo con el impulso de la libertad, aparece como necesario, cada vez más, tener en cuenta las particulares características diversificantes de la especie y, en el mundo jurídico, esto repercute directamente en una mayor inclinación a la procura de la «equidad» y el consecuente alejamiento de la «seguridad». La relación horizontal de los distintos aspectos del mundo jurídico: hecho, norma y valor se diluye, porque la diversidad atenta contra la ejemplaridad.

En la medida que la sentencia va dejando de tener un nivel de acatamiento fuera del caso concreto en que se dicta y la previsibilidad de los pronunciamientos se pierde, el contenido teórico de la interpretación de la norma, del precedente y de la doctrina, pierde importancia y la adquiere la particular habilidad para encarar el proceso de evaluación dinámica diversificada para la toma de decisión.

Este cambio de contexto de la realidad social ha producido una modificación de la función del abogado como facilitador en la solución de los conflictos, a quien cada vez más se le requiere una especial aptitud para la toma de decisiones, sopesando la mayor cantidad de características y variables del pleito en la propuesta de la solución.

Por ello, la enseñanza del derecho hoy día debe apuntar a promover el desarrollo de esas particulares habilidades en los futuros abogados-juristas, más que en el atesoramiento de contenidos técnicos (información y comprensión).

Así entendida la función del profesor de derecho y en oportunidad de discutir acerca de los «Contenidos, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado» en las Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado realizadas en Rosario en el mes de noviembre de 1994, debimos dejar aclarado que dicho título no se refería precisamente a los contenidos de los programas de estudio de la asignatura en las carreras de grado, porque estos deben apuntar, sobre todo, al objetivo pedagógico antes planteado, esto es, habilidades para ejercer la abogacía en la especialidad

y no a los contenidos de la ciencia jurídica. En otras palabras, el Derecho es una ciencia y la Enseñanza del Derecho es otra ciencia.

Aunque a través del objetivo «atesoramiento de contenidos» se consigue en el educando el desarrollo de habilidades metodológicas apreciables, como la creación de estructuras mnemotécnicas y el desarrollo de la intelección (intuición intelectual), el método propio para la comprensión y utilización de objetos culturales como los del mundo jurídico, a estar a la ontología desarrollada por Edmundo Husserl, es el *empírico dialéctico* que implica el acto gnoseológico de vivencia y comprensión.

Así, el proceso enseñanza-aprendizaje en la formación curricular del abogado ha de ser de las *habilidades necesarias* para intervenir activamente como facilitador en la solución de los conflictos sociales y en tal sentido la casuística es el método más adecuado (Javier Tamayo Jaramillo en «Metodología de la Enseñanza del Derecho» de Jorge Witker, Ed.Temis, Bogotá, Colombia 1987, Cap.X).

Es que el objetivo pedagógico explicitado va más allá, porque se aspira, como logro, la aptitud del educando en la toma de decisiones autónomas y su capacidad, no sólo para «elegir» entre opciones preestablecidas por los judicantes o la doctrina de los juristas, sino y sobre todo para «crear» la particular solución a un conflicto social.

Propuesta metodológica

Para el logro del objetivo pedagógico descripto precedentemente se propone una participación activa del educando en toda la actividad a desarrollar en el aula.

Según el tema a tratar y el nivel progresivamente adquirido por los estudiantes, se propone utilizar técnicas participativas de objetivo creativo, prefiriendo el trabajo dinámico en grupo, que produce un crecimiento persistente de los integrantes por el compromiso que genera la actividad entre iguales. A estas técnicas para grupos también se las denomina «vivenciales» o técnicas de simulación, porque hacen vivir o sentir una situación como si fuera real.

Como cada individuo no se relaciona con todos los integrantes de una sociedad sino que sus vínculos toman la forma de convivencia en diferentes clases de grupos, la aplicación de técnicas grupales adecuadas, permite que el aprendizaje sea activo y que se elaboren normas de trabajo y criterios de evaluación. La tarea central de la Dinámica para grupos es llevar a la superficie los modelos mentales (imágenes, supuestos e historias que llevan en la mente acerca de sí mismos, los demás, las instituciones y todos los aspectos del mundo) de las personas para explorarlos y hablar de ellos sin defensas, para que sean conscientes de cómo influyen en su vida y encuentren maneras de modificarlos mediante la creación de nuevos modelos mentales que les sirvan mejor en su mundo real.

El trabajo en grupo permite a sus integrantes aprender tanto a pensar como a actuar juntos, es decir, desarrollar una actividad en la que todos los participes poseen un objetivo común y trabajan cooperativamente para alcanzarlo. En este tipo de actividades, el docente asume un rol de coordinador / facilitador, que implica el de observador, guía, intérprete, y, en ocasiones, el de cliente / usuario.

Estas actividades promueven el desarrollo de la responsabilidad, de la autonomía y del trabajo en equipo. Teniendo en cuenta el aprendizaje, algunos de los objetivos que se pueden lograr son: habilidad para investigar y obtener información y comprender con profundidad un tema determinado. Asimismo permite el desarrollo de la habilidad para juzgar críticamente, saber escuchar al otro, respetando su diferente opinión, valoración o punto de vista.

De igual manera promueve la actitud autocritica y autoevaluativa, lo que permite el análisis de los temas desde otros puntos de enfoque, como también la elaboración de ideas originales (creatividad) y genera habilidad para la toma de decisiones (tanto en lo grupal como en lo individual).

Dentro de estas actividades grupales dinámicas de posible utilización en el aula, podemos encontrar la casuística, el torbellino de ideas, el «abogado del diablo» o provocación de cuestionamiento, dramatización, panel, foro, mesa redonda, debate, simposio, reunión en corrillos (Phillips 6-6) y rejilla.

Sin desvirtuar la propia decisión agrupativa de los estudiantes, es útil procurar distribuir a los cursantes en grupos, teniendo en cuenta sus particulares aptitudes participativas (Por ej. analíticos, carismáticos, detallistas, minuciosos, ordenados).

Requerimientos para el trabajo en equipo

Participación: El primer condicionante para trabajar en equipo en una organización es el nivel de participación de sus miembros, lo cual a su vez tiene que ver con una decisión personal de cada integrante, sin perjuicio de que es importante la motivación grupal para esa toma de decisión.

Nombramiento de un líder: El trabajo en equipo requiere de un líder adecuado. En algunos equipos, en función de cada fase de desarrollo, puede suceder que el rol de líder cambie de un participante a otro. Son condiciones de liderazgo el ser proactivo, conocer el objetivo y meta, saber jerarquizar, crear situaciones de ganancia mutua, entender para ser entendido, cooperar para lograr sinergias, comprender las dimensiones físicas, emocionales, mentales y sociales de cada individuo.

Métodos, Técnicas y Soportes: El trabajo en equipo requiere necesariamente de herramientas que todo participante debe saber utilizar en mayor o menor grado. Las metodologías de análisis y solución de

problemas, pensamiento positivo, torbellino de ideas, técnicas de presentación en público, formas de reunirse, técnicas de oratoria, entrevistas. Al igual que los soportes físicos, como salas acondicionadas, disposición de pizarras, retroproyectores, computadoras, son útiles para encarar un trabajo en equipo con todas las garantías.

Espiritu de Equipo: cada organización tiene sus valores, cultura, normas, pautas de comportamiento históricas y presentes que inciden directamente en los equipos de trabajo presentes y futuros. No se puede trabajar en equipo sin conocer el espíritu de la empresa respecto al trabajo en equipo. Este espíritu no tiene porqué estar escrito o formalizado.

Comunicación: Los participantes de un equipo de trabajo se comunican adecuadamente cuando el proceso de comunicación grupal es conocido y usado, existiendo una verdadera interacción personal. La importancia del Saber Escuchar es básica, así como conocer las distintas culturas de trabajo en equipo.

En el aula del estudiante de abogacía se dan diversos elementos que favorecen la formación de un equipo: la identidad de objetivos, el lenguaje y diversidad de estereotipos de presentación y participación.

Negociación: El trabajar en equipo requiere solucionar problemas y crisis que siempre aparecen en mayor o menor medida. Una buena negociación permite superar barreras, reanimar al equipo y cumplimiento de objetivos y metas.

Producción de Sinergias: Se puede trabajar en grupo pero sólo se consigue trabajar en equipo cuando existe una verdadera producción de sinergias y los participantes y su entorno así lo perciben. Cada individuo observa cómo el equipo logra una eficiencia y eficacia por encima del desempeño de cualquiera de sus miembros, logrando una optimización de los resultados.

Objetivo / Meta: Los objetivos y metas deben ser conocidos por el equipo y sus participantes, éstos deben estar definidos a nivel temporal, cuantitativo y cualitativo. Pueden existir algunos objetivos ocultos para los miembros del equipo pero conocidos por el líder.

Reunión en corrillos (Phillips 66)

Entre las técnicas de enseñanza casuística de carácter dinámico y activo se encuentra la reunión en corrillos, conocida como «Phillips 66» en honor a su autor J. Donald Phillips del Michigan State College.

Su función es motivar una discusión ordenada entre los participantes y posibilitar un intercambio de puntos de vista en un breve lapso.

Consiste en dividir el salón en 6 grupos de 6 personas, las cuales discuten durante 6 minutos un tema o problema (previsto o bien que haya surgido como tema durante el desarrollo de la reunión). Seguidamente

una persona de cada grupo se reúne con los otros 5 representantes y vuelve a formar un grupo de 6, que por seis minutos más, discutirán el mismo asunto, hasta que se llegue a una conclusión general.

Esta técnica desarrolla la capacidad de *síntesis* y de concentración; ayuda a superar las inhibiciones para hablar ante otros; estimula el sentido de *responsabilidad*, dinamiza y distribuye la actividad en grandes grupos, permitiendo una participación democrática entre todos los integrantes del mismo.

Esta técnica suele utilizarse en apoyo a otras técnicas, cuando por alguna razón se necesite promover rápidamente la participación de todo el grupo, obtener muchas opiniones en poco tiempo, resolver un problema de forma creativa y descubrir las divergencias existentes ante un tema concreto.

Esta técnica no es útil cuando hay problemas muy complicados y en los que hay que profundizar al máximo.

El *procedimiento* para su utilización es el siguiente:

1) El director (o docente) formula la pregunta o tema que se va a discutir e invita a los participantes para que formen grupos de seis personas. En ese momento el director puede sugerir la integración teniendo en cuenta las cualidades de los participantes para lograr una diversidad interna de cada equipo y la homogeneidad entre ellos, alentando así, en forma dinámica, el aprovechamiento de las aptitudes. Vuelvo *Infra* sobre el tema «Constitución de los grupos».

2) El director otorga un tiempo breve para que cada grupo elija en su seno un coordinador y un secretario. Hecho esto se marca el comienzo del trabajo, contando el director el tiempo de duración establecido. Cuando falte un minuto el director notificará a cada grupo para que realice su resumen.

3) El coordinador de cada uno de los equipos deberá controlar también el tiempo y dirigirá la exposición por un minuto de cada integrante, mientras el secretario toma nota de las expresiones a los fines de la elaboración del resumen que, quien se designe como representante del grupo, llevará a la reunión final. Vuelvo también sobre este tema.

4) Al concluir el lapso de discusión en los grupos, el director solicita a los secretarios la lectura de las conclusiones obtenidas en cada equipo (opcional).

5) O bien, cada equipo puede designar un representante –que puede ser el propio secretario– el que se integra en un grupo con los otros representantes y otra vez reedita el procedimiento de elegir coordinador, secretario y recibir la opinión de cada participante en seis minutos, que será, en cada caso, el resumen de lo acontecido en el grupo al que el representante pertenece.

6) El secretario expresa el resumen final que se tiene como conclusión de la discusión.

Constitución de los Grupos

Para la constitución de los grupos el director (docente) puede otorgar libertad a los participantes permitiendo de esta manera la natural selección en función de las simpatías y comodidades de los participantes o, como antes se sugiere, en función de las aptitudes de cada participante, que se deberán tener calificadas antes de la reunión, por ejemplo la capacidad de análisis, la minuciosidad o capacidad para advertir el detalle o elemento de cada objetivo de discusión, la tendencia a establecer orden y prioridades y la característica carismática de algunos participantes basada en contenidos menos intelectuales y más afectivos.

La intención de la constitución dirigida es, por un lado, la obtención de una diversidad interna de cada equipo que mejore su actividad sobre la base de la acumulación de aptitudes. La otra razón es la búsqueda de la mayor homogeneidad de los equipos para estimular la sana competencia.

Ambas opciones tienen un contenido pedagógico: la primera, porque profundiza el principio de libertad de asociación; la segunda, porque incentiva el desarrollo homogéneo de las aptitudes de los participantes y evita la pasividad de algunos que tienen la tendencia de acercarse a los liderazgos carismáticos y así esconder su limitación a la actividad.

Para la adecuada constitución de los equipos o grupos de trabajo es útil la utilización de una *Ficha de Datos Personales* de los participantes la que habrá sido confeccionada por el director y sus ayudantes antes de la realización de la reunión de corrillos, en función de la actividad desarrollada anteriormente.

Número de integrantes y tiempos de trabajo de los grupos

Si bien el método que se explica está programado para una discusión entre 36 participantes, divididos en 6 grupos de 6, que sesionarán durante 6 minutos, el trabajo puede programarse para más o menos personas, adaptándolo a la realidad del curso.

Al respecto se habrá de tener en cuenta que seis participantes es un número ideal basado en la posibilidad de profundizar una discusión sin abandonar la temática y hacer en consecuencia decaer el interés. Pero puede adaptarse la realidad, formando grupos de menos de 6 o hasta 7 participantes, número considerado límite. Asimismo pueden formarse más o menos de 6 grupos, adaptando a ello la discusión final.

Otra variable aceptable es la extensión de los tiempos de trabajo, que pueden ser más largos que los 6 minutos del purismo técnico descripto y ello tiene que ver con la temática, la profundidad del tema en discusión, el

interés con que se está desarrollando, como así el objetivo de promoción de otras aptitudes, como las técnicas de argumentación.

En la enseñanza de grado de la carrera de abogacía esta última aptitud debe ser un objetivo particularmente tenido en cuenta, lo que sugiere ampliar los tiempos de trabajo de cada grupo, tiempos que, en su conjunto, no pueden exceder los de una clase académica, porque el sistema exige concluir la discusión sin discontinuidad.

Es sumamente útil hacer un seguimiento de la discusión, en forma personal el director y también con la colaboración de ayudantes docentes, formando la *Ficha de Observación del Trabajo Grupal*. En ella se anotarán los avances grupales en la discusión, como así los aportes personales, según las características de los participantes, lo que puede influir en una evaluación de concepto.

Posibles aplicaciones

Esta técnica puede usarse en clases comunes o en reuniones especiales de grupos numerosos. No es en sí misma una técnica de aprendizaje, ya que no aporta conocimientos ni da información (salvo la eventual que aparezca en la interacción), pero genera habilidad en la confrontación de ideas, facilita la decisión democrática y el esclarecimiento de conceptos incompletos, y provoca la participación de los tímidos e indiferentes.

En un grupo de discusión es útil para obtener rápidamente opiniones elaboradas por subgrupos, acuerdos parciales, decisiones de procedimiento, sugerencias de actividades, tareas de repaso y de comprobación inicial de la información antes de tratar un nuevo tema.

También puede utilizarse esta técnica para indagar el nivel general de información (evaluación diagnóstica) que poseen los alumnos sobre un tema; para elaborar y hallar aplicaciones a un tema aprendido teóricamente (evaluación final).

Una vez que el coordinador y los propios integrantes del grupo hayan experimentado este recurso grupal, hallarán sin duda innumerables ocasiones para utilizarlo con verdadero provecho.

Conclusiones

Si bien lo que nos convoca hoy a esta reunión es la explicación de una técnica grupal utilizable tanto en el aula universitaria de la carrera de grado como en otros eventos grupales educativos, aún de postgrado, es el momento propicio para ratificar una posición, si quiere, ideológica, que se llama individualismo y que se sustenta en el valor de la libertad.

Así, el tiempo de vida docente ha servido, entre otras cosas, para reforzar convicciones que tuvimos oportunidad de explicitar hace más de

treinta años, pero que permanecen como guías de un proyecto socio cultural en el que cumplimos un rol identificable.

Una de estas ideas o principios es que el verdadero proceso de enseñanza-aprendizaje se desarrolla a través de la exclusiva decisión del discente (neologismo por oposición a docente, que significa «educando»).

En tal sentido, los educadores somos simples facilitadores de este proceso y no transferimos conocimiento; simplemente generamos las condiciones para que alguien, quien así lo quiera y así lo decida, pueda aprender.

El ser humano viene al mundo con una aptitud psicofísica insuficiente tanto para la supervivencia como para el desarrollo de la especie y el aprendizaje es la incorporación en el individuo de los recursos para cumplir su misión en la vida. Por eso, podemos decir que el proceso de enseñanza-aprendizaje es propio de la naturaleza humana.

En el nivel de formación humano en que se desarrolla la reunión a la que va dirigida este relato, podemos considerar que la mayor parte de las estructuras y formas de pensamiento, considerados instrumentos para el cumplimiento de la misión y función del ser humano, están logradas. Sin embargo, esta aptitud, tanto docente como discente, está viva y forma parte de nuestro quehacer social y es, por lo tanto, interminable.

Para algunos individuos la vocación docente se circunscribe a su ámbito familiar, hijos, nietos. Otros lo extienden a un reducido grupo de allegados, amigos, compañeros de equipo y de trabajo.

Y otros, como la mayor parte de los participantes de esta reunión tenemos la necesidad de desarrollar esta vocación en forma profundamente extendida, siendo así, el aula, el lugar de encuentro que nos permite seguir creciendo, a discentes y a docentes.

BIBLIOGRAFÍA

- COSSIO, Carlos, *El derecho en el derecho judicial*, Librería El Foro, Bs. As. 2002.
- FREIRE, Paulo, *Pedagogía de la Autonomía*, Ed. Los amigos de Freire, 1997 (sin depósito legal).
- GUZMÁN MEZA, Maritza Emperatriz, Lic., Tesis para el grado de Maestría en Educación Superior, Universidad de La Habana, sustentado 12/02/2007, Lima Perú.
- ROGERS, Carl, *El camino del ser*, Ed. Kairos-Troquel, Bs. As., 1989.
- WITKER, Jorge V., *Metodología de la Enseñanza del Derecho*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1987.

**CONCLUSIONES DEL TRABAJO CIENTÍFICO
DE LAS SECCIONES**

BLANCA

XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
«ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA,
en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO»

**ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN
ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2010**

Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta
Salta, 21, 22 y 23 de octubre de 2010

SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
TEMA: «LAS CONTROVERSIAS LIMÍTROFES PENDIENTES
EN AMÉRICA DEL SUR»

Relatores: Claudio Rubén Díaz ()
Selva DEGIORGIO*

VISTO:

- El *relato* presentado por los Profesores Claudio Rubén Diaz y Selva Degiorgio titulado *«Las controversias limítrofes pendientes en América del Sur»*.

- Las *ponencias*:* «*El Tratado de Maipú de Cooperación e Integración entre la República Argentina y la República de Chile*» (Hernán Varela Valenzuela), * «*Aspectos del conflicto limítrofe entre Colombia y Venezuela en el Mar Caribe*» (Enrique J. Aramburu), * «*La controversia limítrofe pendiente entre Chile y Perú ante la C.I.J. y la expectativa de su resolución*» (Leopoldo M. A. Godio), * «*Las Controversias Limítrofes en América del Sur: Las Problemáticas emergentes de la explotación de las aguas del Silala*» (Bruno M. Tondini),* «*Las controversias limítrofes pendientes en América del Sur*» (Graciela R. Salas),* «*El Conflicto chileno-peruano: dos tesis en pugna en un análisis desde la Convención de Derecho del Mar*» (María Cristina Montenegro y Verónica Zamzem)

- Los *aportes* de los señores miembros: Armando D. Abruza, Ariel R. Mansi, Oscar Benítez, Bruno Tondini, Hernán Varela Valenzuela, María Fabiana Beaugé, Anahí Priotti, Enrique Mussel, Graciela Salas, Alberto Monsanto, Laura Aguzín y Arturo Pagliari.

- Y los *aportes* de los señores profesores: Enrique J. Aramburu y Leopoldo M. Godio.

CONSIDERANDO:

Que no obstante los embates que desde la doctrina y la práctica se han realizado a efectos de debilitar el concepto de soberanía, se reafirma el protagonismo del Estado como principal sujeto del derecho internacional.

Que la coexistencia de una pluralidad de sujetos soberanos evidencia la continuidad de la función clásica del derecho internacional relativa a la articulación de normas que regulen la distribución de competencias entre ellos a efectos de evitar y resolver las controversias.

Que a las controversias limítrofes que provienen de la necesidad de establecer el ámbito de competencia espacial del Estado, se agrega una conflictividad funcional transfronteriza de naturaleza política, económica o ambiental.

Que en el continente americano, a dos siglos de las guerras de independencia, aún existen controversias limítrofes sin resolver, originadas en el proceso independentista del siglo XIX, en el proceso de descolonización del siglo XX, en la aplicación del nuevo derecho del mar y en otros nuevos desarrollos del derecho internacional.

Que la delimitación territorial en América estuvo íntimamente vinculada al principio del *uti possidetis iuris*, que ha sido recogido por la Corte Internacional de Justicia al establecer la preeminencia del título y la aplicación de dicho principio, por encima del principio de efectividad.

Que en la actualidad, en la búsqueda de soluciones a los conflictos pendientes se evidencia una tendencia a la utilización de todos los métodos de solución pacífica de controversias, sin que se refleje una preferencia notable por alguno de ellos en particular.

CONCLUYE:

Que en todas las controversias limítrofes pendientes en América del Sur se recurre actualmente a diversos métodos de solución pacífica, en forma sucesiva, simultánea o combinada.

Que los procesos de aproximación entre los Estados latinoamericanos produjeron el efecto positivo de desactivar y/o solucionar las controversias limítrofes, por lo que se debería promover el fortalecimiento de políticas de cooperación entre los Estados involucrados que faciliten su solución.

Salta, 23 de octubre de 2010

SECCIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TEMA: JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE
EN MATERIA DE RELACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS
Y SUS IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL
«JURISDICCIÓN Y LEY APLICABLE EN MATERIA DE RELACIONES
LABORALES TRANSFRONTERIZAS»

*Relatores: Dr. Eduardo Leopoldo Fermé
Dr. Demetrio Oscar González Pereira
Dr. C. Gustavo Ferrante*

«LAS MIGRACIONES LABORALES TRANSFRONTERIZAS
Y SUS IMPLICANCIAS EN LA SEGURIDAD SOCIAL»

Relatora: Lilia Mabel Maffei de Borghi

La Sección de Derecho Internacional Privado de la Asociación Argentina de Derecho Internacional reunida en el XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional luego del relato de los Dres. Eduardo Leopoldo Fermé, Lilia M. Maffei de Borghi, Oscar González Pereira y César Gustavo Ferrante; y sometidas a debate las ponencias referidas en el Anexo A que acompaña la presente, ha arribado por unanimidad a las siguientes conclusiones:

- 1) La creciente mundialización de las relaciones económicas, la migración de los trabajadores, las transformaciones en las estructuras empresarias, la creación de mercados comunes y organismos regionales, son factores que tornan necesaria una regulación específica de la relación de trabajo con elementos extranjeros.
- 2) Los derechos del trabajador, incluidos los de la Seguridad Social, constituyen derechos fundamentales de todo hombre y como tales están garantizados tanto en la Constitución Nacional como en los Tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 Constitución Nacional).
- 3) Tales instrumentos expresan positivamente los principios que conforman el núcleo del orden público internacional a los que se agregan los del plexo normativo propio de la O.I.T. y del MERCOSUR, como por ejemplo la Declaración Sociolaboral y los principios fundamentales que inspiran el derecho laboral argentino.
- 4) El ordenamiento argentino no cuenta ni en fuente convencional ni en fuente interna con normas que contemplen de manera satisfactoria la problemática particular de la jurisdicción internacional y del derecho aplicable a estas relaciones. Se advierte que las normas generales de contratación internacional son relativamente inadecuadas para sus objetivos y modalidades. Por tanto, se propicia integrar tal laguna con soluciones que respeten los principios antes mencionados.

5) Se recomienda calificar el punto de conexión de fuente interna, el lugar de ejecución, como el lugar de cumplimiento habitual de la prestación del trabajador. Los lugares de cumplimiento temporarios u ocasionales no provocan su deslocalización. En el supuesto de pluralidad de lugares de cumplimiento, ya sea sucesiva o simultánea, se recomienda entender como aplicable la ley del país en el que se encuentra el establecimiento que contrató al trabajador, sin desmedro de la posibilidad de aplicar otro derecho manifiestamente más próximo a la relación e incluso más favorable al trabajador.

6) Respecto de la admisión de la autonomía de la voluntad en el contrato individual de trabajo internacional se recomienda su admisión tanto en su despliegue conflictual como material, preservando la orientación del favor hacia el trabajador característica de nuestro derecho laboral. El ejercicio de la autonomía –conflictual y material– se encuentra limitado por el derecho excluido por la cláusula de elección. Ello sin perjuicio del posterior control del orden público internacional de la *lex fori*.

7) Cuando corresponda aplicar derecho extranjero se deberá tener en cuenta, en primer lugar los casos convencionalmente regulados y, en segundo lugar, la vasta trama de instrumentos de cooperación jurídica vigentes que facilitan el conocimiento del derecho extranjero. Se seguirá la teoría del uso jurídico. En el supuesto de resultar imposible el acceso al derecho extranjero se recurrirá en última instancia a la *lex fori*.

8) Con respecto al acuerdo o prórroga de la jurisdicción en el contrato laboral se recomienda una regulación específica por la naturaleza de la relación que excede la materia estrictamente patrimonial y disponible. En tal sentido se propone admitirla en los casos de prestación ejecutada fuera de la República en tanto y en cuanto sea invocada por el trabajador.

9) En defecto de elección, se propicia un abanico de posibilidades a opción del trabajador que comprenda los siguientes foros: lugar de celebración, lugar de ejecución o domicilio/establecimiento del empleador. Por su parte el empleador sólo podrá demandar ante los jueces del domicilio del trabajador.

10) En el ámbito del Mercosur, se propician metodologías de armonización, unificación y coordinación de sistemas con el propósito de resguardar los derechos de los trabajadores.

11) Los derechos comprendidos en la Seguridad Social tienen por finalidad la protección del hombre respecto de diversas contingencias sociales y exigen instrumentos jurídicos adecuados en el plano nacional, regional y universal.

12) El desafío de nuestro tiempo es poner en acción los derechos universalmente reconocidos.

13) Actualmente la Seguridad Social debe satisfacer a la mutabilidad en los empleos y al incremento de los trasladados de trabajadores por distintos

países. También debe solucionar el problema de la precariedad, la pérdida de la seguridad de un ámbito geográfico permanente y contar con instrumentos jurídicos para afrontar la discontinuidad temporal, espacial y profesional.

14) Los principios básicos que resultan de los instrumentos de fuente internacional en esta materia son: el principio de igualdad de trato entre nacionales y no nacionales; la conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición; la totalización de los períodos de afiliación y cotización; la transferencia de contribuciones; la asistencia recíproca y la posibilidad de efectuar el pago en un territorio extranjero.

15) Desde el ámbito científico y académico debe propiciarse la concientización y elaboración de políticas que conduzcan a la armonización de sistemas y a la reciprocidad.

16) Los estándares consagrados en instrumentos regionales como la Declaración Sociolaboral y el Acuerdo Multilateral de Seguridad Social en el ámbito del MERCOSUR y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, deben ser concretados en la realidad de cada uno de los países a fin de dar amparo frente a enfermedades, vejez, invalidez y muerte.

17) La efectividad de tales derechos necesita instrumentos de cooperación administrativa y descentralización de oficinas de las autoridades de aplicación –especialmente en zonas de intenso tránsito migratorio– a fin de llegar a la población, tanto de empleadores como de trabajadores para campañas de educación, regularización y control. Se exhorta a las autoridades públicas a agotar los mecanismos para que todo trabajador en territorio argentino goce del mínimo que corresponde a la dignidad humana.

18) Algunos sectores como: los trabajadores estacionales, fronterizos, indígenas y otros grupos típicamente vulnerables como el servicio doméstico, requieren una acción específica desde el punto de vista social, cultural, legislativo, con líneas de acción multidisciplinarias e interinstitucionales, para asegurar una protección global cuyo objetivo mínimo deberá ser la registración de la relación laboral.

19) Se propicia la regulación legal del Teletrabajo en los casos con elementos extranjeros.

20) Hasta tanto se concrete una legislación positiva, las soluciones materiales favorables a los sectores débiles deben ser materia de difusión, concientización y debate en ámbitos académicos y científicos.

Salta, 23 de octubre de 2010

SECCIÓN DE DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

TEMA: «LA INTEGRACIÓN, EL MERCOSUR Y UNASUR:
VISTOS DESDE EL BIEN COMÚN»,

Relator: José María Sabat

VISTOS:

- El *relato*: «La integración, el MERCOSUR y UNASUR: vistos desde el Bien Común», del Dr. José María Sabat;

- Las *ponencias*:

«Cultura y Educación: pilares para una integración efectiva», de Valeria Vorano y María de la Paz Ibáñez;

- «La participación de la sociedad civil en el MERCOSUR: el Foro Consultivo Económico y Social y la Red de Mercociudades», de María Celina Peinado;

- «Nubarrones sobre el MERCOSUR», de Alejandro D. Serra Quiroga;

- «La protección ambiental en los procesos de integración. La convergencia en la UNASUR. Aportes para cubrir un déficit del MERCOSUR», de Alberto C. Moreira;

- «Integración regional: identidad cultural y regímenes de integración regional», de Christian G. Sommer;

-la *comunicación*: «Argentina vs. Uruguay, la controversia sometida a la Corte Internacional de Justicia. Repercusiones en el proceso de integración regional del MERCOSUR», de Marisa Basaez;

-el debate desarrollado y los aportes efectuados por los participantes,

La Sección de Derecho de la Integración propone las siguientes:

CONCLUSIONES:

La profundización de los procesos de integración regional requiere atender las exigencias que incluyen el desarrollo sustentable y las necesidades de la realización humana.

La dimensión cultural y la dimensión educativa son necesarias para potenciar el proceso de integración, ya que contribuyen a la construcción de una identidad cultural compartida. Ambas dimensiones deberían profundizarse y traducirse en acciones concretas que permitan ser percibidas por la ciudadanía.

Se valora positivamente el espacio de participación ciudadana que ofrece el Foro Consultivo Económico y Social del MERCOSUR y se recomienda el fortalecimiento institucional de este proceso, que permita la creación de nuevos canales de participación.

La protección del medioambiente es una de las dimensiones clave del proceso MERCOSUR, de la CAN, así como de la UNASUR, desde que no es

posible alcanzar el desarrollo sustentable si no se atiende la protección del ambiente. Se propone la creación de instrumentos que posibiliten la transferencia de recursos para la implementación de políticas, planes y proyectos ambientales.

Salta, 23 de octubre de 2010

SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES

**TEMA: DE LA UNIPOLARIDAD A LA MULTIPOLARIDAD:
EL COMPONENTE REGIONAL**

**«SOBRE EL EQUILIBRIO DE PODER Y LA MANIFESTACIÓN DE LOS
SISTEMAS POLARES»**

Relatora: Ada Lattuca

**«HACIA LA MULTIPOLARIDAD:
EL DEBATE DESDE UNA PERSPECTIVA TEÓRICA NEORREALISTA»**

Relatora: María Cristina Montenegro

La Sección comenzó su actividad en la primera jornada del congreso el día jueves 21 de octubre a las 15.30 hs., bajo la dirección de la Dra. Ada Lattuca y contó con la correlatoría de la Mg. María Cristina Montenegro. Estuvieron ausentes los Dres. Gloria Rosemberg y Pedro Baquero.

La primera intervención la realizó la Dra. Lattuca, titulada «El devenir del equilibrio de poder y el surgimiento de los sistemas polares». Planteó el devenir histórico del equilibrio de poder que se inició como la ausencia de un centro de poder superior a otro.

A posteriori de Grecia el equilibrio fue considerado principio rector de la democracia. Señaló una divergencia entre los principios anunciados y la realidad de la evolución histórica, cuando diversos Estados europeos fueron, por épocas, «dueños» de Europa.

A esa supremacía de una potencia se contrapusieron uniones de los otros Estados que trataron, al menos, de evitar la absorción por parte de la potencia hegemónica. De las guerras constantes resultó un proceso de atomización del poder que volvió a establecer un precario equilibrio en el que se impuso Inglaterra.

Narró, el proceso exitoso de expansionismo de Napoleón y que a consecuencia de su posterior derrota, triunfó un orden basado en premisas comunes, que extendió su auge hasta la llegada de la Primera Guerra Mundial.

Describió, cómo la culminación de la guerra impuso la eliminación de tres Imperios y fue el ámbito en el que surgió la Sociedad de las Naciones con su objetable reparto de poder del que derivó la Segunda Guerra Mundial.

La Guerra Fría fue indicada por la Profesora Lattuca como el elemento que tornó bipolar el reparto de poder, hasta la eliminación del bloque soviético, que dio inicio a la unipolaridad. Sin embargo, señaló, parece preciso a la política exterior de los EEUU encontrar al enemigo que ponga a la bipolaridad en términos maniqueos.

No obstante, destacó la existencia de un multipolarismo en el ámbito económico y comercial, en el que el poderío no es únicamente norteamericano. Analizó, *a posteriori*, los actores de estos nuevos equilibrios económicos, haciendo hincapié en el BRIC, que reúne poder suficiente para disputar un lugar primordial en el nuevo orden económico.

Concluyó, que tal vez nos dirijamos a un sistema no polar, donde no haya dominio de potencias determinadas con lo que deberá tenerse en cuenta la aparición de características nuevas en nuevos centros de poder.

Seguidamente, la Mg. Montenegro, en su relato titulado «Hacia la Multipolaridad. El debate desde una perspectiva teórica», planteó la necesidad de un concepto teórico de la multipolaridad cuyo centro de análisis sea el poder, y también la necesidad de diferenciar aquél de la multilateralidad.

Desde la óptica del neorealismo de Waltz inició su análisis identificando a las relaciones internacionales como lucha por el poder. El poder, señaló, sigue estando en el Estado, pero en un escenario anárquico -aunque no caótico- con un orden que fija el sistema. Agregó que, un importante elemento realista a tener en cuenta es que el unipolarismo es transitorio. Las estructuras cambian, entonces, en función de que cambian los sistemas de unipolares a bipolares a multipolares, etc.

Planteó que, no obstante, la unipolaridad no es nunca un ejercicio arbitrario del poder. Asimismo, destacó que existen, conjuntamente con el Estado Nacional, ONGs que participan de esa cuota de poder al amparo de otros Estados nacionales.

Pasó a ocuparse de los elementos novedosos en los repartos de poder y a discernir si esos elementos son veridicamente nuevos, trátese de poder blando o duro.

Como elementos estructurales del poder marcó: en primer lugar el factor militar, imprescindible al sistema unipolar; en segundo término el factor económico que coadyuva a la multipolaridad; y en tercer término el factor de las relaciones transregionales.

La Mg. Montenegro entiende que el ejercicio de poder puede subvertirse o cambiar de acuerdo a como se posicionan Estados que hasta hoy han evitado la confrontación en sus relaciones con las potencias hegemónicas

y exemplificó este aserto con el caso del BRIC y la postura Argentina con relación a la soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgia del Sur y Sandwich del Sur.

A continuación, la Dra. Sonia Moreno informó sobre el siguiente tema «¿Conformación, fragmentación o integración de las estrategias en un mundo multipolar?». Comenzó planteando los íconos de las relaciones internacionales actuales: el orden mundial y los conceptos de unipolaridad, multipolaridad y bipolaridad. Relató luego, cómo fueron variando los órdenes mundiales hasta llegar a la actualidad y destacó del nuevo orden multipolar su carácter de interdependiente y las consecuencias sociales del mismo. La interdependencia, indicó, genera la instancia multilateral.

En América, la multilateralidad marca el camino a la UNASUR, o sea, a una alianza regional sostenida sobre dos pilares: la lucha contra el narcotráfico para evitar la intromisión de EEUU y además neutralizar los intentos de integración desde este país sintetizados en los Tratados de Libre Comercio.

Indicó, no obstante, que estas nuevas alianzas son también por la retracción e inestabilidad del MERCOSUR y la CAN., y que deben buscar apoyo en otras organizaciones como el Banco Interamericano de Desarrollo.

Continuó, describiendo los parámetros a los que están ceñidos este nuevo regionalismo abierto y narró las secuencia de su formación y organización; y la de un sistema de seguridad regional que aquella alienta.

Señaló asimismo, los interrogantes de la convivencia con los otros bloques del subcontinente, y, en el caso del organismo de seguridad, con otros del mismo objeto a nivel mundial.

Concluyó con una serie de interrogantes acerca de los alcances jurídicos y políticos de la UNASUR en relación y comparativamente con el MERCOSUR. También planteó el interrogante del liderazgo subcontinental y la incapacidad de estos nuevos intentos para lograr una cabal integración.

Seguidamente, informan la Lic. Jacquelina Attara y la Dra. Susana Luchesi sobre el tema «Modelos de política exterior en una Argentina posible».

Plantearon tres modelos de política exterior, la del primer peronismo, del gobierno de Carlos Menem y Néstor Kirchner, que coinciden con tres órdenes mundiales, la bipolaridad, la unipolaridad y la multipolaridad, respectivamente.

Se introdujeron al tema con una descripción histórica del eje abordado y el análisis de las tendencias o constantes de la política exterior argentina desde el nacimiento del Estado nación hasta 1946.

En el caso del primer peronismo, señalaron que el nuevo orden surgido de la Segunda Guerra Mundial favoreció la creación de la Tercera posición, que pretendía un industrialismo orientado hacia márgenes de autonomía y en el ámbito de las relaciones internacionales un estrechamiento con las

potencias limítrofes de la América del Sur. La Tercera Posición no era ni abstencionista ni neutral sino que intentó manejarse con decisiones autónomas y propias.

Entendieron, que el modelo menemista se debió a una concepción mundial de «término de la historia» y que el orden implementado, a principios de los noventa tendría carácter definitivo, por lo que, Argentina debía adecuarse, tanto interna como externamente a los parámetros económicos-políticos aceptados universalmente, conforme el Consenso de Washington.

Indicaron, que con esa tendencia terminó su tradicional postura de neutralidad.

El kirchnerismo llegó, en el momento de un nuevo cambio de paradigma mundial que desvincula a los países en desarrollo de los EE.UU. y une al nuestro, en posición de segundo orden, cediendo la cabeza del grupo a Brasil, con los países del orbe sudamericano.

Concluyeron, que Argentina ha tenido dificultades en fortalecer una política de relacionamiento externo en ciertos ámbitos.

Luego del receso, tuvo lugar la última intervención del día por parte de la Srta. Andrea Alsina sobre «la paradiplomacia en las relaciones internacionales». Habló la ponente de la paradiplomacia en un doble despliegue, uno interno asentado básicamente en la estructura federal de nuestro país y otro, internacional, a través de los regionalismos.

Definió, la paradiplomacia como la herramienta política de los Estados provinciales para obtener crédito de terceros países o instituciones crediticias internacionales, y la caracterizó dentro de las habilitaciones de la Constitución Nacional para con los Estados provinciales. Dio como ejemplo los créditos obtenidos por la provincia de Salta para la realización de obras públicas.

La proyección internacional del fenómeno la hizo en relación con la regionalización, como posibilidad de una dimensión organizativa que contenga a las demás dimensiones o estructuras de poder: la militar y económica. Apelando a la posibilidad en el futuro de una cuarta dimensión de poder: la red de redes.

Luego de cada exposición se debatieron los temas, centrados en la cuestión del poder y de la efectividad de discusiones teóricas.

Se pasó entonces a un cuarto intermedio hasta el día siguiente, como estaba programado.

Al día siguiente se continuó la sesión a las 10 horas, con la exposición del Lic. Víctor Toledo, quien se explató sobre «El lugar del Brasil en la reconfiguración del sistema internacional». Comenzó cuestionando si hubo, alguna vez, verdadera unipolaridad, e incluso bipolaridad.

La regionalización es posible pero cabe preguntarse qué es. Explica

que puede aplicarse la idea de que América es un concepto y dentro de este, también lo son las regiones. En las subregiones, que se conformen entonces con carácter voluntario, surge en nuestra subregión Brasil, a la que algunos ubican como potencia no sudamericana, sino en el Cono Sur o en Sudamérica.

Habló de bases estructurales del apogeo brasileño: superficie, población, PBN. En la actualidad, desde el punto de vista de la defensa, todos los países de la región sumados superan a Brasil en el ámbito militar.

Cuestionó, el significado de potencia emergente, ya que puede no implicar necesariamente emergencia, sino cambios. Afirmó que Brasil también posee visos de liderazgo de carácter personalista. Arguye que liderazgo es no sólo la propia predisposición para obtenerlo, sino además la predisposición de los otros para aceptarlo. En la región, aún se discute la alineación tras de Brasil.

Concluyó que Brasil, para asumir sus responsabilidades mundiales, debe contar con el apoyo de la región, en beneficio propio y en el de la región misma. De allí que, señaló, Argentina debe apoyar a Brasil para fortalecerse a sí misma.

Le sigue el Dr. Juan Carlos Pérsico, con su disertación «Brasil, Sudamérica y el Mundo», quien apuntó que en los últimos quince años se dieron en Brasil importantes cambios económicos y sociales. También describió el incremento de sus reservas energéticas, y su desarrollo *sui generis*, por el que se ha tornado en un importante receptor de inversiones extranjeras y transferencia de tecnologías.

Brasil se ha convertido, dijo, en el mayor productor anual de biocombustible. Continuó describiendo las circunstancias sociopolíticas y económicas que marcan su encumbramiento general, apostando a proyectos de mediano y largo plazo de forma inusual en los países de la región. Señaló la reforma social, aunque no económica, del gobierno de Luis Inacio Lula da Silva y el marco de seguridad jurídica y de estabilidad democrática.

Seguidamente, se refirió a los objetivos actuales de la política exterior brasileña. A diferencia de otros países de América del Sur, concibe a su política exterior como política de Estado. Describió cómo el presidente Fernando Henrique Cardoso y Luiz Inácio Lula da Silva continuaron en el proyecto de hacer reconocer a Brasil por las grandes potencias como a un par; la aceptación de su liderazgo en la subregión; incrementar la participación brasileña en los organismos internacionales, sobre todo los de crédito; ser miembro permanente del consejo de Seguridad de la ONU; la diversificación de sus relaciones, hacia Latinoamérica, África y, sobre todo, Asia.

Remarcó la importancia de la posición de Brasil en el marco de la OMC, que quedó clara cuando enfrentó al bloque UE y EE.UU. en el marco de

los subsidios agrícolas. También su oposición al ALCA, que EE.UU. contestó con el avance sobre la celebración de los TLC. Brasil por su parte, incrementó su relación económica con Cuba y Honduras. Luego, las políticas de Brasil con respecto de Irán, que marcaron la libertad de proveerse de armas.

Indicó, que Brasil quiere a la UNASUR, como movimiento excluyente de las potencias rivales en el continente. Señaló la importancia del foro de los responsables de los ministerios de defensa en el marco de la UNASUR, como superación del TIAR y del panamericanismo impulsado desde los EE.UU.

Señaló su pragmatismo como mediador, que busca salidas razonables para todas las partes. También, la forma como encara las relaciones con América del Sur, de modo de no herir susceptibilidades que impliquen referencias sobre su liderazgo.

Concluyó, que a pesar de los problemas que enfrenta, EE.UU. sigue siendo la potencia con capacidad de estar interviniendo en todas las regiones del mundo. Señaló, que pone sus miras en América del Sur. Propuso la integración como política apta para dejar atrás la dominación de EE.UU., por lo que habría que implementar redes de comunicación y energéticas entre los países sudamericanos, y afianzar las políticas sociales y económicas. Reiteró la necesidad de Brasil de avanzar a la par que las otras naciones de la región.

Al cabo de estas dos participaciones se suscitó un interesante debate, acerca de las posibilidades presentes y futuras de la Argentina en relación con Brasil.

La última intervención fue la de la Prof. María Alejandra Larrea, titulada: «Sobre Argentina y su proyección latinoamericana a través de los convenios internacionales de cultura e integración». Como introducción, la expositora señala la importancia del impulso, a través de diversas herramientas, del desarrollo de las políticas educativas. Luego explica que Argentina tuvo una tendencia internacional de aislacionismo que le impidió una visión del contexto latinoamericano, hasta llegada la década de 1950. Asimismo, describió los procesos económicos sociales que se fueron dando en este período, que justificaron o habilitaron un entendimiento con la región sino en términos de integración y supranacionalidad, al menos en el ámbito del reconocimiento mutuo.

Narró, a partir de entonces, la sucesión de convenios bilaterales, que celebró el país, de cooperación educativa y cultural. Señaló que los principales interlocutores fueron miembros del Pacto Andino de Naciones, a su vez integrantes del Convenio Andrés Bello, que avanzaban ya en proyectos de integración y con los que, sobre todo, no había hipótesis de conflicto. Hizo una sucinta descripción del contenido de los convenios, que persisten en la idea del intercambio de conocimientos recíprocos a través del fomento por parte de los Estados contratantes.

La faz de mayor compromiso se vincula con la llegada del Mercosur, en cuyo marco se celebraron numerosos protocolos de reconocimiento de títulos y estudios en curso.

Concluyó, que hay una buena normativa en la materia pero que debe hacerse un esfuerzo en la adquisición de estructuras más eficientes que permitan el éxito de las políticas intentadas.

Por último, el Dr. Enrique A. Mussel pronunció su conferencia sobre «El crimen de la guerra, de Juan Bautista Alberdi». Se refirió a esa obra del gran jurista tucumano del cual se cumple este año el segundo centenario de su nacimiento. Dijo que Alberdi escribió esas páginas para un concurso convocado en 1869 en Francia, para premiar al mejor libro que denuncie ese crimen. Alberdi, señaló, busca más en denunciar el estado abusivo de guerra en que se encuentra América del Sur que ganar el premio ofrecido. Hoy es un libro pequeño, que él no publicó, pero que es de gran interés. Propone la creación de instituciones como la Sociedad de las Naciones, tribunales internacionales, arbitraje obligatorio en los conflictos y criminalización del agresor, del que inicia la guerra. Son instituciones que ven la luz en el siglo XX y el XXI. Criminaliza la guerra, no sólo las atrocidades que se cometan en el curso de una guerra.

Los proyectos de Alberdi, señaló, no son utópicos, son expresión de un jurista realista que quiere reforzar los estímulos para mantener la paz en el mundo; propone normas e instituciones jurídicas, no hace sólo una apelación a la moralidad sino que consciente de la condición humana quiere quitar a la guerra su carácter de única solución a los conflictos. Al terminar, recordó la sentencia de Cicerón que Hugo Grocio recoge en el Discurso Preliminar de su gran obra *«De iure beli ac pacis»*: «Todo vacila en cuanto nos apartamos del Derecho», en esa misma línea, consideró el conferenciante que despreciar la esperanza alberdiana es caer en el nihilismo y su cruda expresión, la voluntad de poder.

Se concluyó entonces la sesión, dirigida en su parte final por la Mg. María Cristina Montenegro ante la ausencia de la Dra. Ada Lattuca para participar de la reunión de la Comisión Directiva de la AADI. Se encomendó a las profesoras María Alejandra Larrea y Susana Luchesi la confección de la presente memoria, concluida en el día de la fecha, 22 de octubre de 2010.

A pedido de la Asamblea General de la Asociación, reunida en sesión ordinaria el día Sábado 23, se solicitó a la Sección la elaboración de conclusiones generales. La Sra. Directora de la Sección, Dra. Ada Lattuca, encomendó dicha tarea a los miembros titulares de la AADI, Dr. Juan Carlos Pérsico y Dr. Carlos Alberto Biangardi Delgado. Como consecuencia de ese trabajo se añadió el siguiente anexo al informe presentado oportunamente por la Sección.

INFORME ANEXO DE LA SECCIÓN DE RELACIONES INTERNACIONALES

Vistos los relatos presentados por la Dra. Ada Lattuca y la Mg. María Cristina Montenegro, los que abordaron la cuestión del devenir del equilibrio de poder y el surgimiento de los sistemas polares, y el debate sobre la multipolaridad y multilateralidad desde una perspectiva teórica, respectivamente, y considerando las ponencias presentadas por: La Dra. Sonia Moreno «¿Confrontación, fragmentación o integración de las estrategias en un mundo multipolar?»; las Dras. Jaquelina Attara y Susana Luchesi «Modelos de política exterior en una argentina posible»; el Lic. Victor Toledo «El lugar de Brasil en la reconfiguración del sistema internacional»; el Dr. Juan Carlos Pérsico «Brasil, Sudamérica y el Mundo»; la Dra. Alejandra Larrea «Sobre Argentina y su proyección latinoamericana a través de los convenios multilaterales de cultura y educación» y la Sra. Andrea Alsina Alvarenga «La paradiplomacia en las Relaciones Internacionales». También se recibieron las ponencias de la Dra. Gloria Rossenberg «Realidad o anhelo de crisis unipolar» y del Dr. Pedro Baquero Lazcano «Propuesta en torno a la temática de la sección», las que no fueron expuestas por sus autores. Finalmente, concluyeron las tareas de la Sección con una disertación especial del Dr. Enrique Mussel sobre el libro de Juan Bautista Alberdi «El Crimen de la Guerra».

De lo expuesto por los presentes en la Sección se puntuaron las siguientes ideas:

- 1- Se cuestionó el surgimiento de nuevos organismos regionales en el ámbito sudamericano.
- 2- Se apreció que la República Argentina ha tenido dificultades en fortalecer su relacionamiento externo en distintos ámbitos.
- 3- Se consideró que en el MERCOSUR existen normativas para la integración cultural y educativa, pero no se ha avanzado en la implementación de las mismas.
- 4- Se destacó que el desafío argentino consiste en reconocer el posicionamiento de Brasil en la región y afianzar sus lazos de una manera estratégica, convenciendo a su vez a Brasil que ello será beneficioso para ambos.
- 5- Se estimó que el desafío estratégico que plantea el siglo XXI a Sudamérica es lograr su definitiva integración sin hegemones, sin destino manifiesto, sin imperialismos, sino en el marco de la igualdad, la fraternidad, la cooperación y la solidaridad.

Además, el Dr. Pedro Baquero Lazcano, en su Propuesta señaló que se debe acentuar la cooperación entre los países de la región para contener la intromisión de los intereses de las corporaciones económicas transnacionales en las que el autor considera que reside el poder real.

Salta, 23 de octubre de 2010

SECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

TEMA: «*MIGRACIONES Y DERECHOS HUMANOS*»

Relatora: Teresita N. Saracho Cornet

En la Ciudad de Salta, en el marco del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional: «Argentina y su proyección latinoamericana en el Bicentenario de la Revolución de Mayo», sesionó la Sección de Derechos Humanos de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. La Presidencia de la misma estuvo a cargo de Víctor Bazán, Director de dicha Sección.

El Relato estuvo a cargo de Teresita Saracho Cornet, bajo el siguiente título: «*Las migraciones y los derechos humanos*».

La Sección recibió para su consideración trece (13) ponencias, de las cuales nueve (9) fueron sustentadas por sus autores, conforme al siguiente detalle y orden de exposición: 1) Liliana Marisel Ramos: *«Derechos humanos y migración»*; 2) Luciana Díaz y Marta Tejerizo: *«Los derechos humanos, ¿son universales? El caso de la expulsión de los gitanos por parte del gobierno francés»*; 3) María Fernanda Fernández Vila: *«Los problemas migratorios dentro de los sistemas integrados y la importancia de la variable cultural»*; 4) Marta Susana Sartori: *«Refugiados Ambientales, «nuevos migrantes?»*; 5) Susana B. Galván: *«Migrantes, desplazados refugiados: definiciones e indefiniciones»*; 6) María Cristina Rodríguez de Taborda: *«Construcción de políticas migratorias acordes con las obligaciones internacionales»*; 7) Natalia Daniela Cestaro Torres y Natalia María de las Mercedes Rueda: *«Perfil migratorio argentino actual»*; 8) Saideh Saleh Ebrahimi: *«El derecho constitucional a ser oído y la asistencia lingüística a los extranjeros»*; y 9) Yazmín Sarquis: *«Migraciones y derechos humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Análisis jurisprudencial»*.

Las siguientes cuatro (4) ponencias no fueron presentadas oralmente por sus autores: 1) Natalia Copello Barone: *«Migraciones y derechos humanos: la realidad de los migrantes latinoamericanos y la tan ansiada igualdad»*; 2) y 3) Rodolfo F. Zehnder: *«Hacia una reafirmación de los derechos de los migrantes»* y *«Sobre la necesidad de una política migratoria»*; y 4) María de las Mercedes Moya: *«¿Se garantiza a los migrantes el acceso a la justicia dentro del Mercosur?»*

Finalizada la presentación del relato y las ponencias sustentadas por sus respectivos autores, se debatieron los puntos centrales abordados en tales instrumentos. Entre el Director de la Sección, la Relatora y las ponentes se elaboraron y aprobaron las conclusiones que se ponen a consideración del Plenario. Ellas son:

1) Entendida como un proceso multiforme, la migración trae consigo una serie de cuestiones conflictivas de no sencilla solución.

Ello plantea numerosos desafíos tanto al derecho interno cuanto al derecho internacional.

2) Desde un punto de vista estrictamente teórico, hasta hace poco tiempo resultaba relativamente sencillo diferenciar a los *refugiados* de los *migrantes* por el carácter voluntario o involuntario de su desplazamiento, calificándose de «políticos» a los *refugiados* y «económicos» a los *migrantes*. Sin embargo, en la actualidad los flujos migratorios poseen una naturaleza irregular y compleja, pues responden a una multiplicidad de factores y a las distintas necesidades y perfiles de las personas que los integran.

Las condiciones mundiales han transformado la *migración* contemporánea y existen personas que se ven igualmente «forzadas» a abandonar sus hogares a causa de nuevos factores.

3) Las tensiones étnicas, sociales, culturales y religiosas, junto a las presiones económicas complejizan la situación del migrante en el mundo.

La inclusión de la variable cultural en el análisis de esta problemática puede constituir un aporte significativo para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes.

4) En el presente, los procesos de integración pueden generar violaciones a los derechos básicos de los migrantes.

5) En Argentina, la Ley 25.871 de 2004, reglamentada mediante el Decreto Nac. 616 (B.O. de 6 de mayo de 2010) ha significado un avance al consagrarse un *derecho a la migración*, caracterizándolo como esencial e inalienable de la persona, y que el Estado argentino garantiza sobre la base de los *principios de igualdad y universalidad*.

Resta aguardar que las previsiones normativas tengan verdadero anclaje en la realidad, es decir, que se proyecten en concreciones fácticas tangibles.

6) De acuerdo con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, el Estado soberano tiene derecho a establecer su propia política migratoria respetando los derechos de los seres humanos afectados y observando los principios fundamentales en la materia, en especial los de aquellas personas en situación de mayor vulnerabilidad, como las mujeres y los niños.

7) La migración tiene impacto en todos los países, siendo necesario analizarla desde una perspectiva multilateral y multidimensional.

8) Las garantías del debido proceso consagradas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos se aplican, también en materia migratoria, tanto a los procesos penales como a aquellos de naturaleza administrativa u otra índole que puedan culminar en una sanción o que impliquen la determinación de derechos.

9) Debería plantearse un profundo debate sobre la responsabilidad internacional de los Estados y la situación de todas las categorías de

migrantes, para que, compatibilizando con los derechos de los Estados, éstos las reconozcan y protejan.

10) Dada la importancia, el carácter, la amplitud y la actualidad de la temática debatida, sugiere a la Asociación Argentina de Derecho Internacional autorice a esta Sección a examinar la posibilidad de dar continuidad al tratamiento de dicha relevante problemática.

El Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani solicita que conste en Acta su opinión individual, en el sentido que «*Como socio de la AADI, a título individual y sin pretender pronunciamiento de la Entidad al respecto ni cuestionar el derecho de los Estados a tener sus propias políticas migratorias y de radicación, deja constancia de su preocupación por las políticas de países que luego de largo tiempo de presencia en su territorio realizan maniobras impulsivas de personas- muchas veces de nuestra cultura latinoamericana- que hicieron su vida en su territorio, con quizás indiscutible aceptación de dichos Estados, o expulsan a personas produciendo en los hechos criminalizaciones étnicas. Tales políticas no se adecuan a la llamada con acierto edad de los derechos, fuertemente configurada a partir de la Declaración de la ONU de 1948*». Lo solicitado por el Dr. Ciuro Caldani, es puesto a consideración del plenario por los Dres: Alejandro Menicocci, María Elsa Uzal, quienes apoyan dicha solicitud, lo cual es aprobado por la Asamblea, y suscripta por lo mencionados Dres, además de los siguientes Miembros de la AADI, Dres: Adriana Castelanelli, María Susana Najurieta, Pedro Baquero Lazcano, Mariela Rabino, Ernesto de Marsilio, Armando Abruza, Alberto Moreira, Laura Aguzin, María Blanca Noodt Taquela, María Ofelia Zamzem, Marcelo Touriño, Liliana Bertoni, Oscar González Pereira, Sandra Blanco, Luis Cruz Pereyra.

Salta, 23 de octubre de 2010

SECCIÓN DE DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

TEMA: LA TÉCNICA GRUPAL «PHILLIPS 66»
Y SU UTILIZACIÓN PEDAGÓGICA

Relator: Jorge Oscar Paladino

VISTO:

El Relato del Dr. Jorge Oscar Paladino y luego del intercambio entre los participantes a la sesión con relación al tema: «La Técnica Grupal «Phillips 66» y su utilización pedagógica» la Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional,

RECOMIENDA:

La técnica del trabajo grupal denominada «Reunión en corrillos» o

«Phillips 66» es una técnica adecuada para su utilización en la enseñanza del Derecho en general y del Derecho Internacional, porque contribuye al desarrollo de la capacidad de síntesis y del trabajo en equipo, promueve las relaciones interpersonales y la discusión individual en forma democrática, facilita la retroalimentación grupal y creativa y permite la construcción de pensamiento y proyecto con respeto de la diferencia.

Salta, 23 de octubre de 2010

CONFERENCIAS

BLANCA

**ALBERTO METHOD FERRÉ,
CONSTRUCTOR DE UNIDAD¹**

Gustavo E. BARBARÁN²

No hay modo mejor de terminar una actividad que con la satisfacción del deber cumplido. Estamos agradecidos a la AADI por haber designado a la *Muy Noble y Leal Ciudad de Salta* sede del 22º Congreso Argentino de DI, en este año 2010. La advocación «Argentina y su proyección latinoamericana en el año del Bicentenario de la Revolución de Mayo» posee significativo valor en sí misma. El acuerdo de coorganización entre la UCS y la Asociación fue pre acordado en ocasión de realizarse, en esta misma Aula Magna, aquella Jornada preparada por la Sección de Derecho de la Integración sobre los «Recursos hídricos compartidos del Mercosur», exactamente dos años atrás.

En la inauguración de este Congreso hemos escuchado una disertación sobre «*La presencia de Salta en la construcción política del Estado Nacional Argentino*», o, lo que es lo mismo, los aportes de las provincias del NOA en el largo, complejo y cruento proceso de la independencia nacional y de nuestra organización institucional hasta avanzado el siglo XIX. Luego del inevitable recurso de las armas siguió la confrontación de ideas. Recurriendo a T. Halperín Donghi³ podemos decir que hoy –como en aquel

¹ Conferencia pronunciada en el Aula Magna de Facultad de Ciencias Jurídicas –Campus Castañares, de la Universidad Católica de Salta– UCASal, en ocasión de la clausura del XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL «ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA» en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO, Salta 23 de octubre de 2011.

² Profesor de Derecho Internacional Público. Director del Instituto de Derecho Internacional, Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta–UCASal. Vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional-AADI.

³ *Proyecto y construcción de una Nación (1846-1880)*, Biblioteca del Pensamiento Argentino, Emecé, Buenos Aires, 2007.

periodo entre 1840 y 1880—«[...] *el progreso argentino es la encarnación en el cuerpo de la nación de lo que comenzó por ser un proyecto formulado en los escritos de algunos argentinos, cuya única arma política era su superior clarividencia*». Casi seguro podría haber dicho lo mismo —y decir ahora— un historiador de cualquier país hispanoparlante respecto del suyo, en una época en que resulta imprescindible renovar la clarividencia para interpretar la realidad actual en función del conjunto sudamericanas. De tal modo, la disertación inicial de la Dra. Marta de la Cuesta y las modestas consideraciones de quien les habla, pretenden cerrar un círculo que anuda pasado, presente y futuro, aprovechando los aportes habidos en este Congreso, realizado por segunda vez en la sede de la Universidad Católica de Salta.

Pasada la primera década del siglo XXI, podemos percibir con mayor claridad cómo se están reacomodando las piezas en el tablero de la política internacional. El bipolarismo político y estratégico y el unipolarismo autoasumido, ambos de la segunda mitad del pasado, «siglo corto», han durado lo que un suspiro. Una vez más se comprueba que el mundo no se acomodó a cada doctrina de los Estados, sino que éstas se adecuaron a los hechos. En el nuevo multipolarismo que se avecina, los bloques regionales han de tener un protagonismo especial y más que nunca necesitaremos de las reglas del derecho internacional, las únicas que pueden poner en dique las pretensiones hegemónicas que tantas veces han ocasionado a la humanidad sufrimientos indecibles, como bien sabemos. El camino abierto está plagado de dificultades y acechanzas pero, a pesar de ello, hacen de nuestro tiempo una oportunidad inmejorable para exhibir lo mejor de la naturaleza humana. Un *planeta sediento y con recursos menguantes*, en el cual las 2/3 partes de la población está sumida en una abyepta pobreza, y donde el desaforado capital financiero ocasiona más daños que la guerra, con multinacionales delictivas que corrompen y aterrorizan, no resulta el sitio del universo más apropiado para las generaciones venideras. ¿Qué herencia recibirán, pues, nuestros hijos y nietos? Esta cruda descripción no debe amedrentarnos; por el contrario, como cultores del derecho internacional nos debe inspirar y ayudarnos a encontrar las herramientas necesarias para revertir la situación.

En semejante contexto nos pareció apropiado recordar el pensamiento de Alberto Methol Ferré, integrante ilustre de una pléyade intelectual de «superior clarividencia» que, a 200 años de la independencia hispanoamericana, nos insta a pensar el mediano y largo plazos con una visión superadora e integral de todos los sucesos —los esplendorosos y los oscuros— de nuestras historias particulares. De hecho, no se trata sólo de Methol sino también de las fuentes en las que él abrevó como historiador, geopolítico, filósofo, teólogo y docente.

El pensamiento y obra de Methol Ferré quedó plasmado en centenares de trabajos, libros, conferencias, en sus trajines políticos, en revistas

paradigmáticas como *Nexo* y *Visperas*⁴. Conocedor y continuador de sus connacionales José Enrique Rodó, Luis Alberto de Herrera, Eduardo V. Haedo, de nuestros Alberdi y Manuel Ugarte, de los peruanos Francisco García Calderón y Víctor Haya de la Torre, por citar apenas un puñado de los que él reconocía como los iniciadores del «pensamiento nacional» sudamericano.

Methol Ferré, un decidido constructor de unidad, falleció en su ciudad natal, Montevideo, el 15 de noviembre de 2009. A casi un año de su deceso, nos sigue advirtiendo acerca de la necesidad de sellar el destino iberoamericano, en un mundo que nos obliga a hacerlo y a la mayor brevedad. Cumplió un papel que iba más allá del observador comprometido; y, como ha señalado Mario Casalla⁵, fue intelectual e ideólogo, «es decir alguien que piensa los problemas con visión y proyección política [...]. Methol pensó, escribió y polemizó desde las circunstancias en que le tocó vivir, a partir de tres caracteres condicionantes: era uruguayo, católico y provenía de un «pensamiento nacional» propuesto a nivel continental.

Empecemos con la *conditio uruguaya*, *sine qua non* para su ideario continentalista, que plasmó para siempre con la publicación, en 1967, de *El Uruguay como problema*⁶ (uno de esos pequeños grandes libros que ocupan poco lugar en la biblioteca y mucho en la cabeza del lector, dirá A. Jauretche en el prólogo a la edición argentina de 1971), obra que lo acredita como profundo conocedor de la historia uruguaya y también de la de cada una de las Provincias Unidas⁷. Ese ensayo arrancaba con un convencimiento expresado en una ya clásica frase: «*El Uruguay es la llave de la Cuenca del Plata y el Atlántico Sur, y la incertidumbre de su destino afecta y contamina de modo inexorable y radical al sistema de relaciones establecido entre Argentina, Brasil, Paraguay y Bolivia*». Con ese texto, produjo un giro copernicano en el pensamiento «oficial» de su país, en tanto proclamó que había que soterrar la estrategia de aquel Lord John Ponsonby, instigador de la muerte de Dorrego e ideólogo del estado-tapón, neutral, Suiza latinoamericana, pero cuña británica entre Argentina y Brasil en la puerta misma de la Cuenca del Plata. Seguir sosteniendo ese esquema equivocado conspiraba contra la unidad de Sudamérica. Uruguay no debía ser un estado solitario sino un puente entre sus incómodos y muchas veces impredecibles gigantes vecinos, para sumarse a la aún inconclusa Patria Grande. A la postre, era esa la mejor manera de sostener y garantizar la independencia que siempre desveló a la dirigencia uruguaya. Asumida

⁴ La mayor parte de su producción intelectual puede consultarse en el sitio www.metholferre.com.

⁵ «Alberto Methol Ferré: el uruguayo perfecto», *Revista Claves* nº 186, diciembre 2009, Salta.

⁶ En versión PDF, *Electroneurobiología*, vol. 15 (5), pp. 3-104, 2007.

⁷ METHOL FERRÉ, A., *Entre la Triple Alianza y el Mercosur*, en www.metholferre.com, artículos.

esa nueva estrategia, lo demás se daría por añadidura; por eso celebró con tanto entusiasmo la concreción del Mercosur, a pesar de la morosidad de los gobiernos en terminar de armarlo.

Refiramos ahora a su catolicismo posconciliar asumido con convicción a partir de su conversión en 1949, influenciado –como narra Luis Vignolo⁸– por Chesterton, Étienne Gilson y Jacques Maritain. Hasta los últimos días de su vida fue hombre de consulta del Consejo Episcopal Latinoamericano y uno de los primeros en escribir sobre la contradicción entre las iglesias ricas de los países centrales y las iglesias pobres del tercer mundo. Asesor y luego Secretario del Departamento de Laicos del CELAM, llegó a miembro del Consejo Teológico Pastoral, a pesar de su formación autodidacta. En 1978 escribió *Puebla: procesos y tensiones*, razón por la cual, cuando en enero-febrero de 1979 se realizó en esa ciudad mejicana la 3^a Conferencia General del CELAM, le tocó redactar la introducción al famoso documento.

Publicó libros y trabajos en los que brindó sus conocimientos teológicos –«tomista silvestre, sin academia ni seminario», se autodefinía– y analizó con rigor la realidad de la iglesia latinoamericana (MF estaba seguro que ella vivía un tiempo de transición de la iglesia reflejo a la iglesia fuente, que él describió). El libro-reportaje realizado con el periodista italiano Alver Metalli refleja sus más auténticas reflexiones⁹. Teniendo como referente a Mons. Lucio Gera, para muchos el más relevante teólogo argentino del siglo XX, bregó por una teología de la liberación basada en la religiosidad popular, en la opción preferencial por los pobres, acentuando en la historia y cultura latinoamericanas. Su aporte a la teología católica latinoamericana quedó resumido en este trazo de Metalli, refiriendo al trabajo de Methol y de otros teólogos de la región en el ámbito del CELAM: «*Los puntos en común [eran]: la integración de América Latina, el vínculo con el pueblo católico y con los lugares de religiosidad popular, una idea de cultura cuyo centro es la visión cristiana del hombre, la revalorización de la Doctrina Social de la Iglesia en clave antropológica y social, la percepción de un nuevo adversario histórico, ya no el ateísmo de connotaciones mesiánicas sino con una irreligiosidad profunda, extendida y persuasiva que Methol Ferré llama, con un término suyo, el ateísmo libertino*».

Por último hablemos de su ideario geopolítico, de esa aparente *contradictio in terminis* que supone el nacionalismo continental respecto de lo nacional a secas, desde el impacto que le causó un artículo del Gral. Perón publicado en 1951 en el diario *Democracia* con el seudónimo Descartes y el discurso pronunciado en la Escuela de Guerra en noviembre de 1953. La idea de los Estados continentales, expuesta por Methol, es el resultado de largas observaciones que la confirman a partir de la caída

⁸ *Itinerario de un uruguayo latinoamericano y universal*, en www.mercosurabc.com.ar.

⁹ *La América Latina del siglo XXI*, METHOL FERRÉ, Alberto y METALLI, Alver, Edhasa, Buenos Aires, 2006.

del muro de Berlín y la implosión de la Unión Soviética. Todo ello está expresado en el libro *Los Estados Continentales y el Mercosur*.

Methol Ferré entendió que el modo más seguro de construir la unidad sudamericana empezaba con un entendimiento básico entre Argentina y Brasil (cuya entidad asimilaba al franco-germano para la construcción europea), empezando con aquellas primeras conversaciones y acuerdos entre los presidentes Alfonsín y Sarney. Cuando se lee la cantidad de notas que dedicó al asunto, uno puede imaginar el tedio que le habrá producido ser testigo de la morosidad gubernamental. Este acuerdo –al que adhería con fervor de padre de criatura– representaba para él *una nueva lógica histórica* que a su vez implica *nuevas lógicas culturales*¹⁰. Percibió con lucidez la evolución de los bloques continentales analizando autores de distintas épocas, por ejemplo, el Alberdi de *El crimen de la guerra*, con su visión del pueblo-mundo, Federico Ratzel y los Estados continentales industriales, y H. Kissinger y B. Brzezinski con la *Trilateral Comission*. El Mercosur y ahora la UNASUR son claros intentos de participar en la conformación del poder mundial y su nuevo esquema de seguridad.

Se entusiasmó cuando los cuatro socios sellaron el acuerdo de Ouro Preto para institucionalizar el Mercosur, en diciembre de 1994. En el ensayo titulado «La batalla por América Latina»¹¹, sostuvo que –aunque no se lo diga– todos entienden que *América del Sur es la unidad realizable de América Latina* y que la «La batalla por América latina es la de América del Sur». En esa idea, Uruguay no debía ser un tapón entre Argentina y Brasil sino un puente entre ambos, al que había que agregar a Bolivia y Paraguay, en tanto integrantes de la Cuenca del Plata (otro gran acuerdo de integración poco desplegado).

Cuando en los años 70 se aceleró el debate acerca de la necesidad de profundizar las experiencias integracionistas (uno de cuyos efectos fue la mutación de ALALC a ALADI), en lo personal nos identificábamos con quienes consideraban como paso insoslayable la integración nacional previa, física, espiritual y productiva para hacer viable una integración regional basada en la eficiencia relativa y la eficacia selectiva de las economías particulares, ya que la suma de pobrezas, decíamos, nunca logaría constituir una riqueza. Hoy, la integración ya no se discute, es la consecuencia de la globalización, el devenir histórico la acelera no obstante la inoperancia o inefficiencia de la dirigencia en general no sólo la política. Pero también sigue claro que las asimetrías entre nuestros países y dentro de cada uno de ellos, están indicando que algo no salió bien o directamente no se realizó. Tal vez por eso las provincias del Norte Grande argentino y sus pares de las áreas vecinas de Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Perú, desde hace años vienen buscando modos de aproximarse para convivir

¹⁰ METHOL FERRÉ, A., *Mercosur: una nueva lógica histórica*, en www.patriada.com.uy.

¹¹ *Revista Argentina de Estudios Estratégicos*, nº 16, julio de 1997, Buenos Aires.

usando la *paradiplomacia* para procurar soluciones que en los planos nacionales llegan tarde o no llegan nunca por distintas circunstancias.

En horas decisivas en las que se juega el destino de millones de personas, pensemos lo que significaría para la enorme superficie que abarca, por ejemplo, la región de la ZICOSUR, el aprovechamiento integral del río Bermejo, incluyendo canales de riego¹² y de navegación que la conecten a la autovía Paraná- Paraguay, el aprovechamiento del acuífero Yrendá-Toba-Tarijeño, o la definitiva recuperación de los miles de kilómetros del FFCC Belgrano en esta parte del país, para sacar nuestra producción por Antofagasta, Mejillones o Iquique. Lo cierto es que las nuestras son áreas periféricas del «cuerno de oro» del Mercosur y esa circunstancia genera hasta riesgos político-institucionales.

El abrirnos y brindarnos a los países hermanos, integrarnos con ellos, no implica sumarnos a esa gran empresa continental que reclamaba MF, desprovistos de un proyecto nacional. De ningún modo el tener uno solidario, responsable, equilibrado, unificador, es incompatible con lo otro. Basta revisar la experiencia de la UE para darse cuenta de que son dos caras de la misma moneda. Se habló mucho del proyecto argentino en este año del Bicentenario, pero tal vez la miopía o incapacidad de dirigencias atadas a los beneficios del corto plazo impiden avanzar en ambos sentidos. ¿Qué le aprovecha más a la Argentina y a los países hermanos: un tren de alta velocidad que circule entre Buenos Aires, Rosario y Córdoba, o un FFCC Belgrano transversal que una el Pacífico con el Atlántico a través del NOA y del NEA?

Estimados amigos: resulta difícil abarcar en un pantallazo toda la variedad y riqueza de la producción intelectual de Alberto Methol Ferré. Se podrá estar de acuerdo con él en todo o en parte, o no estarlo de ningún modo, pero no se lo puede ignorar. Estamos, sí, seguros de que cuando se alcance la meta le estaremos debiendo mucho.

¹² Con ese riego, podrían incorporarse a la actividad productiva 1.500.000 de hectáreas solo en el chaco salteño.

LA USURARIA DEUDA EXTERNA ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO¹

Miguel Ángel ESPECHE GIL²

El imaginario colectivo visualiza las multifacéticas prácticas usurarias en los ámbitos de la moral, de las relaciones interpersonales, del derecho privado y del penal. Lamentablemente, en las últimas décadas, *pari passu* con la reiteración de los procesos inflacionarios, se ha ido opacando la percepción de su malignidad intrínseca.

Mientras tanto se ha ido abriendo paso el considerarlas también dentro del ámbito del Derecho internacional público, y esto a raíz del surgimiento del problema de la deuda externa, en particular la de los países en desarrollo. Esta calamidad, que se torna endémica desde su génesis injusta, causa innumerables males a los pueblos que la sufren.

¹ Conferencia pronunciada en el Aula Magna de Facultad de Ciencias Jurídicas –Campus Castañares de la Universidad Católica de Salta– UCASal, en ocasión del XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL»ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA» en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO, Salta, 21 de octubre de 2011.

² Miguel Ángel ESPECHE GIL es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, y Doctor en Relaciones Internacionales y Diplomacia por la Universidad de Montevideo. Fue embajador argentino en Bulgaria, Tailandia, Suiza y Liechtenstein. Fue Profesor de Derecho Internacional Público y Teoría y Práctica Diplomática, Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la OEA, Presidente del Encuentro del Pensamiento Nacional, del Instituto Nacional Yrigoyeneano, y Asesor del Parlamento Latinoamericano sobre Deuda Externa. Es autor de la denominada «*Doctrina Espeche*» iniciativa destinada a llevar el problema de la Deuda Externa de los países del tercer mundo a la Corte Internacional de Justicia de La Haya mediante un pedido de opinión consultiva que formule la Asamblea General de las Naciones Unidas. Su predicción en pos de la adopción de esa iniciativa en defensa de los países deudores se inició en 1984 y ha tenido significativos apoyos de entidades religiosas, académicas y políticas en distintos países. En los medios académicos se considera que la propuesta de Espeche reviste singular valor para las ciencias jurídicas ya que propone el tratamiento del problema en la órbita del Derecho Internacional Público.

La Deuda Externa deriva cada vez más fondos públicos para saciar los reclamos de los prestamistas, detrayéndolos de su destino legítimo: el bienestar general, la *«felicitas civitate»* de los países llamados deudores, causándoles cuantiosos daños sociales.

La génesis usuraria de este sistema de expliación comenzó en 1980 con el aumento unilateral de las tasas de interés dispuesto por la Reserva Federal de los Estados Unidos, el banco central de ese país, y que recayó sobre los créditos contraídos en los años 70 por los países en desarrollo. La banca internacional había otorgado créditos a países, empresas públicas y privadas y a particulares, mediante una campaña mundial de inducción al endeudamiento para colocar la enorme cantidad de dólares que recibió en depósito de los productores de petróleo, fruto del gran aumento del precio de esa materia prima. Esta campaña hizo creer que tomar créditos sería la panacea para los países en desarrollo; la tasa de interés era insignificante y el precio histórico del dinero no superaba el 6% anual, siendo inimaginables tasas superiores a esa cifra. Así, cuando la Reserva Federal comenzó a aumentar las tasas de interés, la banca, inexorablemente y por sorpresa, hizo lo mismo con todos los créditos que había otorgado durante la década anterior.

Sea cual fuere el criterio para calificar la naturaleza de esos aumentos, cuando la tasa aplicada por la banca salta del 6% al 22% en menos de un año es indudable que se está ante un caso de usura. Si cupiera alguna duda, ella se desvanece al comprobar que, en 1989, aquella deuda de 300.000 MD (millones de dólares) contraída a través de miles de contratos de préstamo por los países de América Latina en la década de los 70 había generado el pago, con desembolsos reales en concepto de intereses y servicios, de 750.000 MD. A pesar de ello, la deuda, por los intereses impagos, adosados por anatocismo, ya era de otros 700.000 MD.

El análisis del alza unilateral e ilimitada de las tasas de interés de 1980, aplicada a escala planetaria, no podía quedar limitado a la esfera del derecho privado y del penal porque también afecta al Derecho internacional público, una de cuyas fuentes son los principios generales de derecho entre los que están los que, históricamente, incriminan a la usura y al abuso de derecho.

Los principios generales son una suerte de patrimonio común de la humanidad que sustenta la convivencia y en los que abrevan las civilizaciones. Están más cerca de la esencia espiritual de la especie y tal vez sean prueba contundente contra el relativismo; como un «mínimo de la ética», adquieren sanción coactiva, conformando la matriz del derecho positivo.

Los aumentos aplicados por la banca fueron condenados por diversas entidades académicas, sindicales, políticas y religiosas.

El Magisterio Pontificio venía advirtiendo, antes de que apareciera, sobre los riesgos del endeudamiento externo.

Uno de los documentos pontificios más notables es la exhortación apostólica *«Ecclesia in America»*, de enero de 1999, texto casi desconocido en nuestro país inclusive en ambientes católicos³.

El Papa Juan Pablo II aborda allí dos veces el tema de la deuda externa. En una oportunidad anterior, el Sumo Pontifice sostuvo que el problema debería encaminarse a través del Derecho internacional.

En 1998 el Grupo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones sobre América Latina (CEISAL) convocó una reunión de expertos de América Latina, España e Italia, en Sant'Agata dei Goti con el objeto de ampliar las bases argumentales de los aspectos jurídicos de la deuda externa. El resultado fue el documento conocido como la «Carta de Sant'Agata dei Goti», en el que se señalan los principios vulnerados:

1. La buena fe objetiva en la formación, interpretación y ejecución de los contratos.
2. La libertad contractual
3. La prohibición de *«Culpa in contrahendo»*.
4. La causalidad de los contratos.
5. La equidad.
6. La lesión enorme (excesivo desequilibrio de las prestaciones).
7. La prohibición de acuerdos usurarios.
8. La diligencia del deudor.
9. La excesiva onerosidad sobreviniente de las obligaciones, *«Rebus sic stantibus»*.
10. El *«Favor debitoris»*.
11. La prohibición del abuso de derecho.
12. El *«Beneficium competentiae»*.
13. La inviolabilidad de los derechos humanos, en particular del derecho a la vida.
14. La autodeterminación de los pueblos.

El Derecho internacional Público tiene las virtualidades necesarias para enfrentar el problema ya que, como fuente de obligaciones y derechos, tienen plena vigencia en su ámbito los principios mencionados en la «Carta de Sant'Agata dei Goti». Por ello se propone que la Asamblea General de las Naciones Unidas utilice su facultad de pedir opiniones consultivas a la Corte Internacional de Justicia sobre cualquier cuestión jurídica.

³ Dicha Exhortación Apostólica en su capítulo 56, titulado *«Vicios sociales que claman al cielo»*, expresa: «...Cada vez más, en muchos países americanos impera un sistema conocido como «neoliberalismo», este sistema, haciendo referencia a una concepción economicista del hombre, considera las ganancias y las leyes del mercado como parámetros absolutos en detrimento de la dignidad y del respeto de las personas y de los pueblos. Dicho sistema se ha convertido, a veces, en una justificación ideológica de algunas actitudes y modos de obrar en el campo social y político, que causan la marginación de los más débiles. De hecho, los pobres son cada vez más numerosos, víctimas de determinadas políticas y de estructuras frecuentemente injustas».

La novedad de este planteo estriba en que la decisión unilateral de los prestamistas, de aumentar abusivamente las tasas de interés, cae bajo la órbita del Derecho internacional público porque viola principios generales del derecho que son fuente del derecho de gentes (art. 38, literal c. punto 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que forma parte de la Carta de las Naciones Unidas).

La propuesta de utilizar este procedimiento ante el Tribunal de La Haya ha sido defendida por numerosas entidades y foros, tales como el Parlamento Latino Americano, la Conferencia Interparlamentaria Europa-América Latina, cámaras legislativas, concejos municipales, universidades, la Central Latinoamericana de Trabajadores de Caracas (CLAT), la Central Mundial de Trabajadores de Bruselas y, entre nosotros, por la Cámara de Diputados de la Nación en la declaración del 26 de octubre de 1996, aprobada por unanimidad y desestimada por el Poder Ejecutivo de entonces.

El 25 de julio de 2000 el parlamento Italiano sancionó la Ley N° 209 cuyo artículo 7º dispone:

«El gobierno, en el ámbito de las instituciones internacionales competentes propondrá la actuación de los procedimientos necesarios para el pedido de opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre la coherencia entre las reglas internacionales que ajustan la deuda externa de los Paises en vías de desarrollo y el cuadro de los principios generales del derecho y de los derechos de los hombres y de los pueblos».

La Federación Luterana Mundial ha asumido esta posición y además viene actuando en apoyo de los países víctimas del sistema de la deuda externa, colaborando con la Comisión Integral del Crédito Público del Ecuador y realizando una campaña que culminó con la condonación de deudas de países en desarrollo decidida por Noruega, país que se ha considerado corresponsable de la concertación anómala de esos créditos.

Es de destacar un antecedente jurisprudencial: una sentencia arbitral en la que, invocando al derecho común, se aplicaron, como principios generales del derecho, normas del derecho romano clásico con las que se resuelve de modo magistral la elusiva respuesta a la pregunta: ¿Cuándo empieza a ser usuraria la exigencia de pago de intereses?

La respuesta se halla implícita en la sentencia citada por el Profesor Julio A. Barberis en su obra *Formación del Derecho Internacional*, Bs.As. 1994, pág. 224. Se trata de «...la sentencia arbitral pronunciada por el Senado de Hamburgo el 21/X/1861 en el caso «*Yuille, Shortridge & Co.*» reconoció los intereses adeudados hasta un monto igual al capital, fundándose en el *derecho común*.

«9 «...Mais comme, d'après le droit commun, seul applicable ici, le cumul des intérêts arriérés s'arrête lorsqu'ils atteignent le principal (Dig., de cond. indeb., 12, 6; Code, de usris, 10, 32), on a dû restreindre les intérêts de ce chef à...» (LA PRADELLE-POLITIS, «*Recueil des arbitrajes internationaux*», 2^a. ed., París, 1957, t. II, p. 108).»

El profesor Norberto Dario Rinaldi, titular de la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, me informó lo siguiente:

«A modo de breve comentario con respecto a lo que usted me preguntara, le hago saber que, efectivamente, el Derecho Romano establecía una serie de limitaciones en materia de intereses.»

«En la época clásica (aprox. siglos I, II y III) los intereses del mutuo –contrato que en principio es gratuito si no se pactan intereses– estaban en el 1% mensual. Cuando triunfó la filosofía del cristianismo se redujo al 6% anual y se les prohibió a las personas de clase alta. Justiniano siguió ese criterio pero permitió en algunos casos especiales que llegara al 8% anual.»

«Había otra limitación también de la época clásica que establecía que EN NINGÚN CASO los intereses podían superar al doble (supra duplum) del capital y si lo excedían y se hubieran pagado se podían repetir.»

«Hay tres fuentes distintas y absolutamente indubitables, dos de la época clásica-reflejadas en el Digesto y en el Código Justiniano- y una del propio Justiniano, que encontramos en las Novelas.» D 12.6.26.1 (atribuida a Ulpiano en comentarios al edicto Libro XXVI); C 4.32.10 (Constitución de Caracalla) y Nov. 121.2 (Constitución de Justiniano).»

Las dos primeras fuentes fundamentan el fallo arbitral y la tercera, que es coincidente, es la que aportó el Dr. Rinaldi en latín y su traducción al español.

Este fallo del Senado de Hamburgo puso límites a una pretensión desmedida de la parte acreedora. Aplicó el Derecho internacional apoyándose en los principios contenidos en las normas citadas que, con un preciso criterio de justicia, superan la dificultad del elusivo cálculo de porcentajes de las tasas de intereses admisibles en derecho y adopta un claro criterio al establecer el *«quantum»* de los intereses debidos. Además, pone en evidencia la exacción ilimitada y perpetua con la que el sistema financiero somete hoy a tantos países, entre los que se halla el nuestro.

Cabría destacar que la legislación romana aplicada en el falloaría ser considerada como favorable a la parte acreedora, porque el pago de intereses podía alcanzar el monto del capital y aún subsistía la obligación del deudor de reintegrarlo íntegramente.

Hoy, ese mismo principio sería sumamente favorable a la parte deudora (*favor debitoris*), porque pondría coto a la pretensión de cobro perpetuo de los prestamistas que, por la vía usuraria del anatocismo, vienen cobrando varias veces, en intereses, el monto de los capitales originarios. Se rescataría la naturaleza genuina del contrato de mutuo, que, como todo contrato, debe establecer límites a las prestaciones. Es de tener en cuenta la comprobación que hacen los doctores Alfredo y Eric Calcagno en el libro *La Deuda Externa explicada a todos (los que tienen que pagarla)*, (Buenos Aires, 1999, págs. 53 a 55):

«Debe destacarse también la enorme importancia que tuvo la acumulación de intereses sobre el monto total de la deuda»... «si los intereses pagados por encima de las tasas históricas (considerando como tales las de la inflación de los Estados Unidos más 1%) se hubieran aplicado a la amortización del capital, la deuda externa se hubiera terminado de pagar en... 1988!».

Una opinión consultiva que reconociese el carácter abusivo de la exigencia de pago de intereses exorbitantes, que continúan efectuándose *sine die*, permitiría iniciar la cuenta regresiva del agobio que sufrimos al ponerle un límite cierto a las prestaciones. Además, si la C.I.J. adoptase el criterio jurisprudencial del caso *«Yuille, Shortridge & Co.»* mejoraría la posición negociadora de los países, acuciados por los injustos reclamos de los prestamistas.

El Premio Nobel de la Paz, Adolfo Pérez Esquivel, en el Encuentro en Caracas sobre Deuda Social de julio del 2001, afirmó:

«Éste es uno de los caminos que está a nuestro alcance, HOY. Sólo hace falta decisión y unidad política para ponerlo en marcha, algún gobierno Latinoamericano que impulse la propuesta ante la Asamblea General de Naciones Unidas, y todos junto le demos el apoyo de toda la región, de todo el Sur, desde todos los rincones del planeta».

Una opinión consultiva que contemple el punto de vista de los deudores, como la que propiciamos, contribuiría a disciplinar el comportamiento censurable de los capitales especulativos y el de la banca internacional, que en su irresponsabilidad han provocado la crisis mundial que afloró en 2008. Abriría asimismo consistentes posibilidades de defensa procesal a los Estados demandados por incumplimiento de prestaciones en tribunales donde rige el sistema de derecho anglosajón, que aplican directamente el Derecho internacional público como «ley de la tierra», y en los del sistema del CIADI; no podrían desconocer un pronunciamiento del tribunal mundial que establezca cuál es el derecho vigente respecto de las deudas.

Las opiniones consultivas no son sentencias judiciales, pero son vinculantes para los organismos de las Naciones Unidas como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. El FMI debería ajustar su conducta a lo que opine la corte (si lo hace en los términos justos que propiciamos) y no podría continuar extralimitándose en sus funciones estatutarias imponiendo ajustes salvajes a los países en desarrollo y presionándolos para cambiar sus legislaciones, tal como ocurrió con nuestro país que en el 2002 se vio compelido a la humillación de derogar leyes laborales y la figura penal de la subversión económica.

Los argumentos que esgrimimos valdrían para todas las deudas externas que se originaron por el alza de las tasas de interés de 1980.

El profesor Barberis, en su obra citada, (pág. 252) afirma: *«En rigor de verdad y según una descripción fiel de la realidad, los principios generales de derecho son normas que forman parte del orden jurídico internacional».* En apoyo de esa afirmación cita a Verdross, Mosler y Pau.

La pervivencia de la deuda externa, que lleva ya tres décadas, ha creado un acostumbramiento y una anestesia en sus víctimas.

La visión jurídica del origen de la deuda externa y sus consecuencias ha sido eludida sistemáticamente por la banca mundial, que se ha ocupado de que los medios de comunicación no la difundan y así lograr que los países pagadores terminen acostumbrándose a esa práctica de sometimiento que los degrada, y que vean como un hecho natural la persistencia de esa sangría creciente de recursos que derivan hacia las arcas insaciables del poder financiero mundial.

La relación causa efecto de la deuda externa con las violaciones a los derechos humanos, son un capítulo de este drama. La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas incorporó este tema en su agenda en el año 2000. Es prueba de ello el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica sobre los hechos trágicos acaecidos en Caracas, Venezuela, a raíz de los ajustes presupuestarios dispuestos en 1989 para el pago de la deuda externa.

Cada país deudor por lo general tiene una segunda causa de ilicitud de al menos parte de su deuda externa. En muchos casos los contratos de crédito están viciados de fraude y falsedad instrumental.

Recordemos que los actos ilícitos que generaron la deuda en nuestro país (sentencia recaída en la Causa Olmos N° 14,467, Juzgado Federal Criminal y corрecional N° 2, julio de 2000) han sido el sustento de todas las transformaciones posteriores de la deuda argentina -Plan Brady, Blindaje, *megacanjes*- por lo que correspondería que el mismo juzgado declarara la nulidad absoluta de todos los actos basados en aquellos ilícitos como le ha sido requerido por demanda presentada en 2010.

De acuerdo con el texto expreso del Artículo 1047 del Código Civil: *«La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto. Puede alegarse por todos los que tengan interés en hacerlo excepto el que ha ejecutado el acto, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Puede también pedirse su declaración por el Ministerio Público, en el interés de la moral o de la ley. La nulidad absoluta no es susceptible de confirmación.»*

Una tercera causa de ilicitud se produjo cuando un negociador oficial (el caso del Plan Brady argentino) renunció poco después a su cargo y de inmediato pasó a ocupar en Nueva York posiciones en entidades financieras beneficiadas por esos acuerdos. Por ese motivo y por la responsabilidad incurrida por funcionarios en los sucesivos reciclados de deudas generadas en actos ilícitos, como el Plan Brady y los *megacanjes*, procesan varias causas penales en tribunales federales argentinos.

Contra la usura encubierta en las renovaciones de pagarés por sumas superiores a las que realmente son dadas en préstamo existe una norma preventiva, la del artículo 723 del Código Civil: *«Si el acto del reconocimiento agrava la prestación original, o la modifica en perjuicio del deudor, debe*

estarse simplemente al título primordial, si no hubiese una nueva y lícita causa de deber. Esta norma es aplicable a las transformaciones anómalas de deuda operadas por el Plan Brady y sus sucesivos avatares: los *megacanjes*.

Como si las finanzas fuesen ajenas al Derecho, los gobiernos, en sus negociaciones sobre la deuda externa, omiten aducir el origen usurario y abusivo del aumento de las tasas de interés de 1980 y no recurren a los argumentos de la Carta de Sant'Agata dei Goti. Se han limitado a proyectar el problema hacia delante, renovando deuda a tasas cada vez más altas y condenando a las generaciones venideras a soportar una carga que compromete las posibilidades de progreso e independencia de sus países.

En la Argentina las renovaciones de deuda se han efectuado sin cálculo alguno de su real capacidad de pago y sin intervención del Congreso, al que compete «arreglar» la deuda (Art.75 de la Constitución Nacional). Las sucesivas administraciones, desde los gobiernos de facto hasta ahora, han usurpado esa atribución del Poder Legislativo, amparándose en supuestas autorizaciones genéricas de la ley de presupuesto. Así se pretende justificar el manejo discrecional de nuevos endeudamientos y el reciclaje de los antiguos por parte del Ministerio de Economía.

Es necesaria una auditoría integral, tal como la llevada a cabo por el Ecuador con resultados muy beneficiosos para la negociación de su deuda externa. En este sentido es auspicioso el proyecto presentado en la Cámara de Diputados para la formación de una comisión investigadora que tenga en cuenta los resultados probatorios contenidos en la sentencia recaída en la Causa Olmos sobre la *parte ilegítima* de la deuda externa argentina y los de las causas penales en trámite en el fuero federal: la Causa Olmos II, la del Plan Brady y las de los *megacanjes*. Paralelamente convendría un censo obligatorio de acreedores.

Otra vertiente de abusos proviene de la aplicación dogmática de la doctrina de la «autonomía de la voluntad» lo que no es justo ya que cualesquiera fueren los términos establecidos en los contratos, éstos no pueden prevalecer sobre los principios generales del derecho y los dictados de la ley moral (conf. Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, 1991.)

En el libro *El futuro del dinero* de Bernard Lietaer, se cita, en la página 264, la reflexión profética del economista germano-argentino Silvio Gesell, publicada en 1918 en el periódico alemán *Zeitung am Mittag*: ... «*si se mantiene el actual sistema monetario –el de una economía movida por las tasas de interés–, me atrevo a predecir que no pasarán veinticinco años sin que enfrentemos una guerra aún más terrible. Como en el pasado, se intentarán anexar territorios de otras naciones y a tal fin se fabricarán armas con el justificativo de que al menos así se dará trabajo a los desocupados. Entre las masas insatisfechas se generarán intensos movimientos revolucionarios y florecerá la planta venenosa del nacionalismo extremo. Ya no*

habrá mutuo entendimiento entre las naciones, y esto sólo puede llevar a la guerra.»

Esta visión profética de la deuda externa como amenaza para la Paz fue compartida por Lord Keynes, al predecir que la injusta deuda externa impuesta por los vencedores a Alemania, derrotada en 1918, llevaría a una Segunda Guerra Mundial.

Es indispensable eliminar la barrera de silencio y erradicar la ignorancia implantada en torno al problema de la deuda externa y que la ciudadanía reclame a las fuerzas partidarias y a los poderes públicos que asuman en el plano internacional la defensa jurídica de nuestro país y de todos los países llamados deudores, poniendo en práctica las propuestas reseñadas en este trabajo.

BLANCA

EL CRIMEN DE LA GUERRA¹

*Enrique A. MUSSEL*²

Este título de gran impacto no es original de Juan Bautista Alberdi, nuestro original prócer civil del siglo XIX; surge de la convocatoria de la *Ligue Internationale et Permanente de la Paix* a un concurso para premiar el mejor ensayo sobre *Le crime de la guerre dénoncé à l'Humanité*.

Alberdi había reflexionado mucho sobre la guerra y las guerras de nuestra América y la consideraba un crimen: el crimen de guerra cuando todavía se pensaba en el derecho de la guerra y los crímenes de guerra. Él apuntó al crimen de agresión y al agresor, no sólo a las atrocidades que se podían cometer durante el desarrollo de la guerra.

Prohibida su lectura en las escuelas públicas por decreto del 10 de agosto de 1943 por el militarismo nacional que soñaría con la solución de nuestros problemas con la aplicación de la fuerza, fue ratificada esa prohibición en 1947 y la Cámara de Diputados se negó a tratar el tema traído al recinto por la oposición. *El crimen de la guerra* es pequeño como tantos otros grandes libros, promueve la creación de instituciones y normas que sólo se instalan después de las grandes guerras mundiales del siglo XX.

Empezó Alberdi su trabajo en noviembre de 1869, no interesado en el premio –dice– sino para exponer ideas y llamar la atención en interés de América «suelo abusivo de la guerra», y lo dejó por la suspensión del concurso y la iniciación de la guerra franco-prusiana y no lo terminó ni lo

¹ Conferencia pronunciada en la Universidad Católica de Salta, en ocasión del XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL «ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA», el 23 de octubre de 2010.

² Abogado. Universidad de Buenos Aires; Licenciado en Derecho Universidad de Madrid; Suma cum Laude Universidad Santo Tomás de Aquino, La Paz; Diplôme d'Études Supérieures de Drôit Comparé Universidad de Strasbourg; ex profesor de Derecho Internacional, ex becario del CONICET; autor de libros y artículos sobre temas jurídicos, históricos, etc.

preparó para su publicación. Pero los doctores Manuel Bilbao y Arturo Reynal O'Connor, encargados por el Presidente Roca a ejecutar la Ley 1789 de 1886 que dispuso la impresión de las obras completas publicadas e inéditas de Juan B. Alberdi, lo incluyen entre sus obras póstumas con algunas reflexiones sobre la guerra que el gran tucumano también dejó entre sus papeles y que su hijo Manuel Alberdi puso a disposición de la comisión.

Comienza Alberdi aludiendo a una expresión «incomprendible y monstruosa: el *derecho de la guerra*, es decir, el derecho del homicidio, del robo, del incendio, de la devastación en la más grande escala posible, por que eso es la guerra, actos que son crímenes por las leyes de todas las naciones del mundo la guerra los convertía en actos honestos y legítimos, viniendo a ser en realidad la guerra el derecho del crimen, contrasentido espantoso que es el gobierno de la fuerza que sustituye a la justicia y al derecho como principio de autoridad.»

El crimen de la guerra es el de la justicia ejercida de un modo criminal, la guerra así sería un derecho, pero un derecho que, debiendo ser ejercido por la parte interesada, erigida como juez de su cuestión no puede dejar de ser parcial y allí reside el crimen de la guerra. La guerra es el crimen de los soberanos, también llamada el deporte de los reyes, y es presumida justa porque todo acto soberano es presumido justo. Pero como todo juez deja de ser justo cuando juzga su propio pleito, la guerra, por ser la justicia de la parte, se presume injusta de derecho.

Estas ideas habrán sido despreciadas por una Europa que todavía tenía que sufrir la guerra que frívolamente declaró Napoleón III a la Alemania de Bismark; el orgullo y el capricho del Káiser Guillermo II von Hohenzollern y de su ejército invencible, y la locura nacional socialista de Hitler.

Alberdi insiste en sus ideas y proyectos y aclara que la moral cristiana es la moral de la civilización moderna, o, al menos, no hay moral civilizada que no coincida con ella en su incompatibilidad con la guerra y en su condenación como un crimen. «Negar la posibilidad de su abolición definitiva y absoluta es poner en duda la practicabilidad de la ley cristiana.»

Recuerda Alberdi la ejecución corporal por deudas, barbarie de otras edades, pero seguía vigente la guerra por deudas, «la pura barbarie»; habrá recordado la guerra de los pasteles que Francia hace a México en 1838. Aquí cabe mencionar a otro preclaro jurista argentino, el Dr. Luis María Drago, que en 1903 proclamó la Doctrina que lleva su nombre: prohibición del cobro compulsivo de la deuda pública y que con la enmienda del Delegado Porter de los Estados Unidos fue aceptada en 1907 en las Conferencias de la Haya y aceptada por las Naciones americanas en Buenos Aires en 1936.

El pueblo mundo

El pueblo mundo de Alberdi es similar a la expresión aldea global, «*global village*», de Mc. Luhan, que acuñara en 1962 en «Galaxia Gutemberg,

pero el tucumano elabora el concepto cien años antes y con anterioridad a las grandes guerras que desde entonces se han sucedido. El pueblo mundo es el «orbe todo» de Vitoria, «que en cierta manera forma una república universal, y tiene poder de dar leyes justas y convenientes a todos, como son las del derecho de gentes.» (F. de Vitoria, *Reelecciones y conferencias, De la Potestad Civil*, 77) Definición que, ampliada, repite Francisco Suárez, y que Grocio define como «comunidad universal» (*El Derecho de la Guerra y de la Paz, Discurso Preliminar*, XXIV).

El pacifismo de Alberdi se funda en principios humanitarios y en el cristianismo, es un idealismo que queda allí para los siglos XX y XXI y los que vendrán.

Alberdi no publica el libro proyectado pero encuentra una oportunidad para dar a luz otras ideas sobre la guerra. En 1879 publica en Buenos Aires un libro sobre el interés y utilidad de familiarizar al soldado con el derecho de gentes cuyo autor era un oficial del ejército francés. Le agrega una introducción que se encuentra entre sus escritos póstumos, Tº XV, pág. 13. en la cual, el jurista realista, el autor del proyecto constitucional de la república posible y no de la perfecta, deja por el momento sus ideas más ambiciosas y, reconociendo el estado de convulsión en que se encuentra América del Sur, similar al que Tocqueville define como de guerra permanente, publica ese libro para educación de los oficiales del ejército porque «la guerra no es un vicio de Sud América, sino un expediente necesario, dirigido a buscar y conseguir un orden o régimen nuevo de existencia, en el que cada sección y región del pueblo hispanoamericano, pueda ejercer y poseer el señorío o soberanía que le toca en la repartición y división del patrimonio, antes general y común, que ha llegado el tiempo de dividir. Donde la guerra, como estado normal tiene tal origen y razón de ser, es vano y quimérico todo esfuerzo tendiente a suprimirla. Es preciso que por algún camino se busque y obtenga el orden nuevo y definitivo que falta. La guerra es uno de ellos, aunque el peor de todos.» Como sabemos no fue suficiente el respeto acordado al *uti possidetis iuris* 1810.

En esa introducción compara su momento histórico con la de Europa en tiempos de Grocio y entiende entonces que hay que explicar el derecho de la guerra para que no se cometan atrocidades, lo que él llama civilizar la guerra «ya que es un mal necesario de imposible supresión.»

El Crimen de la guerra, esos materiales para componer libros, como dice Alberdi en sus últimos testamentos, fue escrito en 1869, cuando éste estaba bajo la influencia de la tremenda tragedia de la Guerra de la Triple Alianza contra el Paraguay de Francisco Solano López, el paranoico, y al mismo tiempo que León Tolstoi publicaba *La Guerra y la Paz*. Es un libro de frases cortas, agrupadas en capítulos por los editores, que despliega amor por la humanidad y confianza en el mensaje cristiano.

El derecho de gentes del tiempo de Grocio era el de la guerra, que era lo principal, a pesar que se llamaba su famoso estudio también *de la paz*.

«Pero ésta –sigue Alberdi– que entonces era lo accesorio se ha convertido en lo principal y el derecho de la paz acabará por ser todo el derecho internacional del mundo civilizado.» Pero faltaba el terrible siglo XX.

Denuncia al estado de guerra casi permanente de los nuevos Estados de nuestra América y lo explica en la ausencia de la autoridad común de la que dependían cuando eran secciones del vasto imperio de la Monarquía Católica y en el que cada uno tiene que obrar como juez y parte en el gran juicio de división de la herencia española entre sus descendientes.

«El gran escollo de la guerra en Sudamérica, es la dirección que la convierte en una industria y allí está siempre expuesto a perecer el honor del soldado, la gloria de la victoria más brillante, el lustre del coraje más heroico». «El papel del soldado en Sudamérica es respetable, honorable y necesario, cuando sirve en la guerra que tiene por objeto hacer triunfar la justicia, fuera de cuyo imperio no hay paz ni orden posible.» La guerra justa no sería sino la ley puesta en obra por la autoridad.

Durante siglos se desarrolló el tema de la guerra justa y en el siglo XIX se decidió que todas lo eran si las declaraban los Estados.

Recuerda Alberdi la dedicatoria de Grocio a Luis XIII al presentar su obra magna, sobre la paz y la justicia que debe obrar un rey, etc. Y continúa:

«El período más bello de la historia de una espada memorable, es aquel en que pasa en su vaina colgada a un muro en glorioso reposo». Tenía a mano el mejor ejemplo, pero no lo menció: la espada del General José de San Martín; pero su inquina con Balcarce, el yerno, le impidió ser justo y coherente.

La Sociedad de las Naciones

En fin, volvamos a *El crimen de la Guerra*, y a los proyectos alberdianos para los siglos que vendrían. Propugna la creación de las naciones unidas de la humanidad que llama Sociedad de las Naciones, que ve en formación: «Los gobiernos, los sabios, los acontecimientos de la historia son instrumentos providenciales de la construcción de ese grande edificio del pueblo-mundo, que acabará por constituirse sobre las mismas bases y las mismas leyes fundamentales de la naturaleza moral del hombre en que reposa la constitución de cada Estado.» Reconoce la personalidad internacional del hombre como miembro de la sociedad de la humanidad y se agravia, con Pascal, que lo que es legítimo entre un francés y un español es ilegítimo entre un francés y un francés; proclama la constitución de tribunales internacionales para dirimir los conflictos y afirma rotundamente que sólo la guerra defensiva es guerra justa; que tiene que proscribirse la agresión armada y las guerras preventivas. Para que no haya más guerra de todos contra todos, dice, tiene que hacerse la guerra de todos contra uno, el agresor. La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3144 de 1974 define el acto de agresión a que se

refiere el artículo 39 de la Carta con estas precisas palabras: «Uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado».

Alberdi propugna, como Kant, la abolición de la diplomacia secreta, proyecto no muy realista, que recoge en parte el Pacto de la Sociedad de las Naciones en su artículo 18 tomándolo del primer punto de los «catorce» del Presidente W. Wilson, negando obligatoriedad a los tratados no registrados y la Carta de la Organización de las Naciones Unidas en su artículo 102 que dispone que los tratados no registrados no se pueden invocar en la Organización. No obstante la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, dispone que los acuerdos internacionales no celebrados por escrito tienen valor jurídico. Recordemos la vigencia de las líneas de amistad en los siglos XVI y XVII, que prohibía la piratería en los mares cercanos a Europa (Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra*, páginas 75 y s., 126/128, 227/229, 247, 309, etc.); el acuerdo secreto sobre Malvinas del 22 de enero de 1771, Yalta en el siglo XX, etc.

Lamentablemente en la época en que Alberdi escribe y vive en Europa se desataba la carrera armamentista entre Francia y Alemania y simultáneamente irrumpía la guerra revolucionaria. Los Estados se refugian en los ejércitos permanentes, máquinas de guerra para el ataque, la mejor defensa según los estrategas, que por supuesto nos dan el ejemplo. En la República Argentina se arguye que hay que defenderse de Chile, que si bien en 1881 cedió sus derechos a la Patagonia luego de poner fin a la guerra contra Bolivia y Perú, se fortalece la opinión del peligro y la necesidad de un nuevo ejército, «como el de Prusia». Se dictan las leyes de conscripción de 1895 y 1898 y la ley militar de 1902, sobre un proyecto del Poder Ejecutivo (Roca-Richieri) muy criticado por la Comisión de Asuntos Militares de la Cámara presidida por el General Capdevilla que la rechaza por su militarismo autoritario y, con una oratoria brillante, dice que el ejército proyectado traerá horas amargas a la República, que consumirá ingentes gastos que se necesitan para el desarrollo de fuentes de riqueza y trabajo, y que hará la guerra cuando él quiera y no cuando lo quiera el pueblo argentino; que es un ejército que se hace para luchar contra el maximalismo revolucionario, que no es el tradicional ejército de la patria que tantas glorias trajo a la Nación, sino una máquina de guerra, clasista, con un excesivo autoritarismo ajeno a nuestras costumbres y que autorizaba los castigos corporales que debían desterrarse. (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, 15 de junio al 2 octubre 1901).

Desgraciadamente no se escuchó a la Comisión de Asuntos Militares ni a Alberdi, sino a la propaganda prusiana y se copió un ejército que, como dijo el General Richieri en la Cámara de Diputados, jamás había sido derrotado. Pero en el siglo XX casi hace desaparecer a la nación alemana.

Responsabilidad por la guerra

«Indudablemente las guerras serán más raras a medida que la responsabilidad de sus efectos se hagan sentir en todos los que las promueven y suscitan. Mientras haya unos que las hacen y otros que las hacen hacer; mientras se mate y se muera por procuración, no se ve por qué motivos puedan llagar a ser menos frecuentes las guerras; pues aunque las causas de codicia, de ignorancia y de atraso que antes las motivaban, se hayan modificado o disminuido, quedan y quedarán siempre subsistentes las pasiones, la susceptibilidad, las vanidades que son siempre compatibles con todos los grados de civilización». «Por qué el hombre tiene dentro de sí un apetito de odio y destrucción», o como dice Freud: El hombre tiene una pulsión de muerte. «Pero nada será capaz de contener a los que encienden con tanta facilidad las guerras porque están seguros de la impunidad de los asesinatos, de los robos, de los incendios, de los estragos de todo género de que la guerra se compone», dice Alberdi.

Pero el Derecho internacional cambia. En el Tratado de Versalles el artículo 227 afirma: «Los aliados y las potencias asociadas ponen bajo acusación pública a Guillermo II von Hohenzollern, el antiguo káiser de Alemania a causa de la gravísima lesión al derecho consuetudinario internacional y a la santidad de los tratados. Un alto tribunal especial se instala para juzgar al acusado, bajo la salvaguarda de las garantías esenciales del derecho a defensa. ... (cinco jueces, U.S.A, U.K. Francia, Italia y Japón) El alto tribunal juzga sobre la base de principios excelsos de la política internacional; para él es pauta crear tanto respeto por las obligaciones solemnes y los compromisos internacionales como, igualmente, por la ley consuetudinaria internacional. A él le corresponde determinar la pena cuya imposición le parece adecuada.» Se pidió la extradición del acusado al gobierno de los Países Bajos, adonde se ha refugiado, que rehusó su entrega, y ante la protesta alemana al transcripto art. 227, (contrario –arguyen– al principio *«nullum crimen, nulla poena sine lege»*, etc.) los aliados declararon que el tratado es un intento de iniciar un cambio en la tradición y en las prácticas de anteriores soluciones que han sido singularmente inadecuadas para prevenir la reiniciación de las guerras...»

Las potencias aliadas tampoco quisieron atender al ex canciller alemán von Bethmann-Hollweg, que se ofreció a ser juzgado en lugar del Káiser, pues él era, conforme a las leyes constitucionales alemanas, el responsable y no el Emperador; ni al Mariscal de Campo Hinderburg que se ofreció igualmente a ser juzgado en lugar de éste. Esta acusación conforme al nuevo crimen de guerra quedaba limitada personalmente a la principal autoridad del Estado. Pero Holanda conforme al derecho común europeo o derecho internacional *ad usum*, consideró inadmisible la entrega del Káiser y Francia y Gran Bretaña no insistieron.

Quiero recordar aquí que el ex Canciller del Imperio Alemán von

Bethmann-Holweg fue quien convocó al Embajador de S.M.B. en agosto de 1914 para informarle que invadirían Bélgica para atacar a Francia pero que no querían la guerra con Gran Bretaña y el Embajador inglés le dijo: pero eso es la guerra, nosotros hemos garantizado la neutralidad de Bélgica por los tratados de 1839, y 1867, y el Canciller le contestó: «solamente por un pedazo de papel Gran Bretaña va a hacer la guerra a una nación emparentada con ella» (Carl Schmitt, *El Crimen de guerra de agresión en el Derecho Internacional*).

Con este antecedente, al finalizar la segunda guerra mundial del siglo XX, se juzgó a los vencidos acusados de haberla desencadenado, en Nuremberg y Tokio. Se los consideró «criminales de guerra» y se los acusó de crímenes contra la paz, por haber planeado e iniciado guerras de agresión en violación de tratados internacionales; de crímenes contra la humanidad, por los genocidios y deportaciones en masa; y crímenes de guerra, es decir, violaciones a las leyes de la guerra. Se aplicaron 22 penas de muerte por ahorcamiento y de privación de la libertad por vida y por 10 a 20 años de prisión.

El Tribunal rechazó las defensas de los acusados basadas en dos aspectos: que sólo los Estados y no los individuos eran responsables de los crímenes de guerra, pues consideró que sólo penando a los individuos que decidieron y cometieron esos delitos podría cumplirse con el Derecho internacional. El otro argumento de los defensores fue la falta de ley anterior al proceso que declarara que actos o que conductas configuraban el crimen de guerra. A esto el Tribunal respondió que la comunidad internacional ya los consideraba crímenes con anterioridad a la guerra.

Este nuevo derecho que propugnaba Alberdi se abrió camino en el siglo XX y se sigue aplicando en el XXI. Se establecieron Tribunales especiales para juzgar los genocidios perpetrados en Ruanda y en la ex Yugoslavia. Destaco aquí el caso de Slobodan Milosevich, ex presidente de Serbia, que fue entregado por su gobierno a las Naciones Unidas para juzgarlo por crímenes de guerra. (Los serbios eran renuentes a hacerlo pero una donación de los Estados Unidos de tres mil millones de dólares para la reconstrucción del país, condicionado a la entrega del criminal de guerra, los convenció de la necesidad de hacerlo.)

Según relata la entonces Fiscal de la ONU en el caso, Carla da Ponte, actual (2010) Embajadora de Suiza en nuestro país, Milosevich tuvo un comportamiento extravagante en la Corte, amparado en el excesivo garantismo del *common law*: no quiso abogado, se defendió solo pronunciando largos discursos sobre la supremacía racial de los serbios y continuamente pedía suspensiones de las audiencias por razones de salud, etc. Y un día se murió, por supuesto antes de ser condenado. Practicada la autopsia se comprobó que los remedios que tomaba, hasta uno contra la lepra que jamás tuvo, eran contraindicados. Fue un suicidio bien programado.

También cabe mencionar a la sonada actuación del juez español Baltazar Garzón que supo interpretar los principios jurídicos establecidos en Nuremberg, confirmados por las Naciones Unidas, y que supo interpretar la conciencia moral del pueblo-mundo. En 1948, además, se había aprobado la «Convención para la prevención y castigo del delito de genocidio» que dan sustento a la actuación del Juez Garzón. Estos juicios se iniciaron en Madrid en 1996, por el Fiscal Carlos Castresana, el Partido Izquierda Unida y organismos defensores de los derechos humanos. El Juez declaró su competencia en junio de ese año en casos de españoles asesinados en la Argentina entre 1976 y 1983, ampliándola luego a autores de delitos aberrantes cualquiera que sea la nacionalidad de las víctimas o victimarios y el lugar de su comisión. Además se decidió que las acciones emergentes de esos delitos de lesa humanidad eran imprescriptibles. El caso más famoso fue el del General Augusto Pinochet, Senador Vitalicio de Chile, detenido en Gran Bretaña, etc. Otro caso resonante fue el embargo de los bienes del General Bussi decretado por el Juez Garzón el 15 de diciembre de 1998: diecisiete departamentos en Buenos Aires, seis cuentas bancarias en el exterior y seis automóviles.

Se juzga a los responsables como quería Alberdi (por lo menos a algunos) y no quedan impunes estos graves crímenes contra la paz y la conciencia moral de los pueblos, sean guerras nacionales o internacionales. Es un notable avance del derecho, un progreso que él advirtió como necesario para fortalecer la paz entre las naciones y el progreso de la humanidad.

Otros buenos auspicios para la solución pacífica de las controversias internacionales son los Tribunales Arbitrales y la defensa universal e imprescriptible de las violaciones a los derechos humanos.

Destino de un pequeño libro

El crimen de la guerra tiene que ser leído y estudiado como un libro de un nuevo Derecho internacional que promueve la paz y la solución de los conflictos por vías pacíficas. Entre las dos grandes guerras del siglo XX notables pensadores como Einstein y Freud expusieron públicamente, a pedido de la Sociedad de las Naciones, sus opiniones sobre si había algún camino para evitar a la humanidad los estragos de la guerra y, sin mucha ilusión, proponen vigorizar la Sociedad de las Naciones y promover pactos antibélicos. Quien tenía más optimismo era E. Kant que en 1795 publicó su pequeño ensayo *«La paz perpetua»* que funda en el nuevo sistema republicano y democrático que se inauguraba y en el progreso moral de la humanidad. Alberdi también tiene esperanza como vimos y agrega otras instituciones para vigorizarla: el arbitraje obligatorio, el juzgamiento de los culpables del crimen de agresión, penalizar los crímenes en que consiste la guerra y las atrocidades que se cometen en su curso. Esa esperanza tiene que ser renovada pero no como una utopía. El Derecho internacional

público o Derecho público de las Naciones nos impele a proyectar nuevas normas jurídicas para amparar a la humanidad de los criminales de guerra. Recordemos la sentencia de Cicerón que Hugo Grocio estampa en el Discurso Preliminar de su gran obra *«De iure beli ac pacis»*, «todo vacila en cuanto nos apartamos del derecho». (Parágrafo XXIII)

Despreciar la esperanza alberdiana es caer en el nihilismo y su cruda expresión, la voluntad de poder.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra. Edición crítico-genética y estudio preliminar de Élida Lois*, UNSAM, 2007.
- ALBERDI, Juan Bautista, *El crimen de la guerra*, edición precedida de la conferencia dada por el Decano de la Facultad de Filosofía y Letras, Dr. Nicolás Matienzo. Talleres Gráficos Argentinos, Buenos Aires, 1915. De esta edición son las citas contenidas en este trabajo.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Memoria en que el Ministro de la Confederación Argentina en las Cortes de Inglaterra, Francia y España da cuenta a su Gobierno de los trabajos de su misión desde 1855 hasta 1860, con ocasión de su renuncia*. París, Imprenta de J. Clave, 1860.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Interés de familiarizar al soldado con el Derecho Internacional*. Escritos póstumos, Tº XV, pág. 13.
- Dupasquier, Henry, *Le crime de la guerre dénoncé à l'humanité*. París. Sandoz, 1873.
- EINSTEIN, Albert y FREUD, Sigmund, *Correspondencia intercambiada entre julio y setiembre de 1932 sobre la guerra como tabú*.
- KANT, E., *La paz perpetua*. Espasa Calpe, Madrid 1946.
- LA PRENSA. *El libro prohibido*, Editorial del 5 de abril de 1947.
- MAS, Fernando, *De Nuremberg a Madrid*, Grijalbo, Buenos Aires, 1999.
- MAYER, Jorge M., *Alberdi y su tiempo*. Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Segunda edición. 1972.
- MUSSEL, Enrique A., *Los conflictos por las Islas Malvinas en el Siglo XVIII*, 1983.
- SCHELER, Max, *La idea de paz y el Pacifismo*. 1926, E.P.A. Buenos Aires 1955. Estudio preliminar de Carlos Sánchez Viamonte.
- SCHMITT, Carl, *El crimen de guerra de agresión en el Derecho internacional y el principio nullum crimen, nulla poena sine lege*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006.
- SCHMITT, Carl, *El Nomos de la Tierra. En el Derecho de Gentes del Jus publicum europeum*, Editorial Struhart & Cia. Buenos Aires, 2005.
- SCHMITT, Carl, *Teoría del partisano*. Editorial Struhart & Cia. Buenos Aires, 2005.

VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*. Aguilar, Madrid, 1957.

VITORIA, Francisco de, *Escritos políticos*. Depalma, Buenos Aires, 1967.

ZUCHERINO, Ricardo Miguel, *Juan Bautista Alberdi-Ideólogo del Siglo XXI*.
Depalma, Buenos Aires, 1987.

IN MEMORIAM

IN MEMORIAM

DR. JORGE A. GINER MOLINARI

El nombre del Dr. Jorge A. GINER MOLINARI se encuentra estrechamente ligado a la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Nació en Rosario el 8 de agosto de 1933 y falleció en la misma ciudad el 30 de mayo de 2010.

Cursó su escuela primaria y secundaria en el Colegio Nuestra Señora del Rosario de los Hermanos Maristas, evidenciando, desde muy joven, una sólida formación ética y moral.

Egresó como *Licenciado en Derecho*, título otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay.

Cursó la *Licenciatura en Relaciones Internacionales*, en la Escuela de Ciencias Políticas, dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Más tarde se *Doctoró en Diplomacia, Ciencias Políticas y en Ciencias Económicas*, títulos otorgados por la Facultad de Ciencias Económicas Comerciales y Políticas de la Universidad Nacional del Litoral y de Rosario respectivamente.

Asimismo cursó estudios de post grado en Pittsburg University USA, y en la Universidad Autónoma de Méjico.

Su vocación docente lo llevó a ejercer con excelencia la titularidad de las cátedras de *Historia Política Argentina* en la Carrera de Ciencias Políticas, Universidad Nacional de Rosario entre los años 1967 y 1974; *Economía I y Economía III*, en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Rosario entre 1970 y 1985 y *Política Internacional* en la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario entre 1975 y 1985.

Culminó su carrera docente siendo Profesor de *Derecho Internacional Público*, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

Desde la Cátedra, supo transmitir a sus alumnos, su interés y vocación por el Derecho Internacional Público.

Se desempeñó profesionalmente con sincera vocación de servicio, demostrando responsabilidad y solidaridad en el medio en que actuó.

Fue Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, participando de numerosas de sus actividades académicas e institucionales como integrante de su Consejo Directivo.

Asimismo, fue Miembro de Número del Instituto Hispano Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional.

Fue Pro-Tesorero de la AADI, entre los años 1983 y 1991, luego Pro-Secretario General, entre 1991 y 1993, y posteriormente, Tesorero entre 1993 y 2005. Esta larga y extensa trayectoria le permitió demostrar su capacidad organizativa en la administración general, posibilitando la obtención de su personería jurídica, y la inserción de la AADI en el sistema jurídico y de control financiero de instituciones de este tipo, a nivel nacional. Este logro, reconocido por sus pares, facilitó asimismo la trascendencia de nuestra Asociación a nivel internacional, afianzando así la que ya había alcanzado por su nivel científico e intelectual.

Publicó diversos trabajos en el Anuario, al que apoyó desde su cargo en forma permanente.

Su honradez, simpatía y hombría de bien dejaron una marca indeleble en todos cuantos le conocimos.

Su antecesor en el cargo dijo alguna vez que la nuestra es una asociación de amigos, y es así como preferimos recordarlo en esta oportunidad.

*Dra. GRACIELA R. SALAS
Córdoba, República Argentina*

LEGISLACIÓN

BLANCA

**CONVENIOS INTERNACIONALES APROBADOS
POR LA REPÚBLICA ARGENTINA
PERÍODO 01-08-2010 al 31-05-2011**

Sistematización a cargo de María Alejandra STICCA

SUMARIO

-1- Comercio Internacional -2- Comunicaciones y Transporte -3- Cooperación Cultural, Científica, Técnica, Económica, Financiera, Industrial y Comercial -4- Cooperación Fronteriza -5- Cursos de Aguas Internacionales -6- Derecho Aeronáutico y Espacial -7- Derecho Diplomático y Consular -8- Derecho Fiscal -9- Derecho Humanitario -10- Derechos Humanos -11- Derecho Internacional Penal -12- Derecho Internacional Privado -13- Derecho Laboral y Social -14- Derecho Marítimo -15- Energía y Materiales Nucleares -16- Extradición -17- Integración -18- Medio Ambiente -19- Migraciones -20- Organizaciones y Asociaciones Internacionales y Regionales -21- Paz y Amistad -22- Pesca -23- Prevención y Represión del Tráfico de Estupefacientes -24- Sanidad -25- Turismo -26- Otras disposiciones legales de la República Argentina de interés para el Derecho Internacional.

1. COMERCIO INTERNACIONAL

Ley 26.622 Acuerdo de Cooperación entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil relativo a Cooperación entre sus Autoridades de Defensa de la Competencia en la aplicación de sus Leyes de Competencia. Aprobación Sanción: 11/08/2010 Promulgación de Hecho: 06/09/2010 B.O.: 07/09/2010

Ley 26.633 Acuerdo del Grupo Mundial del Comercio del Vino sobre Requisitos para el Etiquetado de Vinos, suscripto en Canberra,

Australia. AprobaciónSanción: 18/08/ 2010 Promulgación de Hecho: 08/09/2010 B.O.: 14/09/2010

Ley 26.642 Protocolo de Modificación del Convenio Multilateral sobre Cooperación y Asistencia Mutua entre las Direcciones Nacionales de Aduanas, adoptado en Cancún, Estados Unidos Mexicanos. AprobaciónSanción: 13/10/ 2010 Promulgación de Hecho: 16/11/2010 B.O.: 18/11/2010

Ley 26.670 Acuerdo Marco de Comercio y el Tratado de Libre Comercio entre el Mercosur y el Estado de Israel, suscripto en Montevideo, República Oriental del Uruguay. Aprobación Sanción: 16/03/ 2011 Promulgación de Hecho: 14/04/2011 B.O.: 20/04/2011.

2. COMUNICACIONES Y TRANSPORTE

3. COOPERACIÓN CULTURAL, CIENTÍFICA, TÉCNICA, ECONÓMICA, FINANCIERA, INDUSTRIAL, COMERCIAL y DE SALUD

Ley 26.629 Acuerdo para la Cooperación Científica-Tecnológica y Técnica entre la República Argentina y el Reino Hachemita de Jordania, suscripto en Buenos Aires -República Argentina-. Aprobación Sanción: 11/08/2010 Promulgación de hecho: 06/09/2010 B.O.: 10/09/2010

Ley 26.631 Acuerdo de Cooperación en Materia de Soberanía y Seguridad Alimentaria entre la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela, suscripto en Caracas, República Bolivariana de Venezuela. AprobaciónSanción: 11/08/2010 Promulgación de Hecho: 06/09/2010 B.O.: 13/09/2010

Ley 26.641 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Helénica en Materia de Cooperación Científica y Tecnológica, suscripto en Buenos Aires. Aprobación Sanción: 13/10/2010 Promulgación de Hecho: 16/11/2010 B.O.: 17/11/2010

Ley 26.643 Acuerdo Económico y Comercial entre la República Argentina y el Reino Hachemita de Jordania, suscripto en Buenos Aires. Aprobación Sanción: 13/10/2010 Promulgación de Hecho: 16/11/2010 B.O.: 18/11/2010

Ley 26.645 Acuerdo sobre Cooperación Económica entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Bulgaria, suscripto en Buenos Aires. Aprobación Sanción: 13/10/2010 Promulgación de Hecho: 16/11/2010 B.O.: 19/11/2010

Ley 26.646 Acuerdo de Coproducción Cinematográfica entre el Gobierno

de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana, suscripto en Roma, República Italiana. Aprobación Sanción: 13/10/2010 Promulgación de Hecho: 16/11/2010 B.O.: 19/11/2010

Ley 26.647 Acuerdo de Cooperación Económica entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Eslovaca, suscripto en Buenos Aires. Aprobación Sanción: 13/10/2010 Promulgación de Hecho: 16/11/2010 B.O.: 23/11/2010

Ley 26.661 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Rumania para modificar el Acuerdo de Cooperación Económica y Comercial entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de Rumania, suscripto en Bucarest, Rumania el 22 de junio de 2009. Aprobación Sanción: 16/03/2011 Promulgación de Hecho: 07/04/2011 B.O.: 11/04/2011

4. COOPERACIÓN FRONTERIZA

5. CURSOS DE AGUAS INTERNACIONALES

6. DERECHO AERONÁUTICO Y ESPACIAL

Ley 26.627 Acuerdo de Cooperación en el Campo de las Actividades Espaciales entre la República Argentina y la República de Colombia, suscripto en Bogotá -República de Colombia-. Aprobación Sanción: 11/08/2010 Promulgación de hecho: 06/09/2010 B.O.: 09/09/2010

Ley 26.628 Acuerdo Marco de Cooperación en el Campo de las Actividades Espaciales entre la República Argentina y la República de Chile, suscripto en Punta Arenas --República de Chile-. Aprobación Sanción: 11/08/2010 Promulgación: 06/09/2010 B.O.: 10/09/2010

Ley 26.677 Acuerdo de Servicios Aéreos entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República del Ecuador. Aprobación Sanción: 13/04/2011 Promulgación: 09/05/2011 B.O.: 10/05/2011

7. DERECHO DIPLOMÁTICO Y CONSULAR

8. DERECHO FISCAL

Ley 26.623 Acuerdo por canje de notas por el que se hace retroactiva la

fecha de aplicación del Protocolo Modificadorio del Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la Doble Tributación en Materia de Impuesto a la Renta, Ganancias o Beneficios y sobre el Capital y el Patrimonio. AprobaciónSanción: 11/08/2010 Promulgación de hecho: 06/09/2010 B.O.: 07/09/2010

9. DERECHO HUMANITARIO

Ley 26.624 Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional (Protocolo III), adoptado en Ginebra - Confederación Suiza. AprobaciónSanción: 11/08/2010 Promulgación de hecho: 06/09/2010 B.O.:08/09/2010

Ley 26.625 Protocolo sobre los Restos Explosivos de Guerra, adoptado en Ginebra - Confederación Suiza. AprobaciónSanción: 11/08/2010 Promulgación de hecho: 06/09/2010 B.O.: 08/09/2010

10. DERECHOS HUMANOS

Ley 26.663 Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América. Aprobación Sanción: 16/03/2011 Promulgación de hecho: 07/04/2011 B.O.:12/04/2011

11. DERECHO INTERNACIONAL PENAL

12. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ley 26.662 Protocolo por el que se enmienda el Acuerdo sobre los ADPIC, suscripto en Ginebra, Confederación Suiza, adoptado el 06 de diciembre de 2005. AprobaciónSanción: 16/03/2011 Promulgación: 07/04/2011 B.O.: 08/04/2011

Ley 26.667 Tratado de Asistencia Judicial Recíproca en Materia Civil y Comercial entre la República Argentina y la República Tunecina, suscripto en Buenos Aires. AprobaciónSanción: 16/03/2011 Promulgación: 07/04/2011 B.O.: 12/04/2011

Ley 26.672 Tratado entre la República Argentina y la República Popular China sobre asistencia Judicial en Materia Civil y Comercial, suscripto en Buenos Aires. AprobaciónSanción: 16/03/2011 Promulgación: 07/04/2011 B.O.: 15/04/2011

13. DERECHO LABORAL Y SOCIAL

Ley 26.669 Convenio sobre el Trabajo en el Sector Pesquero -Convenio 188-, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra, Confederación Suiza. AprobaciónSanción: 16/03/2011 Promulgación de hecho: 07/04/2011 B.O.: 14/04/2011

Ley 26.678 Convenio Relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social - Convenio 102, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, en Ginebra, Confederación Suiza. AprobaciónSanción: 13/04/2011 Promulgación de hecho: 10/05/2011 B.O.: 12/05/2011

14. DERECHO MARÍTIMO

15. ENERGÍA Y MATERIALES NUCLEARES

Ley 26.640 Enmienda de la Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, aprobada en Viena, República de Austria. AprobaciónSanción: 13/10/2010 Promulgación de hecho: 16/11/2010 B.O.: 17/11/2010

16. EXTRADICIÓN

17. INTEGRACIÓN

Ley 26.670 Acuerdo Marco de Comercio y el Tratado de Libre Comercio entre el Mercosur y el Estado de Israel, suscripto en Montevideo, República Oriental del Uruguay. AprobaciónSanción: 16/03/ 2011 Promulgación de Hecho: 14/04/2011 B.O.: 20/04/2011

18. MEDIO AMBIENTE

Ley 26.664 Enmienda al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación, suscripta en Ginebra, Confederación Suiza. AprobaciónSanción: 16/03/2011 Promulgación de hecho: 07/04/2011 B.O.: 11/04/2011

19. MIGRACIONES

20. ORGANIZACIONES Y ASOCIACIONES INTERNACIONALES Y REGIONALES

Ley 26.626 Protocolo Modificadorio del artículo 4º del Acuerdo de Sede entre el Gobierno de la República Argentina y la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, adoptado en Madrid —Reino de España. AprobaciónSanción: 11/08/2010 Promulgación de hecho: 06/09/2010 B.O.: 09/09/2010.

Ley 26.668 Tratado Constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, suscripto en Madrid, Reino de España suscripto el 07 de octubre de 1992. AprobaciónSanción: 16/03/2011 Promulgación de hecho: 07/04/2011 B.O.:08/04/2011

21. PAZ Y AMISTAD**22. PESCA****23. PREVENCIÓN Y REPRESIÓN DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES****24. SANIDAD****25. TURISMO****26. OTRAS DISPOSICIONES LEGALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA DE INTERÉS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL**

JURISPRUDENCIA

BLANCA

JURISPRUDENCIA ARGENTINA SELECCIONADA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2010¹

Julio César CÓRDOBA²

1. CSJN, 19/05/10, B., S. M. c. P., V. A. s. restitución de hijo.

Restitución internacional de menores. Residencia habitual de los menores en España. Custodia a cargo de la madre. Convenio homologado. Autorización de viaje a la Argentina. Retención ilícita. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Derecho de los menores a ser oídos. Niño mayor de 16 años.

Publicado en DIPr Argentina el 11/03/11, en Fallos 333:604 y en LL 15/06/10, 6.

2. CSJN, 21/12/10, R., M. A. c. F., M. B. s. reintegro de hijo.

Restitución internacional de menores. Residencia habitual del menor en Estados Unidos de América. Autorización de viaje a la Argentina. Retención ilícita. Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Excepciones. Carácter taxativo. Interpretación restrictiva. Procedencia de la restitución.

Publicado en DIPr Argentina el 10/03/11.

¹ A requerimiento de la Asociación he seleccionado para este listado solamente 22 fallos. Aquellos interesados en consultar otros fallos pronunciados en el año 2010 pueden realizarlo en el sitio DIPr Argentina (<http://www.diprargentina.com/>).

² Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

3. CSJN, 14/09/10, Boo, Héctor José s. sucesión testamentaria.

Matrimonio celebrado en Argentina. Divorcio no vincular decretado en Argentina (art. 67 bis ley 2393). Segundo matrimonio celebrado en Paraguay. Posterior conversión del divorcio en vincular. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Orden público internacional. Relatividad. Variabilidad. Actualidad. Legitimación hereditaria. Aplicación del precedente Solá.

Publicado en DIPr Argentina el 06/10/10.

4. CSJN, 23/03/10, Celind de Graetz R. y Kann C.S.H. c. H.S.B.C. Bank Argentina S.A. s. amparo.

Crédito documentario. Pesificación. Improcedencia. Dec. 410/02. Excepciones. Operación de comercio exterior.

Publicado en DIPr Argentina el 07/06/10 y en JA 11/08/10, con nota de A. A. Menicocci.

5. CNContencioso Administrativo Federal, sala V, 30/12/10, Claren Corporation c. Estado Nacional s. exequátur.

Reconocimiento de sentencias. Juicio tramitado en EUA. Bonos de deuda. Pacto de jurisdicción Nueva York. Suspensión de los pagos. Requisitos. CPCCN: 517. Jurisdicción indirecta. Debido proceso. Autenticidad. Improcedencia de la revisión de fondo. Orden público internacional. Principios del derecho de gentes. *Pars conditio creditorum*. Código Civil: 14.2. Inmunidad de jurisdicción. Actos *iure imperii* e *iure gestionis*. Rechazo de la ejecución.

Publicado en DIPr Argentina el 03/06/11 y en El Dial 25/02/11.

6. Juzgado de Familia n° 2, Mendoza, 09/11/10, C. A. V. y otro.

Adopción internacional. Adopción simple otorgada en Haití. Reconocimiento de sentencia. Legalización. Terremoto. Eximición. Exceso ritual manifiesto. Conversión en adopción plena. Convención sobre los Derechos del Niño.

Publicado en DIPr Argentina el 02/02/11.

7. Juz. Nac. Civ. 10, 12/03/10, C. D. E. y P. S. M. C. s. información sumaria.

Matrimonio celebrado en Canadá. Matrimonio entre personas del mismo sexo. Inscripción en Argentina. Reconocimiento de sentencia. Requisitos. Autenticidad. Orden público internacional. Variabilidad. Código Civil: 160, 161, 166, 172. CPCCN: 517. Acto inexistente. Rechazo de la inscripción.

Publicado en DIPr Argentina el 09/06/11.

8. CNCiv., sala H, 06/10/10, E. G., V. C. c. A. N., A. L. s. reintegro de hijo.

Restitución internacional de menores. CIDIP IV sobre Restitución internacional de menores. Residencia habitual de la menor en Paraguay con el padre. Exhorto de Paraguay. Menor reconocida por la madre. Patria potestad exclusiva de la menor a cargo de la madre. Posterior reconocimiento del padre. Traslado a la Argentina. Licitud. Residencia habitual de la menor en Argentina con la madre. Rechazo del pedido de restitución. Convención sobre los Derechos del Niño. Interés superior del niño. Derecho del menor a ser oído.

Publicado en DIPr Argentina el 03/12/10 y en El Dial 01/12/10 Suplemento de práctica profesional con notas de H. E. Vallet y M. G. Gadea.

9. CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 19/08/10, Mariscotti, Ana María s. sucesión.

Sucesión internacional. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en Alemania. Bienes inmuebles en Argentina (Santa Fe). Código Civil: 3283, 3284, 10. Competencia de los jueces argentinos (Santa Fe).

Publicado en DIPr Argentina el 12/10/10 y en EDFA 13/28 con nota de A. Sojo.

10. CNCiv., sala G, 15/02/10, Mariscotti, Ana María s. sucesión testamentaria.

Sucesión internacional. Jurisdicción internacional. Último domicilio del causante en Alemania. Bienes inmuebles en Argentina (Santa Fe). Código Civil: 3283, 3284, 10, 11. Ley 14.394: 16. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1889. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Aplicación analógica. Competencia de los tribunales argentinos (Santa Fe). Domicilio. Calificaciones. *Lex fori*.

Publicado en DIPr Argentina el 18/05/11 y en EDFA 13/28 con nota de A. Sojo.

11. Cámara Federal de Apelaciones, Paraná, 14/06/10, Ñandubaysal S.A. y otros c. Botnia S.A.

Jurisdicción internacional. Hechos ilícitos. Daño ambiental. Tratado de Derecho Civil Internacional Montevideo 1940. Teoría del paralelismo. Derecho aplicable. Lugar donde se produjo el hecho ilícito. Incompetencia de los tribunales argentinos. Supremacía de los tratados.

Publicado en DIPr Argentina el 01/11/10.

12. CNCom., sala A, 30/06/10, De Aboitiz, Cosme María c. ICTSI International Holdings Corp. s. ordinario.

Sociedad constituida en el extranjero (Islas Cayman). Participación en sociedad local. Ley de sociedades: 123. Inscripción en la Inspección General de Justicia. Representante. Contrato de mandato. Poderes otorgados en Filipinas. Funcionario de la sociedad. Remuneración autónoma. Improcedencia. Derecho aplicable. Autonomía de la voluntad conflictual. Código Civil: 1209, 1210, 1212. Lugar de cumplimiento. Domicilio del intermediario. Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediación y representación La Haya 1978.

Publicado en DIPr Argentina el 29/10/10.

13. CNCom., sala C, 27/04/10, Fortletisar S.A. s. pedido de quiebra por NSS S.A.

Sociedad constituida en el extranjero (Uruguay). Sociedad *off shore* (SAFI). Ejercicio habitual de actos en Argentina. Sucursal inscripta en la Inspección General de Justicia. Pedido de quiebra. Jurisdicción internacional. Ley de sociedades: 124. Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional Montevideo 1940: 3, 11, 40, 41. Casa independiente. Domicilio comercial. Calificaciones. Asiento principal de los negocios.

Publicado en DIPr Argentina el 18/11/10.

14. CNCom., sala D, 24/11/10, BII Creditanstalt International Bank Ltd. s. le pide la quiebra José Vizcaíno.

Sociedad constituida en el extranjero (Islas Caimán). Sociedad *off shore*. Sucursal inscripta en la Inspección General de Justicia. Captación de fondos en el país. Certificado de depósito a plazo fijo. Pedido de quiebra. Rechazo. Proceso concursal tramitado en Islas Caimán. acreedor verificado en el concurso extranjero. Acuerdo homologado.

Publicado en DIPr Argentina el 13/06/11.

15. CNCom., sala A, 23/02/10, Golub, Gustavo c. International Vendome Rome-IVR SA s. ordinario.

Traslado de demanda. Sociedad constituida en el extranjero (Francia). Participación en sociedad local. Inscripción en la Inspección General de Justicia. Domicilio constituido. Efectos. Notificación al domicilio constituido. Nulidad. Ley de sociedades: 122, 123. Convención de La Haya de 1965 sobre Notificación de Actos Judiciales en el Extranjero.

Publicado en DIPr Argentina el 16/06/10.

16. CNCom., sala F, 08/07/10, Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Crédit Suisse.

Sociedad constituida en el extranjero. Inscripción en la Inspección General de Justicia. Demanda en Argentina. Notificación en el domicilio inscripto. Notificación al representante en Argentina. Ley de sociedades: 122.

Publicado en DIPr Argentina el 26/11/10 y en LL 09/08/10, 10, con nota de O. A. Prato.

17. CNCom., sala A, 24/09/10, Trade and Commerce Bank c. José Cartellone Construcciones Civiles S.A. s. ordinario.

Poder otorgado en el extranjero (Islas Cayman). Forma. Validez intrínseca. Efectos. Derecho aplicable. Lugar de otorgamiento. Lugar de ejercicio. Código Civil: 12, 950, 1209. Escribano público. Presunción de validez. Poder otorgado en instrumento privado. Excepción de falta de personería. Procedencia. Plazo adicional para subsanar el defecto. Legalización. Convención de La Haya de 1961. Apostille. Documento público. Calificaciones autárquicas.

Publicado en DIPr Argentina el 07/12/10, en El Dial 26/11/10 y en JA 09/03/11.

18. CNCom., sala D, 09/02/10, Compañía Americana de Productos Industriales S.R.L. c. Aldoro Industria de Pos e Pigmentos Metálicos Ltda..

Contrato de distribución. Concepto. Canales de comercialización. Distribución en sentido amplio y en sentido estricto. Principal Brasil. Distribuidor Argentina. Inexistencia del contrato. Compraventas internacionales de mercaderías sucesivas. Rescisión incausada. Plazo de preaviso. Derecho aplicable. Autonomía de la voluntad conflictual. Domicilio del distribuidor. Lugar de cumplimiento.

Publicado en DIPr Argentina el 15/07/10.

19. CNCom., sala F, 24/06/10, Sanovo International S.A. c. Ovoprot International S.A.

Contrato de suministro. Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor: Argentina. Comprador: Dinamarca. Incumplimiento. Demanda de daños y perjuicios. Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías Viena 1980: 1, 7, 10, 12, 18, 22, 23, 26, 45, 74, 75, 76, 77. Ámbito de aplicación. Internacionalidad del contrato. Establecimiento. Concepto. Compra de reemplazo. Reparación integral. Autonomía de la voluntad. *Lex mercatoria*. Incoterms.

Publicado en DIPr Argentina el 02/06/11.

20. CNCom., sala F, 07/10/10, Ecotune (India) Private Ltd. c. Cencosud S.A.

Compraventa internacional de mercaderías. Vendedor: India. Comprador: Argentina. Falta de pago del precio. Crédito documentario. Independencia de la compraventa. Banco emisor en liquidación. Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías Viena 1980: 1.1.b, 61.1.b, 74, 78. Ámbito de aplicación espacial. Incoterms. Cláusula FOB. Fuente interna. Código Civil: 1209, 1210. Derecho aplicable. Lugar de cumplimiento. Prestación más característica. Autonomía de la voluntad conflictual. Elección implícita del Derecho aplicable. Elección en el proceso del derecho aplicable. Intereses moratorios. Intereses compensatorios.

Publicado en DIPr Argentina el 29/03/11.

21. CNCom., sala C, 14/05/10, American Restaurants Inc. y otros c. Outbank Steakhouse Int.

Arbitraje internacional. Arbitraje CCI con sede en Buenos Aires. Recurso de nulidad del laudo. Causales. Falta esencial en el procedimiento. Tribunal arbitral. Constitución. Irregularidad. Acta de misión. Recusación de los árbitros. Reglamento de Arbitraje CCI: 11. Omisión. Código procesal: 760, 761. Revisión del fondo. Improcedencia. Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 30/05/11, en ED 07/04/11 y en LL 2011-B , 593, con nota de R. J. Caivano.

22. CNTrab., sala V, 18/05/10, Carrillo, Ricardo César c. Inversora de Eventos SA y otros s. despido.

Contrato de trabajo. Contratos de trabajo sucesivos con empresas del mismo grupo. Pagos en Argentina y Paraguay. Lugar de cumplimiento: Argentina y Paraguay. Sociedad constituida en Paraguay controlada por la sociedad argentina. Demanda laboral. Extensión de responsabilidad. Conjunto económico. Derecho aplicable. Argentina. Ley de Contrato de Trabajo: 3. Código Civil: 1209. Principios del derecho laboral. Primacía de la realidad. Irrenunciabilidad. Orden público internacional.

Publicado en DIPr Argentina el 10/06/11 y en El Dial 13/07/10.

**JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
INTERNACIONAL DE JUSTICIA
AÑO 2010**

Seleccionada por Laura Araceli AGUZIN

Corte Internacional de Justicia, Sentencia sobre el fondo en la controversia entre Argentina y Uruguay relativa al asunto de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay, 20 de abril de 2010 (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, «Pulp Mills on the River Uruguay -Argentina v. Uruguay-, Judgment of 20 April 2010», I.C.J. Reports 2010, <http://www.icjciij.org/docket/files/135/15877.pdf>).

Responsabilidad internacional – obligaciones de naturaleza procesal y obligaciones de fondo – río limítrofe – estatuto – comisión administradora - medio ambiente – pruebas - cooperación – buena fe.

El 20 de abril de 2010, la Corte Internacional de Justicia dictó su fallo en la causa relativa a las *Plantas de celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)*.

La Corte determinó que la República Oriental del Uruguay incumplió las obligaciones de procedimiento que le incumben en virtud de los artículos 7 a 12 del Estatuto del Río Uruguay de 1975 y que la constatación de esa violación por parte de la Corte constituye una satisfacción adecuada.

Luego, por once votos contra tres, determinó que la República Oriental del Uruguay no ha incumplido las obligaciones de fondo que le incumben en virtud de los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto del Río Uruguay de 1975.

Y finalmente, por unanimidad, rechazó todas las demás conclusiones de las Partes.

Los Magistrados Al-Khasawneh y Simma anexaron al fallo una opinión disidente conjunta; el Magistrado Keith anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado Skotnikov anexó al fallo una declaración; el Magistrado Cançado Trindade anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado Yusuf

anexó al fallo una declaración; el Magistrado Greenwood anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado *ad hoc* Torres Bernárdez anexó al fallo una opinión separada; el Magistrado *ad hoc* Vinuesa anexó al fallo una opinión disidente.

Corte Internacional de Justicia, Sentencia en el proceso instaurado por la República de Guinea c. la República Democrática del Congo, 30 de noviembre de 2010 (CASE CONCERNING AHMADOU SADIO DIALLO -REPUBLIC OF GUINEA v. DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO-, 2010 30 November General List No. 103, <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/16244.pdf>).

Protección diplomática – derechos individuales – derechos socio y sociedad – arresto y expulsión.

El 30 de noviembre del año en curso, la Corte Internacional de Justicia notificó la sentencia en el proceso que caratulado como «Ahmadou Sadio Diallo», incoado por la *República de Guinea c. la República Democrática del Congo*.

En su decisión, la Corte falló por 8 votos a favor y 6 en contra, que la pretensión de la República de Guinea concerniente a calificar el arresto y detención del señor Ahmadou Sadio Diallo como arbitraria en el periodo comprendido entre 1988 – 1989 era admisible.

Por su parte, decidió de manera unánime que la expulsión del señor Diallo del territorio congolés el 31 de enero de 1996 vulneró el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 12, parágrafo 4, de la Carta Africana de Derechos Humanos.

Y por 13 votos contra 1, que la detención del señor Diallo por parte de las autoridades congolesas sin informar de manera oportuna a los funcionarios consulares de la República de Guinea, vulneró el artículo 36, parágrafo 1 (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Sin embargo, la Corte desestimó las demás pretensiones de la parte demandante, y determinó que al señor Diallo no se le habían vulnerado sus derechos como socio en varias compañías establecidas en territorio congolés.

Por decisión unánime, la Corte determinó que la República del Congo está en la obligación de reparar, en calidad de compensación, a la República de Guinea, por las consecuencias a causa de la vulneración de sus obligaciones internacionales.

Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la declaración unilateral de independencia de Kosovo, 22 de julio de

2010 (ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAW OF THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO, 22 July 2010, General List No. 141, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>).

Opinión Consultiva – competencia Corte Internacional de Justicia – competencia de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas- derecho internacional general - declaración de independencia.

La Corte considera por unanimidad que tiene competencia para emitir la opinión consultiva que le fuera solicitada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Y decide por nueve votos a favor y cuatro en contra, dar respuesta a la solicitud.

Determina el alcance de la pregunta que le fuera formulada, y por diez votos contra cuatro entiende que la declaración de independencia de Kosovo, aprobada el 17 de febrero 2008 no viola el Derecho internacional.

BLANCA

RECENSIONES

BLANCA

LAS PAPELERAS EN CUESTIÓN. UN RECORRIDO POR EL DERECHO AMBIENTAL E INTERNACIONAL DE LA HAYA AL MERCOSUR, BERTONI, Liliana E., (Coordinadora), prologado por la Dra. Zlata DRNAS DE CLEMENT. Eudeba, Bs. As., 2010, 163 págs.

El libro expone ordenadamente los trabajos de Sandra Cecilia Negro, Gabriela Teresita Mascaglia, Silvia Coria, Leila Devia, María José Alzari y la propia coordinadora, viniendo a cubrir con amplitud, objetividad, originalidad y seriedad científica el problema más significativo en el derecho, la política y las relaciones internacionales de nuestro país en la última década.

La obra comienza con el trabajo de Gabriela Teresita Mascaglia y Sandra Cecilia Negro: «*Conflictos bilaterales entre Argentina y Uruguay por el caso de las plantas de pasta de celulosa: Análisis desde la perspectiva del Derecho Internacional Público*». Con una imprescindible introducción histórica al conflicto bilateral entre las Repúblicas hermanas, que derivó en la controversia sometida a la Corte Internacional de Justicia el 4 de mayo de 2006 (oficialmente llamado «*The Pulp Mills on the River Uruguay*») se pasa revista a la reconstrucción de los antecedentes fácticos y económicos (la trascendencia que la inversión implicaba en la economía charrúa) y el rol que desempeñaron otros actores (habitantes de la ciudad de Gualeguaychú y su Asamblea) que sin duda repercutieron en el conflicto. Se efectúa un prolífico desarrollo cronológico seguido por su encuadre jurídico –especialmente, el Estatuto del Río Uruguay–. A continuación, abordan las alternativas de solución de conflictos previstas por el Estatuto –con un análisis de su magro resultado–, se lo compara con jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y, finalmente, las decisiones de este último tribunal.

El capítulo segundo, a cargo de Gabriela Teresita Mascaglia analiza la sentencia de la Corte Internacional del 20 de julio de 2010, cuyo eje central lo constituye la interpretación del Estatuto del Río Uruguay de 1975, sobre el cual el Tribunal dispuso –por trece votos contra uno– que la República Oriental del Uruguay había violado las cuestiones procedimentales previstas en los artículos 7 a 12 y que la declaración de ello por la Corte constituía

una satisfacción adecuada a las pretensiones de la República Argentina. Al mismo tiempo, destacó –por once votos contra tres– que Uruguay no había violado las obligaciones sustantivas contenidas en los artículos 35, 36 y 41 del Estatuto. A juicio de la autora, el fallo es conservador, en tanto prescinde de contemplar la complejidad del conflicto y aplicar ortodoxamente las reglas de la carga de la prueba en un tema tan delicado como el del daño ambiental. Al mismo tiempo, se pregunta cuál fue la razón por la cual la República Oriental del Uruguay no comunicó a la CARU la realización del proyecto y si la República Argentina no conocía con antelación la autorización de dicho proyecto: en cualquiera de los casos, es evidente que no ha existido una actuación de buena fe, tal como lo estipula el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La profesora Liliana Bertoni aborda el problema desde la perspectiva regional: el análisis del laudo arbitral del Tribunal *ad hoc* del Mercosur del 6 de setiembre de 2006 por el reclamo de la República Oriental del Uruguay ante la omisión del Estado Argentino para prevenir y/o hacer cesar los impedimentos a la libre circulación derivados de los cortes en territorio argentino de vías de acceso a los puentes internacionales General San Martín y General Artigas que unen ambos Estados. Frente al argumento de la República Argentina en el sentido de que ningún principio relativo a la libre circulación la vincula en los Tratados con el país vecino, Uruguay sostuvo que dicho principio se encuentra contenido en el Acuerdo de Transporte Internacional Terrestre (ATT). Pondera la autora la difícil conciliación entre los derechos de libre expresión, el principio de buena vecindad que se impone a los Estados en un proceso de integración, y el principio de libertad de circulación. El laudo –que sostuvo la necesidad de que la República Argentina garantice la libre circulación de bienes y servicios pero, al mismo tiempo, rechazó la imposición de medidas para el caso de que la obstaculización se reitere para un futuro–, parece, a juicio de la autora, haber dejado satisfechas a ambas partes, aunque no obstante señala la evidente utilidad de una aclaración, habida cuenta de la subsistencia del conflicto y la ausencia de estándares normativos que del laudo puedan derivarse en caso de una reiteración de los hechos en el porvenir.

La obra culmina con *«Consideraciones sobre la temática ambiental»*, a cargo de Silvia Coria, Leila Leiva y María José Alzari. Luego de una exhaustiva revisión de la normativa internacional e interna referida a la problemática ambiental, las autoras proponen una serie de medidas concretas a tomarse en el área estratégica económica y de complementariedad entre los Estados del Mercosur, propiciando un diálogo abierto que considere –*inter alia*– el conocimiento de los subsidios concedidos a las empresas y la posibilidad de un subsidio Mercosur, el sinceramiento de la actividad empresaria celulósica en la región, el modelo de producción forestal orientado a la madera aserrada, la forma de garantizar la

trazabilidad ambiental de productos y procesos forestales y las relaciones laborales unidas a ellas, contemplando las convenciones de la OIT y las obligaciones a satisfacer por las empresas provenientes de países OCDE en materia ambiental, la instalación de un procedimiento que prevenga los conflictos ambientales a raíz de lo acontecido entre la Argentina y Uruguay y la armonización de los criterios de selección de las mejores tecnologías disponibles y prácticas ambientales a través de habilitaciones regionales.

Como anticipamos, se trata de una obra de imprescindible utilidad en cualquier investigación histórica, jurídica, política y de relaciones internacionales para el afianzamiento de la integración regional.

Alejandro Aldo Menicocci

Laura Araceli Aguzin

GUÍA PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS ELEMENTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO. Hortensia D. T. GUTIÉRREZ POSSE. Colección Académica, Fondo editorial de derecho y economía, La Ley, 1^a edición, 5^a, Reimpresión, 2010.

El libro de la Dra. Gutiérrez Posse fue realizado con la colaboración de miembros de su Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires.

La obra se divide en tres partes y 25 unidades.

La primera parte está dedicada a la creación del derecho internacional y correspondería a lo que suele denominarse la parte general de la disciplina. Su nacimiento y evolución, fuentes, relación con los derechos internos, sujetos y consecuencias de la violación de una norma jurídica internacional.

La segunda parte refiere a los ámbitos espaciales de aplicación del Derecho internacional. Esto es al territorio del Estado, a su ámbito terrestre, fluvial, lacustre, marítimo y aéreo, y también a los espacios fuera de las jurisdicciones estatales.

La tercera parte plantea el control de la aplicación de normas jurídicas internacionales. Así, los distintos mecanismos para la solución pacífica de controversias, el estudio de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, la regulación del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y la promoción y protección de los derechos humanos en el Derecho internacional.

Cada unidad temática consta de un desarrollo doctrinario de los elementos básicos; luego una lista bibliográfica a modo de sugerencia, en

castellano; un apartado con la documentación básica a tener en cuenta en la unidad; y finalmente, un trabajo práctico sugerido que involucra diferentes técnicas de enseñanza aprendizaje, desde completar, señalar correctamente, elaborar una información, analizar jurisprudencia hasta la resolución de un caso hipotético.

La obra plantea un recorrido por los contenidos mínimos de la asignatura y sus elementos básicos.

Resulta útil tanto para el estudiante como para el profesional al que luego le servirá de referencia instrumental. Y sin duda soluciona problemas de información.

Pero también representa una obra útil para el docente de la asignatura a quien se le presenta la oportunidad tanto para repensar los contenidos mínimos como las estrategias de enseñanza y aprendizaje.

Así entonces, para quienes nos dedicamos a la enseñanza de la asignatura constituye un valioso aporte a la siempre presente discusión acerca del aprendizaje significativo y configuraciones didácticas necesarias.

Laura Araceli Aguzin

CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – PARTE GENERAL,
Marcelo Daniel IÑIGUEZ, Bahía Blanca, In Dubio Editora, 2010, 451 págs.

El profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue y de la Universidad Católica de Salta, viene a enriquecer la biblioteca jusprivatista internacional con una obra de características ejemplares. Anticipa el autor sus destinatarios: los estudiantes. Y en función de ello afirma haber renunciado a ciertas precisiones académicas. Después de leer el libro, pareciera que Iñiguez ha renunciado a la inflación conceptual y a la abstracción –conducta a la que lamentablemente se le asocia un aura de mayor carácter científico– pero no a la precisión, a la vocación de decir algo concreto y útil.

El autor conceptualiza al DIPr. como la rama de la ciencia jurídica que resuelve qué derecho es aplicable y en qué jurisdicciones se juzgarán las situaciones privadas en conexión con varios ordenamientos jurídicos o con un sistema autónomo internacional. Así, en presencia de un caso, cuyos elementos extranjeros –el autor clasifica como *personales, reales y voluntarios*–, el DPr. franqueará la frontera de la juridicidad doméstica permitiendo la subsunción del caso en un derecho no local.

Señala que, como característica del DIPr. latinoamericano y más aún, argentino, tanto en su fuente convencional como interna, se mantiene la localización del caso a un territorio determinado en función de su «sede» o

«asiento», con fuerte vocación savigniana. Advierte que los caminos de la integración y flexibilización impuestas por el comercio internacional deberán adecuar en un futuro la forma de localizar el derecho aplicable con menor rigidez que la «monoconexión» impuesta por los tratados y la fuente interna.

Este DIPr. tiene –como presupuesto de su existencia y, al mismo tiempo, de limitación a la aplicación del derecho extranjero– un sustrato consistente de principios básicos resultantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, antes preexistentes y hoy *«positivizados»* en Convenciones Internacionales y Regionales. Bajo esta premisa, los tres tipos de normas que integran la materia: *indirecta o de colisión, material y de policía, aplicación inmediata o de extensión*, serán las encargadas de dar la solución al caso mixto.

El capítulo II se destina a fuentes y métodos. El autor pasa revista por la obra La Haya, Naciones Unidas, OEA, Montevideo y Mercosur, y, en franca demostración de apertura de escindir «derecho» de «estado», a la costumbre internacional y a UNIDROIT.

Los capítulos III, IV y V se destinan a la solución de conflictos: en los dos primeros se establecen los fundamentos de la jurisdicción internacional y las reglas generales en la materia. El último –con evidente acierto metodológico a nuestro juicio– es destinado al arbitraje internacional, destacando la vocación de nuestro país por esta alternativa y analizando la multiplicidad de fuentes que rigen la materia.

El capítulo VI se destina al Derecho aplicable, y en opinión del autor, la aplicación del derecho extranjero tiene su fundamento en un derecho humano, inalienable de la persona. Luego distingue las clases de normas y pasa, en los capítulos VII a IX, a su consideración dinámica. Adhiere el autor a la concepción normológica del DIPr., ubicando los problemas generales de la materia en las distintas partes (antecedente y consecuencia jurídica, con sus características positivas y negativas) de la norma jurídica.

La obra culmina con un capítulo destinado al documento extranjero, su eficacia, como así también las comunicaciones entre autoridades judiciales internacionales.

Cuenta con la posibilidad de actualizarse *online* y de acceder a las fuentes por esta vía.

Como anticipamos, el Dr. Marcelo Iñiguez ha satisfecho una necesidad que quienes participamos en la enseñanza de la materia percibimos –en mi caso, más frecuentemente de lo que desearíamos–: la de derrumbar el muro pedagógico que la separa (ficticiamente) de los demás derechos privados. Una obra que no empalaga con erudición, con citas extravagantes ni referencias sin sentido. En suma, lo que debieran ser las obras jurídicas.

Alejandro Aldo Menicocci

DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. Sandra C. NEGRO (Directora). B de f, Julio César Faira, Editor, Montevideo, Buenos Aires, Año 2010.

El libro es una obra colectiva bajo la dirección de Sandra Cecilia Negro, abogada, Doctora en Derecho (UBA), Profesora Titular de Derecho de la Integración de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Se divide en dos partes. La Parte General se dedica a los elementos esenciales de la problemática, a sus delimitaciones conceptuales y terminológicas y a sus relaciones con distintas disciplinas. Los Capítulos I (Integración: nociones generales. Integración económica e integración regional) y II (Derecho internacional y derecho de la integración) son de autoría de Susana Czar de Zalduendo; y por su parte el Capítulo III (Caracterización y clasificación de los esquemas de integración), por Sandra C. Negro.

Luego, una Parte Especial dedicada a cada uno de los procesos, esquemas y bloques de integración que se pretenden abordar. Está dividida en seis capítulos de la siguiente manera: El derecho de la integración en el Mercosur, Capítulo IV por Luciana Scotti; La Comunidad Andina de Naciones, Capítulo V, por Martín Mollard; Sistema de Integración Centroamericana (SICA) subsistema de integración económica centroamericana (SIECA), Capítulo VI, por Gonzalo Alvarez; la Comunidad del Caribe: CARICOM, Capítulo VII, por Alfredo López Bravo; las experiencias de integración en Asia, Capítulo VIII, por María Fernanda Fernández Vila; y la Unión Europea, Capítulo IX, por Sandra C. Negro.

El trabajo es de fácil lectura y comprensión, aunque no por ello carente de rigor.

Es didáctico, destacándose la técnica de los esquemas, pero al mismo tiempo plantea líneas y caminos para la profundización del tema.

En especial es ponderable la ubicación de la problemática dentro del Derecho Internacional Público, en este sentido destacan la «indudable relación» y su «origen» (véase página 24), señalando luego algunas diferencias, lo cual abre un interesante debate y necesidad de profundización.

Se destaca asimismo la visión histórica en la formación de los distintos procesos abordados así como un panorama general de las regiones que se involucran.

Tiene como eje central el estudio de las instituciones y el derecho surgido en consecuencia.

Los autores agregan anexos de gran utilidad que esquematizan aspectos orgánicos, normativos y jurisprudenciales, así como una exhaustiva cronología del proceso de integración en Europa.

Laura Araceli Aguzin

CURSOS EUROMEDITERRÁNEOS BANCAJA DE DERECHO INTERNACIONAL. Jorge Cardona LLORENS. Editor. Volumen XI/XII. 2007/2008. Centro Internacional Bancaja para la Paz y el Desarrollo. Tirant Lo Blanch. Castellón. Valencia. 1174 páginas.

Este doble volumen de los prestigiosos Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, como su nombre lo indica, reúne algunos de los trabajos correspondientes a las ediciones de los años 2007 y 2008.

Está presentado por el director de estos cursos, como habitualmente lo ha sido en ediciones anteriores, quien sintetiza el sistema de los mismos y los trabajos presentados por los participantes, como así también las dificultades que se han planteado para la reedición de este tipo de convocatorias académicas. En este caso, el profesor Cardona Llorens efectúa un homenaje a su antecesor el profesor Manuel Diez de Velasco, hasta entonces a cargo de estas presentaciones, fallecido pocos días antes de terminarse esta edición.

Explica el Director las razones por las que, momentáneamente, estos cursos han sido reemplazados por un Coloquio internacional de menor duración, de los que se espera continuar con esta publicación. Por otra parte el prestigio de estos cursos fue resaltado muy particularmente por Ahmed Mahiou, quien los colocó a la altura de los cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Como decíamos más arriba, la obra incluye conferencias, cursos sobre cuestiones fundamentales, cursos monográficos y conferencias inaugurales y de clausura de ambos períodos académicos.

Desde el comienzo debemos decir que tanto las conferencias inaugurales como de clausura no constituyen sino excusas para la profundización de temas particulares y desarrollados con especial maestría por sus autores.

Así, en la conferencia inaugural de 2007 el director de estos cursos, bajo el título de *Inmunitades jurisdiccionales de los Estados, normas comunitarias y derechos humanos*, desarrolló el tema desde la óptica del DIPr y particularmente a la luz del derecho comunitario europeo, con abundante referencia a jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Clausurando esta edición Abdul G. Koroma analizó *International Law and Multi-Culturalism* desde la creación de las Naciones Unidas y las transformaciones que se produjeron a partir de la incorporación a la misma de nuevos estados de diferente grado de desarrollo económico, político, cultural y religioso y la influencia de esta nueva diversidad de tradiciones jurídicas y culturales. Para ello analizó el multiculturalismo en el marco del CIJ y las debilidades de facto del orden jurí-

dico multicultural en relación con los países en vías de desarrollo en la geopolítica actual, aportando una novedosa «perspectiva transcivilizacional como una alternativa a los enfoques internacionales y transnacionales sobre el multiculturalismo».

Asimismo clausurando la edición de 2008 Ahmed Mahiou efectuó *Quelques réflexions sur la fragmentation du droit international*, en las cuales reviste una especial importancia la fragmentación del DI y los trabajos de la CDI en la materia. Destaca la importancia del análisis de este tema a través del examen de la armonización o el conflicto de normas sin renunciar al análisis de la distribución de las competencias, la jerarquía de las normas, pluralidad o descentralización normativa.

Así, desde la propia síntesis de su director, podemos observar el tratamiento de temas que él considera clásicos como *La suspensión unilateral de los tratados internacionales* (Rosario Huesa Vanaixa), o *La protección diplomática* (Claudio Zanghi). En este punto es importante destacar que, a pesar de tratarse de temas clásicos, el desarrollo de los respectivos autores proporciona nuevas visiones, con permanentes referencias a aplicaciones prácticas, mostrando así la vigencia de los mismos.

Entre los cursos monográficos de 2007 junto a los mencionados, encontramos *Limits to the Use of Force Imposed by International Law. Current Problems* (Michael Bothe), *Relativisme et universalisme en droit international* (Monique Chemillier-Gendreau), el citado sobre *La interpretación de los tratados* (Lucía Millán Moro), *Los actos unilaterales en el derecho internacional contemporáneo* (Víctor Rodríguez Cedeño).

El curso sobre Cuestiones Fundamentales (2008) fue dictado por Slim Laghmani, sobre *La volonté des États est-elle encore au fondement du droit international?*. Se trata de un extenso curso que difícilmente podamos sintetizar en esta breve reseña. El mismo parte de dos interrogantes fundamentales: el primero sobre si el cambio del orden político internacional ha vuelto a poner en cuestión la coherencia formal del orden jurídico internacional, es decir el principio de igualdad soberana de los Estados; el segundo es si la desaparición del orden bipolar tuvo por efecto la superación de la voluntad como fuente de la obligación internacional. A lo largo de los tres capítulos que conforman su trabajo, sobre las fuentes, la jerarquía de las normas y la intervención de la voluntad de los Estados, responderá negativamente a ambas preguntas.

Debemos destacar que este trabajo guarda una profunda relación particularmente con el estudio de Ahmed Mahiou y de alguna manera se advierte como constituyendo la columna vertebral de ese año.

Entre los cursos monográficos de la misma edición vemos también *El papel de la Organización de los Estados Americanos en la defensa de la democracia* (Jean Michel Arrighi). En este caso, el trabajo constituye una síntesis de la larga trayectoria de su autor en la materia, desde la cual

testimonia las transformaciones operadas en el sistema interamericano desde su creación en 1948, con base en el mantenimiento de la paz y la seguridad dentro del sistema de la carta de la ONU, hacia la necesidad de colocar el acento en el desarrollo, en la promoción y defensa de la democracia representativa.

Dentro de la misma edición encontramos *La explotación económica del territorio ocupado*, (Antonio F. Fernández Tomás), el ya citado sobre *La suspensión unilateral de los tratados internacionales: el marco normativo* (Rosario Huesa Vinaixa), *Cultural Diversity in International Law* (Georg Nolte). Como es dable observar cada uno de ellos constituye un estudio pormenorizado de nuevos enfoques del DI, particularmente sobre desafíos que se presentan actualmente al DI.

En el caso del curso dictado por Antonio F. Fernández Tomás sobre *La explotación económica del territorio ocupado* su autor completa y precisa los alcances de este trabajo desde la primera parte, como *La apropiación, el aprovechamiento y la destrucción de bienes existentes en un territorio sujeto a ocupación beligerante desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario*. Comienza con la precisión de determinados conceptos como ocupación, bienes públicos y privados en el territorio ocupado, pillaje, saqueo, así como los alcances de la reparación a la finalización del conflicto, todo ello a la luz del Derecho de La Haya y del Derecho de Ginebra aunque en ocasiones también hace referencia al derecho interno.

A renglón seguido se enfrenta al concepto de soberanía permanente sobre los recursos y riquezas naturales y a la práctica internacional en materia de explotación de recursos naturales en los territorios ocupados, con un análisis pormenorizado de la más reciente jurisprudencia internacional.

Si es posible calificar a este trabajo, podríamos decir que constituye una auténtica disección del tema analizado.

Lamentablemente, por razones de espacio y extensión de esta recensión no es posible efectuar mayores consideraciones sobre los restantes trabajos, cuya importancia y profundidad merecerían una extensión que, desde el punto de vista editorial, en ocasiones no es posible.

A modo de cierre resta simplemente hacer votos por la continuidad de publicaciones de esta envergadura.

Dra. Graciela R. Salas

EL DERECHO INTERNACIONAL. ENTRE LO JURÍDICO Y LO POLÍTICO.

Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia. Luis Fernando ÁLVAREZ LONDONO, Rafael A. PRIETO SANJUÁN, Andrés TÉLLEZ NÚÑEZ. Editores Académicos. CEDI. Estudios de Derecho Internacional 13. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. Facultad de Ciencias Jurídicas. LASIL-SLADI- Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2010. 364 páginas.

La obra que comentamos en esta oportunidad constituye un afectuoso homenaje al profesor Rafael Nieto Navia, a partir de su larga trayectoria como docente de la Pontificia Universidad Javeriana, pero trascendiéndola largamente a través de su carrera diplomática, sus numerosísimas publicaciones y de sus actividades científicas.

A partir de su título vamos intuyendo su contenido, que, desde la presentación de Andrés Téllez Núñez, rescata la permanente interacción entre lo jurídico y lo político.

Con ese objetivo la obra se divide en cuatro partes, integradas a su vez por trabajos de destacados internacionalistas unidos al homenajeado por vínculos académicos.

La primera parte, «Aproximaciones y tendencias jurídicas y políticas del Derecho Internacional» integra las contribuciones de Zlata Drnas de Clément, Hugo Llanos Mansilla, Andrés Téllez Núñez, Giuliana Ziccardi Capaldo y Luis Fernando Álvarez Londoño. Es posiblemente en esta primera parte donde más se aprecia la relación entre lo jurídico con lo político que inspira a esta publicación, con una ligera aproximación a corrientes jusfilosóficas y su influencia en el moderno Derecho Internacional.

La segunda parte, por el contrario, bajo el título «Aspectos dinámicos de la jurisdicción internacional» reúne los trabajos de los profesores Juan José Quintana Aranguren, Ernesto Rey Caro y Fausto Pocar, que parecerían inclinarse más hacia lo jurídico, aunque rescatando lo dinámico de éste, precisamente a partir de una justicia internacional en permanente adaptación a las cambiantes circunstancias internacionales.

La tercera parte agrupa los trabajos de los profesores Ricardo Abello Galvis, Hugo Caminos, Marco Gerardo Monroy Cabra y Raúl Emilio Vinuesa, en torno a una problemática que podríamos calificar al mismo tiempo como clásica y moderna a partir «De la obsesión estatal por el territorio y los espacios acuáticos». Calificamos de problemática clásica precisamente a la preocupación de países de nuestra América Latina por su territorio y más particularmente por sus respectivos espacios marítimos, a la vez que moderna en la interpretación y en la adaptación de las instituciones de Derecho Internacional a los nuevos retos que el territorio estatal plantea al Derecho Internacional.

Finalmente en la última parte «Protección de la persona humana en tiempos de paz y en tiempos de guerra» los tres autores que contribuyeron

a este homenaje, Rafael Prieto Sanjuán, Fredys Orlando Sorto y Manuel E. Ventura Robles, cierran el apuntado circuito entre lo jurídico y lo político, con el análisis de situaciones particulares en las que la aplicación de normas jurídicas internacionales debió apoyarse en realidades políticas altamente sensibles a la comunidad latinoamericana: rescates en Colombia, la guerra civil en El Salvador y la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Costa Rica, Guatemala y República Dominicana.

Se trata, en definitiva, de una obra que en un pequeño formato encierra un gran homenaje a quien supo reunir la investigación científica y las actividades diplomáticas con la cátedra universitaria y todas ellas con extraordinaria autoridad científica y técnica.

Es de lamentar las limitaciones impuestas a las recensiones en cualquier publicación como ésta, que impiden entrar en mayores consideraciones respecto de obras de la importancia y trascendencia como las que nos ocupan en esta oportunidad.

Dra. Graciela R. Salas

L'ÉVOLUTION ET L'ÉTAT ACTUEL DU DROIT INTERNATIONAL DE LA MER. MÉLANGES OFFERTS À DANIEL VIGNES. Sous la direction de Rafael Casado RAIGÓN et Giuseppe CATALDI. Bruylant. Bruxelles. Bruxelles. Belgique, 2009, 981 páginas en francés.

Esta obra colectiva en homenaje a Daniel Vignes, reunió a destacadísimos especialistas en Derecho del Mar a nivel mundial, bajo la dirección de dos de sus amigos, que de eso se trata en este tipo de publicaciones.

Desde la presentación se destaca del profesor Vignes el rol que desempeñó en las deliberaciones de la Tercera Conferencia sobre Derecho del Mar que culminó con la firma de la Convención de Jamaica de 1982.

De allí que la trayectoria y la importancia de las contribuciones al moderno Derecho del Mar por parte de quien es objeto de este tributo, por sí mismas nos permitan avizorar tanto el contenido de esta extensa obra como la nómina y la trayectoria en la misma materia de quienes fueron convocados a participar de la misma.

La presentación de la personalidad del homenajeado por parte de Tullio Treves sintetiza de alguna manera la personalidad de Daniel Vignes y el rol que cumplió en ocasión de las deliberaciones de la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que llevó a la firma de la Convención de Jamaica de 1982. En efecto, desde su

introducción el presentador rescata el valor del rol desempeñado por el profesor Vignes en dicha Conferencia, particularmente intentado la incorporación de la Unión Europea como parte de la Convención, que implicaba asimismo lograr el éxito de la Conferencia, las iniciativas científicas, remarcando no sólo su capacidad como negociador, sino esencialmente emprendiendo iniciativas científicas en materia de Derecho del Mar.

En esta materia cita palabras del Tratado del Nuevo Derecho del Mar, publicado en 1985 en coautoría con René-Jean Dupuy: «*Il s'agissait... non plus de percevoir la mer et les océans à travers la Convention, mais, à l'inverse, de situer celle-ci dans l'ensemble d'un milieu marin dont elle ne pouvait prétendre aborder l'intégralité de l'ordre juridique.*»

Deja así presentada la personalidad y la obra del profesor Vignes, como especialista en Derecho del Mar, pero en una visión omnicomprensiva, desde el Derecho Internacional y las relaciones internacionales.

Luego de esta presentación se acompaña un *currículum vitae* del profesor en su actuación ante diversas universidades europeas, quien además desempeñó numerosos cargos en tribunales internacionales e instituciones comunitarias europeas, fue autor de numerosísimas publicaciones, de todo lo cual surge su particular compromiso con su país de origen, Francia.

Los cuarenta y cuatro trabajos que conforman este libro-homenaje se presentan por riguroso por orden alfabético de sus respectivos autores. Más allá de ese detalle, a nuestro criterio las valiosas contribuciones podrían dividirse de acuerdo a la temática abordada, sin que sea posible efectuar un pormenorizado análisis de cada uno de ellos en esta oportunidad.

Para comenzar observamos que un grupo de trabajos se ocupa de los *antecedentes* que llevaron a la celebración de la Convención de Jamaica de 1982 y a las *perspectivas* de la misma. Allí encontramos las contribuciones de los profesores Juan Antonio Carrillo Salcedo, Rafael Casado Raigón, Wladyslaw Czapliński, Mohammed Mouldi Marsit, Ernesto J. Rey Caro, Yves Van Der Mensbrugghe. Los ubicamos en este grupo en tanto constituyen una brillante síntesis de los fundamentos que, desde las conferencias internacionales que la precedieron, llevaron a la celebración de la CONVEMAR y al acuerdo relativo a la Parte XI de la misma, junto a las perspectivas de futuro, tanto en general como particularmente desde la visión europea.

Otro grupo centra la atención en la *práctica* del actual Derecho del Mar como en los trabajos de Hugo Caminos, Giuseppe Cataldi, Vicente Marotta Rangel, Yoshio Otani. En este caso podríamos señalar como algunos de los temas tratados a la jurisprudencia del Tribunal Internacional del Mar y su influencia, como así también los problemas planteados en la práctica habitual del Derecho del Mar.

Un grupo diferente, posiblemente el más numeroso, analiza los *nuevos planteamientos* surgidos en Derecho del mar como en los trabajos de Joaquín Alcaide Fernández y Eloy RUILoba-García, Gemma Andreone, Miguel García García – Revillo y Miguel J. Agudo Zamora, Djamchid Momtaz, Shabtai Rosenne, Tullio Scovazzi, Jean – Marc Thouvenin. Encontramos entre ellos cuestiones tan interesantes como inquietantes como la distinción entre zona de pesca y zona ecológica, patrimonio cultural sumergido, la criminalidad en el mar, problemas relacionados con las pesquerías.

Un apartado especial, más reducido aunque no menos destacable, lo ocupan los que podríamos calificar como *espacios especiales* abordados por Erik Franckx, María Teresa Infante Caffi, Raymond Ranjeva. En este caso por la importancia de temas como el Derecho del Mar en los espacios polares o particularmente el tratamiento de las islas ante la Corte Internacional de Justicia.

Le siguen trabajos como los presentados por: Mohammed Bennouna; Benedetto Conforti, Maurice Kamto, Jean-François Lachaume, Umberto Leanza, Francisco Orrego Vicuña, Nathalie Ros, que se dedican al estudio del *mar como espacio estatal*. Encontramos aquí las más modernas cuestiones en materia de delimitación y protección de los respectivos espacios marítimos, el ejercicio de los poderes estatales sobre dichos espacios o cuestiones relacionadas con la propiedad pública.

Posteriormente agrupamos a otras contribuciones en torno a cuestiones *puramente jurídicas* como las presentadas por Jean-Pierre Cot, Vladimir-Djuro Degan, Philippe Gautier, Gaymond Goy, Manuel Hinojo Rojas, Didier Le Morvan, Laurent Lucchini, Tatsif Malick Ndiaye, Helmut Tuerk, Michel Voelckel. En estas contribuciones es clara la aparición de cuestiones relacionadas con la contaminación ambiental, la necesidad de una estabilización de la base jurídica en la delimitación marítima, el establecimiento de una línea única de delimitación, la aplicabilidad directa del Derecho del Mar, actividades criminales en el mar y la seguridad marítima, el rol de las organizaciones internacionales, procedimientos contenciosos ante el Tribunal de Derecho del Mar, las libertades del mar, o interpretaciones de normas puntuales de la CONVEMAR.

En un último apartado ubicaríamos las colaboraciones sobre temas de *interés para la UE* de: Florence Chaltiel, Fernando José Correia Cardoso; Annie Cudennec, Angela Del Vecchio, José Antonio De Yturriaga Barberán, Adela Rei Aneiros y Eva M. Vázquez Gómez, José Manuel Sobrino Heredia. Aquí encontramos análisis de cuestiones de particular interés europeo como la salvaguarda de la biodiversidad, la aproximación ecosistémica al Derecho del Mar, las pesquerías, y el rol tanto de las políticas comunitarias en general como particularmente en materia de conservación de especies frente al derecho de la Unión Europea.

Cerraríamos esta apretadísima síntesis con expresiones del

presentador de esta publicación, quien rescata que la obra del profesor Daniel Vignes no ha concluido y se renueva en forma permanente.

Dra. Graciela R. Salas

INSTITUCIONAL

BLANCA

**ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL
XXIIº CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL
ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA 2010**

MEMORIA DEL PERÍODO ESTATUTARIO 2009-2010

Señores miembros de la A.A.D.I:

A efectos de dar cumplimiento a lo normado en los artículos 25 del Estatuto, 16 del Reglamento de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y concordantes de ambos, se pone a vuestra consideración la Memoria de la labor realizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional durante el período estatutario 2009-2010. En este período se ha puesto el acento en las actividades científicas y académicas que son nuestro objetivo y razón de ser desde el punto de vista institucional, pero también se han destinado especiales esfuerzos para lograr obtener, nuevamente, un espacio físico como sede, recuperando presencia institucional física en la Facultad de Derecho de la UNR, también se ha trabajado en lograr la plena regularización institucional y se ha obtenido que el laborioso trabajo de la Tesorería de estos últimos años, a cargo de los Dres Sthäli y Vicario, fructifique, en este ejercicio, en una consolidación de nuestra situación económica. Lo realizado surge de lo expresado en esta Memoria y Balance que ponemos a vuestra consideración.

I. MARCO GENERAL

La tarea desarrollada ha dado cumplimiento a las normas estatutarias y reglamentarias, atendiendo especialmente a la consecución de los fines de la Asociación establecidos en el artículo 3 del Estatuto.

II. FUNCIONAMIENTO INSTITUCIONAL

1. Elección de autoridades. Composición del Consejo Directivo y el Revisor de Cuentas:

De conformidad con la elección de autoridades efectuada el día 2 de octubre de 2009, en ocasión de la realización del XXI CONGRESO

ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL «DR. ENRIQUE FERRER VIEYRA» ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2009 que tuvieron lugar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba 1 al 3 de octubre de 2009, el *Consejo Directivo tiene la siguiente composición*: **PRESIDENTE**, Dra. María Elsa Uzal, **VICEPRESIDENTE**: Dr. Gustavo Barbarán. **SECRETARIO**: Dr. Luis Cruz Pereyra, **PROSECRETARIA**: Dra. María Alejandra Sticca, **TESORERO**: Dr. Roberto Armando Vicario. **PROTESORERO**: Dr. Felipe Juan Amormino. **CONSEJEROS**: Dr. Ariel Ricardo Mansi, Dr. Demetrio Oscar González Pereira, Dra. Marta Yolanda Tejerizo, Dra. María Blanca Noodt Taquela, Dr. Jorge Stähli, Dra. Beatriz Pallarés y Dr. Armando D Abrusa; **CONSEJEROS SUPLENTES**: Dr. Pedro Rodolfo Casas y Dr. Guillermo Tito. **DIRECTORES DE SECCIÓN**: Dra. Laura Aguzin (*Derecho Internacional Público*), Dr. Alejandro Aldo Menicocci (*Derecho Internacional Privado*), Dra Ada Lattuca (*Relaciones Internacionales*), Dr. Jorge Oscar Paladino (*Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho internacional*), Dr. Víctor Bazán (*Derechos Humanos*); Dr. Luis Ignacio Savid-Bas (*Derecho de la Integración*). **REVISOR DE CUENTAS**: Dra. Sonia Moreno (*Titular*), Dr. Enrique Mussel (*Suplente*). El Dr. Luis Ignacio Savid-Bas (*Derecho de la Integración*), presentó su renuncia al cargo de Director de la Sección de Derecho de la Integración y como integrante del Comité de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional, en la reunión de Consejo Directivo llevada a cabo el día veintinueve de mayo de dos mil diez, en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, la cual fue aceptada en la reunión de Consejo Directivo realizada el día catorce de agosto de dos mil diez, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, lamentando su decisión y agradeciéndole la participación llevada a cabo. En su reemplazo fue designada para completar el periodo para el cual fue elegido el Dr. Savid Bas, la Secretaria de la Sección, Dra Mariela Calderón.

Los *Comités de Sección* están constituidos por los miembros que a continuación, en cada caso, se detallan: *Sección de Derecho Internacional Público*: Dra. Adriana Castelanelli (Secretaria), Dres. Elizabeth Ostachi, Alejandro Canio y Daniel Hugo Anglada (Vocales); *Sección de Derecho Internacional Privado*: Dra. Mariela Rabino (Secretaria), Dres. María Susana Najurieta, Pablo De Rosas, y Juan José Cerdeira (Vocales); *Sección de Relaciones Internacionales*: Dr. Roberto Cacheiro Frías (Secretario), Dres. Bruno Tondini, Juan Carlos Pérsico y Carlos Biangardi Delgado (Vocales); *Sección de Derecho de la Integración*: Dra. Mariela Calderón (Secretaria), Dres. Juan Carlos Moreira; Alberto Monsanto y Alejandro Serra Quiroga (Vocales); *Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional*: Dr. Gabriel Díaz Nuñez (Secretario), Dres. Jorge Murillo, Paula All y Marcelo D. Iñiguez (Vocales); *Sección de Derechos Humanos*: Dra. Susana Sartori (Secretaria); Dres. Gloria León, Saideh Saleh Ebrahimi y Luciana Díaz (Vocales).

2. Reinauguración de la sede de la AADI en las instalaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Rosario:

La Asociación consiguió recuperar su lugar en la Casa de Altos Estudios que la vio nacer, luego del incendio acaecido en el año 2003 que destruyera gran parte de las instalaciones de la Facultad de Derecho incluyendo el sector de la sede que tradicionalmente ocupara. A ese fin, se firmó un convenio de comodato con las autoridades académicas de esa Facultad, que fue suscripto por la Presidente de la AADI, Dra. Uzal y por el Decano de la Facultad de Derecho Dr. Silberstein, por el que se adjudicó a nuestra institución, en forma precaria, una Sala en las inmediaciones de la Torre, previéndose que se habrá de lograr un espacioso sector definitivo en la Torre, actualmente en remodelación. Debe destacarse la excelente labor llevada a cabo por el Dr. Alejandro Menicocci para que las gestiones llegaran a buen puerto.

El acto formal de apertura de las actividades de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en su nueva sede fue celebrado, el 19 de marzo de 2010 a las 18 hs, con un acto académico del que participaron autoridades de la Facultad de Derecho UNR, de la AADI, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y del Instituto de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de Rosario. En la oportunidad se pronunció una conferencia sobre «Los Desafíos Globales de la República Argentina», a cargo del Embajador Dr. Juan Archibaldo Lanús, en el Salón de Actos de la Facultad de Derecho de la UNR, organizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario.

3. Reuniones del Consejo Directivo:

Cumpliendo con lo establecido en el artículo 29 del Estatuto, el Consejo Directivo se reunió en los días: cinco de diciembre de dos mil nueve, en la Sala de Comisiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires- UBA; diecinueve de marzo de dos mil diez, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Córdoba 2020, Rosario, Provincia de Santa Fe; veinte de marzo de dos mil diez, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; veintinueve de mayo de dos mil diez, en la Sala de Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral sita en calle Cándido Pujato 2751, de la ciudad de Santa Fe; catorce de agosto de dos mil diez, en la Sala de las Cátedras, Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Independencia Nº 258, Planta Alta, Córdoba; once de septiembre de 2010 en la Salita de Comisiones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires- UBA, sita en Figueroa Alcorta 2263 Ciudad Autónoma de Buenos Aires; veintidós de octubre de 2010 a las 12 en el salón del

Consejo Académico de la Universidad Católica de Salta, Facultad de Ciencias Jurídicas en el Campus Castañares de la Ciudad de Salta.

4. Incorporación de nuevos miembros:

En el XXI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL «DR. ENRIQUE FERRER VIEYRA», ASAMBLEA GENERAL ORDINARIA DE LA ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL-2009, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba del primero al tres de octubre de dos mil nueve, se aprobó la incorporación de ocho (8) nuevos Miembros Titulares, veinte (20) nuevos Miembros Asociados y cinco (5) nuevos Miembros Correspondientes. Asimismo, se aprobaron dos (2) Cambios de Categoría, de Miembros Asociados a Titulares.

Durante el período de esta Memoria falleció el Miembro Titular e Integrante del Consejo Directivo de la Asociación, en varias oportunidades, Dr. Jorge A. Giner Molinari, habiendo hecho llegar la Asociación su condolencia a sus familiares.

5. Actualización del padrón:

Durante el período de esta Memoria se continuó trabajando en la actualización del Padrón de Miembros de la Asociación, en el marco de lo establecido en el Capítulo III artículos 20, 32 y 33 del Estatuto, habiéndose contado para ello con el permanente esfuerzo y dedicación de los Sres. Tesorero y Secretario, además de la constante colaboración de los demás Consejeros. Se ha rubricado un nuevo Libro de Registro de Asociados a fin de volcar la composición de la masa de nuestros asociados.

6. Regularización institucional:

La Presidente, Dra María Elsa Uzal, el Secretario Dr. Luis Cruz Pereyra, el Tesorero Dr. Roberto Vicario, han continuado con las gestiones tendiente a la regularización de la AADI, conjuntamente con los Sres. Consejeros Dres. Alejandro Aldo Menicocci y Felipe J. Amormino quienes han sido autorizados por el Consejo Directivo a realizar los trámites y presentaciones necesarios para regularizar la situación registral e impositiva de la Asociación Argentina de Derecho Internacional- AADI ante Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Santa Fe -IGPJ, Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP, y Administración Provincial de Impuestos- API., a efectos de llevar en legal y debida forma los libros sociales obligatorios, los cuales se perdieron en ocasión del incendio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario en el mes de julio de dos mil tres. Ante la denuncia efectuada, la Inspección General de Personas Jurídicas de Santa Fe, autorizó la rúbrica de nuevos libros (Actas, Asistencia, Registro de Socios y Diario), habiendo acordado el

Consejo Directivo de la Asociación que se pasen las actas desde el año dos mil cinco a la fecha, al Libro de Actas correspondiente. También se ha rubricado un nuevo libro de Registro de Asistencia.

7. Cuota social:

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29, inciso f, del Estatuto, en la reunión que tuvo lugar el día cinco de diciembre de dos mil nueve, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el Consejo Directivo procedió a determinar el importe de la cuota social para el año dos mil diez, resolviendo fijar una cuota social diferenciada: 150,00\$ (ciento cincuenta pesos) para los Miembros Titulares y mantener en 120,00\$ (ciento veinte pesos) la cuota social de los Miembros Asociados.

Débito automático:

Con el objeto de facilitar el pago de las cuotas sociales y aminorar las molestias que ello puede ocasionar a los miembros de la Asociación, la Tesorería ha continuado con los trámites necesarios para que quede habilitada la posibilidad de abonar las cuotas mediante débito automático. Vía correo electrónico, y ha puesto todo su empeño en solicitar a los asociados que comuniquen los datos requeridos para el logro de dicho objetivo: número y tipo de cuenta bancaria, entidad bancaria, número de CBU y número de CUIT.

9. Proyecto de Reglamento de Actividades Científicas y Académicas de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Presentado por el Dr. Roberto Vicario. Se está trabajando sobre el tema.

III. ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL**1. Comité de Redacción del Anuario:**

Con motivo de la vacante producida en el Comité de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional por la renuncia indeclinable de la Sra. Directora Dra. Zlata Drnas de Clément, presentada el cinco de octubre de dos mil nueve, el Consejo Directivo, luego de agradecer a la Directora saliente por su destacado y valioso aporte a la Asociación en todos estos años, en reunión celebrada el veinte de marzo de dos mil diez, en Rosario, resolvió designar en su lugar a la Dra. María Susana Najurieta dados sus sobrados antecedentes y merecimientos que la hacen acreedora a tal distinción, por el periodo que resta para completar el mandato, conforme lo establece el artículo 2 del Reglamento del Anuario. Posteriormente, la Dra. Najurieta aceptó su designación.

En la Reunión del Consejo Directivo realizada el día sábado veintinueve

de mayo de dos mil diez, en la reunión efectuada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, Provincia de Santa Fe, el Dr. Luis Ignacio Savid Bas, presentó su renuncia indeclinable como integrante del Comité de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional, fundamentada en razones particulares y consideraciones personales. El Consejo Directivo, en reunión celebrada el catorce de agosto de dos mil diez en Córdoba, aceptó la renuncia del Dr. Savid Bas lamentando su decisión dada la valía de sus aportes.

El Comité se encuentra trabajando activamente para llevar a cabo su cometido y concretar la publicación del próximo número del Anuario -*Volumen XVIII (2009)*- en el año en curso. Se ha dispuesto aumentar el tiraje de impresión y se han tomado decisiones tendientes a mejorar aún más la calidad de la publicación.

2. Propuesta de Reforma de Reglamento del Anuario

El Dr. Roberto Vicario ha presentado un proyecto de Reforma del Reglamento de Anuario y los Sres. Consejeros han decidido tratarlo teniendo en cuenta las propuestas que realice el Comité de Redacción del Anuario, al que se le ha girado el Proyecto en consulta con carácter previo. El Comité de Redacción ha emitido su opinión la que será objeto de próximo tratamiento por el HCD.

IV. ACTIVIDADES ACADÉMICAS Y CIENTÍFICAS

1. CONGRESOS:

a) XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. «ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO».

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día tres de octubre de dos mil diez, en ocasión del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra», realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se aprobó por unanimidad la realización de este Congreso en Salta dedicado a honrar la gesta de Mayo en el Bicentenario, habiendo quedado facultado el Consejo Directivo para fijar la fecha en que se realizará dicho Congreso; se llevará a cabo entre los días 21 y 23 de octubre de 2010 en la sede de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta –Campus Castañares–, Ciudad de SALTA. Se ha trabajado activamente en la organización, la Comisión organizadora es presidida por el Vicepresidente de la AADI, Dr. Gustavo Barbarán. El Congreso ha sido declarado de interés provincial por Salta y por varias universidades nacionales y privadas. Se abordarán los siguientes temas:

SECCIÓN RELACIONES INTERNACIONALES

Directora: Dra. Ada Lattuca

Tema: «De la Unipolaridad a la Multipolaridad: el componente regional»

Relatoras: Dra. Ada Lattuca –Directora de la Sección de Relaciones Internacionales– Miembro Titular–AADI. Universidad Nacional de Rosario.

Magtr: María Cristina Montenegro –Miembro Titular de la AADI– Universidad Nacional de Córdoba.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Director: Dr. Alejandro Menicocci

Tema: «Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias en la seguridad social»

Relatores: Dr. Eduardo Leopoldo Fermé –Profesor de Derecho Internacional Privado– UBA. Miembro Titular de la AADI.

Dra. Lilia Mabel Maffei de Borghi. –Profesora de Derecho de la Seguridad Social–. Universidad de Buenos Aires. UBA.

Dr. Oscar Gonzalez Pereira. –Profesor de Derecho Internacional Privado. Universidad de Buenos Aires–UBA. Integrante del Consejo Directivo de la AADI.

Dr. César Gustavo Ferrante. –Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina– UCA.

Conferencia: «Desafíos del método conflictual en el siglo XXI», a cargo del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani.

SECCIÓN DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Directora: Dra. Laura A. Aguzin

Tema: «Las controversias limítrofes pendientes en América del Sur»

(El tema ha sido propuesto en razón que existen varias controversias limítrofes marítimas (por ejemplo las existentes entre Chile y Perú o entre Colombia y Venezuela) y terrestres, particularmente en los ríos, pendientes de solución, dejando los conflictos de soberanía para posteriores desarrollos dada la extensión de la temática).

Relatores: Dr. Claudio Rubén Díaz – Dra Selva Degiorgio

Dr. Claudio Rubén Díaz –Profesor Adjunto por concurso en la Cátedra de Derecho Internacional Público–. Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Nacional del Litoral.

Dra Selva Degiorgio. –Profesora Adjunta Ordinaria en la Cátedra de Derecho Internacional Público (a cargo de cátedra)–. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL).

SECCIÓN DERECHO DE LA INTEGRACIÓN

Directora: Dra. Mariela Calderón

Tema: «La Integración, el Mercosur y Unasur: Vistos desde el bien común»

Relator: Dr. José María Sabat –Miembro Titular de la AADI. Integrante del Comité de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional–. Universidad de Buenos Aires.

SECCIÓN DERECHOS HUMANOS

Director: Dr. Víctor A. Bazán

Tema: «Migraciones y derechos humanos.»

Relatora: Dra. Teresita Saracho Cornet. –Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba–. Vocal de la Cámara Única del Trabajo de Córdoba

Actividad de la Sección: Presentación del libro *La judicialización de los derechos humanos*, dirigido por el Dr. Bazán, publicado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009, 328 páginas.

La presentación del libro estaría a cargo de la Prof. Susana Sartori, Miembro de AADI y Secretaria de la Sección de Derechos Humanos.

SECCIÓN DOCUMENTACIÓN, METODOLOGÍA Y ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Director: Jorge O. Paladino

Tema: «El Philips 66 como método de discusión temático en grupos numerosos».

Relatores: Dres.: Jorge Paladino –Profesor de Derecho Internacional Privado– Universidad Nacional de La Matanza. Director de la Sección Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional de la AADI; *Gabriel Fabio Dias*, –Profesor de Derecho Internacional Privado– Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Miembro Titular de la AADI.

b)XXIII Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional 2011.

En la Asamblea Plenaria llevada a cabo el día tres de octubre de dos mil diez, en ocasión del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra», realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, se aprobó por unanimidad la propuesta formal presentada por la Dra. Paula All en nombre y representación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, para ser sede del XXIII Congreso de

Derecho Internacional –propuesta que fue ratificada por la Dra. Laura Aguzin, por ausencia de la Dra. All y posteriormente por el Sr. Decano de esa Facultad de Derecho quien ratificó a la Presidente de la AADI y a la Dra Pallarés titular de la Cátedra de DIPr. de Santa Fe, ese apoyo–. El H. Consejo Directivo ha quedado autorizado para fijar la fecha en que se realizará dicho Congreso, se está trabajando al respecto, como así también sobre las propuestas de temas objetos de relatos y designación de relatores a los fines de ser comunicado en el plazo previsto por la normativa vigente, a la Comisión Organizadora.

2. Actividades de las diversas Secciones

Durante el período de esta Memoria se han llevado a cabo, organizadas o coorganizadas por las distintas Secciones de la Asociación, las siguientes actividades académicas y científicas:

1. Acto de Apertura de las Actividades de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Conferencia: Los Desafíos Globales de la República Argentina. Disertante Embajador Dr. Juan Archibaldo Lanús. 19 de marzo de 2010, 18 hs, Facultad de Derecho de la UNR. Organizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI–, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Pontificia, Universidad Católica Argentina, Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de Rosario y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

2. Coorganización: Jornada sobre Fondos Ambientales, llevada a cabo el veinticuatro de abril de dos mil diez, en el Consejo Directivo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, coorganizada por la Asociación Argentina de Derecho Internacional – Sección de Derecho Internacional Público, el Instituto de Derecho Internacional, Módulo Jean Monnet y Maestría en Derecho Ambiental y Urbanístico de la UNL-Limoges (Francia). Las disertaciones estuvieron a cargo de los Dres. Alberto Moreyra y Adriana Castelanelli, ambos de la Universidad Nacional de Mar del Plata y miembros de la AADI. Las mencionadas disertaciones versaron sobre: 1. El principio de cooperación y su aplicación en materia de medioambiente. 2. Evolución en la protección internacional del medioambiente. 3. los principios medioambientales. 4. Aplicación jurisprudencial internacional. 5. El reciente fallo de las Pasteras. 6. Los fondos ambientales con especial referencia a la Unión Europea. La actividad fue gratuita Los costos de certificados, CD, break y cena fueron asumidos por el Módulo Jean Monnet. Se destacan la masiva concurrencia y recepción de la actividad en el ámbito académico y la rica experiencia que supone el intercambio de los docentes de las distintas unidades académicas del país.

3. Coorganización: Jornada sobre Panorama actual de la relación Argentina-Chile, realizada el día jueves 27 de Mayo de 2010 Coorganizada

por la Universidad Nacional del Litoral. Proyecto de investigación de interés social (Cai+d orientado a la cuestión social) «Violencia en Santa Fe. Análisis e implementación de las Estrategias para el abordaje de las disputas intra-barriales mediante los Medios Pacíficos de Regulación de conflictos»; Cátedras de Derecho Internacional Público e Instituto de Derecho Internacional de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL; AADI – Sección de Derecho Internacional Público, con participación de la Sección Derecho de la Integración. El temario versó sobre: 1. *Introducción: Marco teórico general: Universalismo y regionalismo.* 2. *Conceptos preliminares sobre Estado y territorio.* 3. *Las bases jurídicas de la delimitación territorial en América Latina.* 4. *La política argentina en la delimitación territorial; límites argentino-chilenos.* 5. *Tratados entre Argentina y Chile sobre delimitación territorial; medios previstos de solución de conflictos.* 6. *La cuestión del Canal Beagle y los diversos medios de solución utilizados. Los Tratados conclusivos y sus previsiones para el caso de eventuales futuras controversias.* 7. *La cuestión Antártica y de las Islas Malvinas.* Los disertantes, Savid Bas, Luis Ignacio, Pagliari, Arturo y Benítez, Oscar (Universidad Nacional de Córdoba y miembros de la AADI). Asimismo el Dr. Savid Bas presentó la Cátedra Argentino Chilena Juan Pablo II atento que la Facultad de Santa Fe se encuentra en proceso de adhesión a la misma.

4. Coorganización «*Jornada sobre Política Exterior Argentina: En el Bicentenario de la Revolución de Mayo. Los Intereses argentinos en el Atlántico Sur*», realizada el día trece de agosto de dos mil diez, en el Salón Vélez Sársfield de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. La Jornada fue coorganizada con la Secretaría de Postgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC en el marco de la Diplomatura en Diplomacia Contemporánea cuya directora es la Dra. Graciela Salas. En dicha Jornada disertarán los Sres. Miembros de la AADI, Dres. Armando Abruza, Ariel Mansi y Lic. Guillermo Rossi.

5. *Jornada Preparatoria del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. «ARGENTINA Y SU PROYECCIÓN LATINOAMERICANA en el BICENTENARIO de la REVOLUCIÓN de MAYO»* a realizarse en Salta en octubre de 2010, sobre el tema general de la Sección Derecho Internacional Privado «Jurisdicción y ley aplicable en materia de relaciones laborales transfronterizas y sus implicancias en la seguridad social», se profundizará en «*Las relaciones de trabajo en su perspectiva internacional y con especial referencia al Mercosur*». Esa jornada tendrá lugar el 27.08.09, de 17 a 21 hs., en la Facultad de Derecho de la UBA (Salón Verde) Disertarán los Profs. Dra Mariela Rabino profesora de DIPr. De la UBA quien abordará el tema del derecho laboral en el DIPr. y Jorge Bermúdez ex- Camarista del fuero laboral y un profesor muy especializado en Derecho Laboral quien abordará ese tema y la seguridad social, desde el punto de vista convencional, especialmente, en el ámbito del Mercosur.

6. *Jornada sobre Enseñanza del Derecho Internacional*, Propuesta presentada por la Dra. Graciela Rosa Salas aprobada en la reunión de Consejo Directivo el día cinco de diciembre de dos mil nueve, relativa a la realización de una Jornada sobre Enseñanza del Derecho Internacional, a llevarse a cabo en la ciudad de Salta, el día veinte de octubre de dos mil diez, previo a la iniciación del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional.

El H.C.D. de la AADI hace su deber felicitar a los organizadores, expositores y colaboradores de cada una de estas actividades en las se destacan el nivel académico y la cuidada y esmerada preocupación por todos los detalles necesarios para el desarrollo de las distintas actividades.

V. AUSPICIOS

De acuerdo con lo establecido por el Reglamento para la Participación de la Asociación Argentina de Derecho Internacional en Actividades Científicas y Académicas de su Especialidad (aprobado en sesión del Consejo Directivo del 5 de noviembre de 1994 celebrada en Córdoba), se otorgó el auspicio de la Asociación a las siguientes actividades:

1. Jornada «*Regiones, Provincias y Municipios en la Integración Regional. Reflexiones a la luz del Bicentenario*», la que se llevó a cabo en las sedes del Colegio de Abogados de Mendoza y de la Facultad de Derecho de la UNCuyo, el día 5 de mayo de 2010, la que contó con la participación de destacados profesores en la materia de Derecho de la Integración, Derecho Constitucional y Derecho Internacional tanto Público como Privado. La apertura estuvo a cargo del Dr Ismael Farranto, Decano de dicha Casa de Estudios y la conferencia inaugural la dictó la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci.

2. XIII JORNADAS de ECSA –Argentina– Asociación de Estudios sobre la Comunidad Europea en Argentina y cuyo tema convocante fue «*El tratado de Lisboa*», las que se llevaron a cabo en la Fundación Josefina Prats de la ciudad de Rosario, los días 7 y 8 de mayo de 2010.

3. Jornada sobre «*Ejecución de Medidas Cautelares en Foros Internacionales*», Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 28 de mayo de 2010. Organizada por el Instituto de Derecho Internacional, Módulo Jean Monnet y la Secretaría de Postgrado de la FCJS/UNL. Directora: Dra Beatriz Pollarés. Disertantes Dres. Javier Toniolo, María Blanca Noodt Taquela, Paula María All y Mariana Herz.

4. *PRIMERAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO INTERPERSONAL PRIVADO, COMO PROYECCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO*, a realizarse los días 24 y 25 de septiembre de 2010 en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, en conmemoración del Centésimo Aniversario del nacimiento de su ex Director Honorario, Profesor Dr. Werner Goldschmidt (9-2-1910/24-7-1987) y el Cuadragésimo Aniversario de la Primera Edición de su obra *Derecho Internacional Privado* destacando la presencia del Dr. Miguel Angel Ciuro Caldani en la organización.

VI. OTRAS ACTIVIDADES

1. Sitio web de la Asociación.

Gracias a la labor desarrollada por el Dr. Jorge Stähli, en los aspectos instrumentales y técnicos, el sitio web de la Asociación www.aadi.org.ar continúa brindando información útil y actualizada en sus diversos campos: Autoridades, Miembros, Actualización de datos, Estatuto, Doctrina, Actividades y Novedades.

2. Mobiliario para la sede de la AADI.

Se ha efectuado la compra oportunamente decidida de 19 (diecinueve) sillas y una mesa de reunión para la sede de la Asociación de 5,20 mts. por 1,40 mts, la cual consta de dos partes que se pueden articular. Se ha solicitado presupuesto por una Biblioteca y mueble de madera o metálico.

3. Biblioteca de la AADI.

Se continúa tratando el tema, a los fines de lograr una solución adecuada al tema de la Biblioteca de la AADI. Considerando que en la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la UNR se encuentran los libros de la AADI, algunos Consejeros proponen que dentro de la Biblioteca General podría habilitarse un sector para la Biblioteca de la AADI, atendido por los mismos bibliotecarios y otros consideran que es necesario un lugar diferenciado para los libros de la AADI. Se realizarán gestiones ante las autoridades de la UNR.

4. Donación.

La familia del Dr. Jorge Giner Molinari ha donado a la Biblioteca de la Asociación diversos ejemplares del Anuario Argentino de Derecho Internacional y otras obras, que han sido aceptados con el agradecimiento y el recuerdo siempre presente del querido amigo y consocio.

VII. PREMIO AADI 2010

La propuesta de abrir la convocatoria para postulantes al Premio AAADI 2010 fue presentada por la Dra. Graciela Rosa Salas en la Asamblea Ordinaria llevada a cabo en la Ciudad de Córdoba en ocasión del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, fue aceptada y se decidió pasar el tema al Consejo Directivo para su instrumentación. El premio ha sido dedicado a la memoria de los padres de la Dra. Salas e instituido para la Sección de Derecho de la Integración y dotado de \$3.000 (pesos tres mil), los que se depositarán en la cuenta de la Asociación Argentina de Derecho Internacional del Banco de la Nación Argentina, con imputación a dicho premio. En caso de que el premio sea declarado desierto, dicha suma se imputará al Premio AADI, convocado para el año 2011 para la Sección Derecho Internacional Público. En la reunión de CD del cinco de diciembre de dos mil nueve se aprobó el Tribunal propuesto por la Dra.

Salas, integrado por los Señores Miembros Titulares de la AADI, Luis I. Savid Bas, Marta Tejerizo y Eduardo Monsanto, y se acordó, además, nombrar dos jurados para sumar a los tres designados por la Dra. Salas, resultando elegidos los Dres. Adriana Dreyzin y Horacio Piombo, quienes aceptaron tal designación.

El tema propuesto para esta convocatoria es: *«El rol de los tribunales nacionales en los procesos de integración regional»*. La fecha de vencimiento de presentación de los trabajos es el 17 de setiembre de 2010, los que deberán ser enviados vía correo postal a nombre de la Secretaría de la Sección de Derecho de la Integración de la AADI: Dra Mariela Calderón. Calle Moreno 3288 (CP 7600), Mar del Plata.

VIII. PUBLICACIONES

1. Anuario Argentino de Derecho Internacional. Durante el período de esta Memoria se editó el Volumen XVII (2008) del *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, cuya tarea ha estado a cargo del Sr. Secretario de Redacción. Dicho volumen contiene los relatos del XX Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Calixto Armas Barea - Dr. Roberto Bartolomeo Carlomagno». Cuarenta años de la A.A.D.I.: Balance y Perspectivas. Asamblea General Ordinaria de la Asociación - Año 2008, que tuvo lugar en Rosario los días 14 y 15 de noviembre de 2008, más otras contribuciones de miembros de la Asociación. El mismo se terminó de imprimir en el mes de mayo de 2010, en Lerner Editora SRL, Duarte Quirós N° 545, CP 5000, Córdoba.

El Volumen XVIII (2009) del *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, elaborado con la activa participación del Comité y bajo la dirección de la Dra. María Susana Najurieta, que actualmente se encuentra en prensa, presentará los relatos y Conclusiones del XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 1, 2 y 3 de octubre de 2010, más otras contribuciones de miembros de la Asociación. El mismo se editará a través de Lerner Editora SRL, Duarte Quirós N° 545, CP 5000, Córdoba. La edición será de 700 (setecientos) ejemplares.

2. En el marco del XXII Congreso Argentino de Derecho Internacional. «Argentina y su Proyección Latinoamericana en el Bicentenario de la Revolución De Mayo», como actividad de la Sección Derechos Humanos. dirigida por el Dr. Víctor A. Bazán se efectuará la presentación del libro *La judicialización de los derechos humanos*, dirigido por el Dr. Bazán, cuya iniciativa debe destacarse especialmente, que ha sido publicado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional y Ediciones Legales, Lima, Perú, 2009 en 328 páginas, prologado por el ex-presidente de AADI Dr. Armando Abruzza. La presentación del libro estará a cargo de la Prof.

Susana Sartori, Miembro de AADI y Secretaria de la Sección de Derechos Humanos.

3. El Dr. Víctor Bazán, Director de la Sección de Derechos Humanos solicitó autorización para llevar adelante un proyecto de la Sección de Derechos Humanos en orden a publicar un libro que reúna los trabajos de la Sección (relatos y ponencias) del *XXI Congreso Argentino de Derecho Internacional «Dr. Enrique Ferrer Vieyra»*, desarrollado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, los días 1, 2 y 3 de octubre de 2009. Se trata de un volumen temático referido a las *Reparaciones en materia de derechos humanos*. Tarea similar a la que realizara con los trabajos del Congreso de AADI en Mar del Plata (2007), que diera vida al libro *La judicialización de los derechos humanos* que se presentará en el próximo Congreso de AADI en Salta. La actividad fue aprobada por unanimidad por el HCD.

He aquí la síntesis apretada de lo obrado por la Asociación Argentina de Derecho Internacional –AADI– en el ejercicio 2009-2010.

Salta, 23 de octubre de 2010

Dr. Luis Cruz PEREYRA

Secretario

Dra. María Elsa UZAL

Presidente

**TEXTO ACTUAL DEL REGLAMENTO DEL
ANUARIO DE DERECHO INTERNACIONAL DE LA ASOCIACIÓN
ARGENTINA DE DERECHO INTERNACIONAL¹**

ARTÍCULO 1. *Finalidad.* La Asociación Argentina de Derecho Internacional dispone de una publicación periódica que se edita con el nombre de «Anuario Argentino de Derecho Internacional», que tiene por principal finalidad hacer conocer la actividad científica de la Institución y de sus Miembros.

ARTÍCULO 2. *Contenido.* El Anuario Argentino de Derecho Internacional es el órgano de difusión de las actividades de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. En tal carácter debe incluir en su contenido:

- a)** Las Resoluciones de las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias;
- b)** Las Conclusiones de los Congresos y Jornadas incluidos los Relatos y los títulos de las ponencias admitidas y de sus autores;
- c)** Las Resoluciones del Consejo Directivo de la Asociación que éste determine. Puede incluir:
 - a) Trabajos de otras Actividades Científicas organizadas por la Asociación y sus Secciones;
 - b) Doctrina de relevancia de Miembros de la Asociación y de otros autores;
 - c) Recensiones de publicaciones de relevancia de Miembros de la Asociación y de otros autores;
 - d) Una Sección de Legislación destinada a informar sobre instrumentos internacionales de interés académico;
 - e) Una Sección de Jurisprudencia con el enunciado y la referencia de fallos relevantes. Las publicaciones de Resoluciones y Conclusiones se deben efectuar en el Anuario inmediato posterior a su adopción que sea editado. El Consejo Directivo de la Asociación puede indicar otros textos que deban ser incluidos en el Anuario.

¹ Aprobado por el Consejo Directivo en la reunión celebrada en el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Prov. de Buenos Aires, el 02 de abril de 2011.

ARTÍCULO 3. *Ejemplares.* De cada publicación se entregará un ejemplar a cada uno de los Miembros Titulares y Asociados de la Asociación con sus obligaciones estatutarias al día. Además se entregarán cinco ejemplares a cada uno de los autores cuyos Relatos o Artículos se hayan publicado en el número correspondiente. Se enviará un ejemplar a cada una de las Universidades e Instituciones que el Consejo Directivo de la Asociación determine en cada caso. Se conservarán cinco ejemplares para la Biblioteca de la Asociación. Los restantes ejemplares serán destinados a la venta al público.

ARTÍCULO 4. *Dirección.* El Anuario Argentino de Derecho Internacional será dirigido por un Consejo de Redacción compuesto por un Director, diez Consejeros y un Secretario que serán elegidos por el Consejo Directivo de la Asociación y que duraran cuatro años en sus funciones renovándose por mitades cada dos años, pudiendo ser reelegidos. En caso de renuncia o impedimento de alguno de sus miembros, el Consejo Directivo de la Asociación designará el reemplazante por el período que reste para completar el mandato.

ARTÍCULO 5. *Facultades.* El Consejo de Redacción tendrá las siguientes facultades:

- a) Seleccionar los trabajos que se publicarán en el Anuario;
- b) Elaborar el contenido de cada volumen del Anuario;
- c) Gestionar ayuda financiera de instituciones oficiales, de otras entidades y de particulares, para solventar los gastos de publicación del Anuario;
- d) Determinar la forma y medios de distribución del Anuario;
- e) Adoptar toda otra resolución que conduzca a cumplir con los objetivos del Anuario.

ARTÍCULO 6. *Quórum.* El *quórum* será formado por la mitad más uno de sus Miembros. Cuando la urgencia o importancia del asunto lo requiera, los Miembros serán consultados por escrito por el Secretario, si no fuera posible reunir al Consejo. Cuando la consulta tampoco fuera posible el Director y el Secretario podrán decidir *ad referéndum* del Consejo de Redacción.

ARTÍCULO 7. *Decisiones.* El Consejo de Redacción adoptará sus decisiones por mayoría simple de votos de sus Miembros presentes. Cualquier situación no prevista en el presente Reglamento podrá ser resuelta por el Consejo de Redacción *ad referéndum* del Consejo Directivo de la Asociación.

ARTÍCULO 8. *Informes.* El Director presentará periódicamente al Consejo Directivo de la Asociación un informe en el que consignará una reseña de las resoluciones adoptadas por el Consejo de Redacción y toda otra información relacionada con la administración del Anuario.

ANEXO
NORMAS EDITORIALES DEL
ANUARIO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL²

1. Características del Anuario

El Anuario es una publicación científica, periódica (anual), cuyo propósito es presentar a la comunidad académica jurídica nacional e internacional los resultados de las investigaciones y estudios doctrinarios de sus miembros y colaboradores, con el propósito de estimular el diálogo interdisciplinario, sin privilegiar perspectivas, sin poseer orientación particular. Sólo admite trabajos inéditos, no propuestos simultáneamente a otras publicaciones periódicas. El Anuario no se hace responsable por los contenidos de los artículos publicados (o recensiones), ni por las opiniones emitidas por los autores.

2. Extensión de los originales

Los originales de los artículos, en principio, no deberán sobrepasar la cantidad de 25 páginas tamaño A4, letra Times New Roman N° 12, escritas a simple espacio. En esta extensión quedan comprendidas notas y referencias. Se admite un solo artículo por autor.

3. Lineamientos del manuscrito

El manuscrito deberá seguir los siguientes lineamientos:

3.1. Forma del escrito:

El escrito debe estar impreso en hojas blancas, en papel tamaño A4, escrito de un solo lado y sin enmiendas, en 2 copias y en soporte digital, letra Times New Roman, tamaño 12, a un solo espacio. El soporte deberá indicar claramente el nombre del autor y el nombre del archivo. La Dirección del Anuario trabaja con Word para Windows. La Portada deberá contener: a) Título en español e inglés; b) Nombre del Autor o Autores acompañándose al pie con asterisco las referencias (en no más de cinco renglones) relativas a la máxima titulación, función laboral y lugar donde trabaja, correo

² Anexo aprobado por el Consejo Directivo en la reunión celebrada en el Colegio de Abogados de Lomas de Zamora, Prov. de Buenos Aires, el 02 de abril de 2011.

electrónico y toda otra referencia que considere útil siempre que respete la extensión señalada; c) Resumen en español e inglés con un máximo de 100 palabras; d) Palabras-clave (key words) en número no mayor a cinco expresiones;

3.2. Abreviaturas y otros signos

Todas las abreviaturas que se empleen deben ser explicadas la primera vez que se las utilice. Los símbolos estadísticos o algebraicos utilizados se colocan en itálica, salvo que se empleen letras griegas.

3.3. Tablas y figuras

Todas las abreviaturas empleadas en tablas y figuras estarán explicadas al pie de la tabla. Todas las tablas y figuras serán mencionadas en el texto y numeradas en el orden en que sean mencionadas. Cada tabla y figura llevará una indicación de la fuente de los datos.

3.4. Notas

Cuando se pongan, las notas de pie de página deben indicar el apellido y nombre del autor con versalita; el título del trabajo en bastardilla sin comillas, si se trata de título de libro; el título del trabajo entre comillas si éste corresponde a una publicación periódica u obra conjunta. Cuando se trate de publicación periódica se indicará en bastardilla el nombre de la publicación, completándose los datos de volumen, número, año de edición, página / páginas de referencia. Cuando se trate de obra conjunta, se indicará con letras versalita el nombre del responsable de la obra y en bastardilla el título de la obra conjunta. El resto de datos será del mismo tenor que el de una publicación periódica. Toda aclaración respecto al trabajo (colaboradores, agradecimientos, etc.) debe ponerse en una nota al pie, señalada con un asterisco y no con un número.

4. Material a presentar con el libro

Deberá entregarse el material completo vía correo electrónico o por correo postal a nombre de la Asociación, a la dirección que se indique.

4.1. Nota dirigida a la Dirección del Anuario Argentino de Derecho Internacional, solicitando la publicación del trabajo, acompañada de declaración jurada en la que el autor haga presente que ha respetado las normas vigentes en materia de propiedad intelectual y se hace responsable de cualquier violación a las mismas, al igual que de las opiniones vertidas en el mismo.

4.2. Breve curriculum vitae

5. Corrección de pruebas

El Anuario, cuando resulte temporalmente factible, y sea necesario, dará a los autores la corrección de las pruebas de sus artículos. Las

correcciones han de ser devueltas dentro de un plazo de diez días hábiles a partir de su recepción.

Deberá entregarse el material completo vía correo electrónico a: Dra. MARÍA SUSANA NAJURIETA, msnajurieta@sinectis.com.ar; y a LUIS CRUZ PEREYRA lcp@uolsinectis.com.ar, o por correo postal a nombre de la Asociación, a cualquiera de las dos direcciones postales:

- Dra. MARÍA SUSANA NAJURIETA
Avda. Scalabrini Ortiz 2624, 3º, «B».
(CP 1425) Buenos Aires - Argentina.

- Dr. LUIS CRUZ PEREYRA
Avda Pueyrredón, N° 172, Piso 12, «C»
(CP 5.000) Córdoba - Argentina.

Se terminó de imprimir en setiembre de 2011 en
LERNER EDITORA SRL
Duarte Quirós 545, Ls. 2 y 3, CP. 5000,
Córdoba, República Argentina

Anuario AADI XIX 2010