

Informe *Integrar*

Instituto de Integración Latinoamericana
Universidad Nacional de La Plata (IIL–UNLP)
Calle 10 N° 1074 - (1900) La Plata - República Argentina
Tel/Fax: 54-0221-421-3202
E–mail integra@netverk.com.ar
www.iil.org.ar

N° 34 – Diciembre de 2005

Sumario

- ¿Cómo se desatará el nudo agrícola del ALCA?
- El transporte marítimo regional y su protección jurídica en la relación MERCOSUR-ALCA
- Derecho de Castilla vs. Derecho Indiano. Integración del área al ALCA: ¿último paso de la transculturación latinoamericana?
- Direcciones electrónicas útiles

- ¿Cómo se desatará el nudo agrícola del ALCA? La experiencia de otros acuerdos regionales*

Ariel R. Ibañez

Abogado

I. Introducción

El sistema jurídico que regula el comercio internacional de productos agrícolas se ha venido desarrollando en dos niveles, que presentan un alto grado de interacción. Por un lado, el ámbito multilateral –encarnado por los Acuerdos de la OMC– y, por otro, el más circunscripto ámbito regional.

En el ámbito multilateral, como resultado de la Ronda Uruguay, las partes acordaron iniciar un proceso para “...establecer un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado...como resultado de las cuales se corrijan y prevengan las restricciones y distorsiones en los mercados agropecuarios mundiales”.¹

En este marco, se podría suponer que los acuerdos comerciales regionales que prosiguieran a la conclusión del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC (AsA) se constituirían en un factor coadyuvante hacia la concreción de ese objetivo final. Sin embargo, la sensibilidad de la cuestión agrícola determinó que los resultados fueran muy limitados. Esto es sustentado también por la laxitud y ambigüedad de los

* Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales de Integración “MERCOSUR-ALCA: interrogantes en el relacionamiento continental”, Comisión Problemáticas Económicas en la Relación MERCOSUR-ALCA, La Plata, 8-10 de junio de 2005. Estas Jornadas fueron organizadas por el IIL, Indiana University y el Colegio de Abogados de La Plata.

¹ Preámbulo del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC.

requisitos legales exigidos por el GATT para que un acuerdo comercial sea compatible con sus derechos y obligaciones.

La cuestión agrícola en la negociación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) no es la excepción, y se ha transformado paulatinamente en un nudo gordiano de la negociación. En su evolución, esta cuestión contribuyó, en gran medida, a desdibujar la ambición del proyecto inicial tendiente a la constitución de una zona de libre comercio hemisférica de amplio alcance.

La heterogeneidad de las políticas agrícolas aplicadas por los países que conformarían esta zona de libre comercio se presenta como un obstáculo hasta ahora insalvable en la negociación. Los países productores y exportadores de bienes agrícolas que no subvencionan su producción encuentran severas limitaciones para establecer las bases para un comercio justo y equitativo en el ámbito hemisférico. Esto es, por un lado, mejorar las condiciones de acceso de sus productos agrícolas a los mercados hemisféricos y, por el otro, preservar las condiciones de acceso en sus actuales mercados regionales. Por el contrario, aquellos países que sí subvencionan su agricultura no se muestran predispuestos a realizar concesiones sustanciales en esta esfera.

Esta diversidad de intereses no es novedosa, por el contrario, claramente se puede deducir de los resultados de los acuerdos concertados por las partes involucradas con antelación a esta negociación, especialmente en los que participan los países desarrollados de la región. Los acuerdos comerciales regionales (ACR) de los que participan las mismas partes que se encuentran negociando el ALCA sirven de referencia ineludible para pensar qué resultados se podrían alcanzar en la negociación hemisférica e identificar y evaluar los distintos enfoques de disciplinamiento de la materia agrícola.

Especialmente tomaremos en cuenta aquellos acordados con posterioridad a la conclusión de la Ronda Uruguay del GATT, que dio origen a la OMC y a la primera regulación sistemática del comercio agrícola. Este nuevo ordenamiento se erigió como un hito fundamental para el comercio agrícola, al establecer un nuevo “piso” en la coordinación de las políticas agrícolas a nivel mundial y, por lo tanto, una nueva base para los compromisos a asumir regionalmente.

Como ejemplo de armonización, podemos verificar que con posterioridad a la conclusión del Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC, los acuerdos regionales firmados por países latinoamericanos coinciden en la definición de “productos agrícolas”, emulando el ámbito de aplicación de la regulación multilateral. Sin embargo, podemos observar que fueron bastante limitados a la hora de mejorar las disciplinas que condicionan el comercio agrícola en su ámbito de aplicación.

La gran mayoría de los acuerdos realizados no incorporan a los productos agrícolas a las regulaciones generales sobre el comercio de bienes. Es decir, se mantiene el carácter discriminatorio de la normativa agrícola.

Si tomamos en cuenta los tres clásicos “pilares” de la regulación agrícola, esto es acceso a mercados, competencia de las exportaciones y medidas de ayuda interna, tenemos que únicamente respecto del primero existen mejoras para el comercio regional, respecto de los compromisos multilaterales. Aun en dicho pilar se mantiene una serie de instrumentos que permiten la obstaculización del comercio de bienes agrícolas como las salvaguardias especiales para productos agrícolas (diferentes de las multilaterales), bajo distintos fundamentos.

En el presente trabajo haremos hincapié en la regulación de dos “pilares” agrícolas: el de competencia de las exportaciones y el de la ayuda interna. El ordenamiento de ambos constituye uno de los “nudos” más arduos de desatar en la negociación del ALCA: el de los subsidios agrícolas. Analizaremos 19 ACR firmados entre países del hemisferio con posterioridad a la conclusión de la Ronda Uruguay. A partir de ellos, trataremos de identificar sus enfoques para regular una de las cuestiones más

conflictivas del acuerdo hemisférico, tratando de rescatar opciones válidas de estas experiencias previas.

II. Contexto: situación del capítulo agrícola en el ALCA

La Cumbre de las Américas de Miami, en 1994, delineó un ambicioso plan de acción para la conformación de un área de libre comercio a escala continental. El posible acuerdo reuniría países de diferente nivel de desarrollo y variadas estructuras productivas. Recién en 1998 se lanzaron las negociaciones, en la II Cumbre de las Américas en Santiago de Chile y en el 2002, en la III Cumbre de Québec, se enfatizó en concluir las negociaciones para enero de 2005.

En este punto, se acordaron los métodos y las modalidades que se deberían seguir para la negociación de esta zona de libre comercio, y se estableció el Grupo de Negociación sobre Acceso a Mercados –de bienes– y Agricultura (GNAG). Según el documento aprobado:²

El GNAG continuará trabajando para cumplir con los mandatos de la declaración Ministerial de Buenos Aires sobre el alcance y la metodología para la eliminación de los subsidios a las exportaciones que afectan el comercio de productos agrícolas en el hemisferio y sobre los tipos de medidas y la metodología para el desarrollo de las disciplinas a adoptar para el tratamiento de todas las prácticas que distorsionan el comercio de productos agrícolas, incluyendo aquellas que tienen efecto equivalente al de los subsidios a las exportaciones agrícolas (subrayado nuestro).

En febrero de 2003, se presentaron las ofertas en materia de acceso a mercados por parte de los países que conformarían el ALCA. Según las mismas, la gran mayoría de los productos agrícolas resultaron excluidos de la negociación o se proponía desgravarlos en un plazo de 15 años. Asimismo, Estados Unidos no ofreció ningún mecanismo que compensara los efectos de la aplicación de subsidios a la producción, a la exportación y mecanismos equivalentes.

Sin embargo, una visión alentadora se vivió en Puebla, México, en ocasión de la XIII reunión del Comité de Negociaciones Comerciales en abril de 2003. En este encuentro, y por primera vez, Estados Unidos y Canadá aceptaron discutir dentro del ALCA las subvenciones a la exportación, los créditos a la exportación, las medidas de ayuda interna y las subvenciones a la producción, sin prejuzgar los resultados de la negociación.

En sentido contrario, la siguiente reunión “mini-ministerial” de Maryland representó un paso atrás en tanto no se avanzó en la opción de negociar los efectos de los subsidios a la producción en el ámbito regional. Por el contrario, se acordó dejarlo relegado a la OMC, aunque con la opción de negociar algún mecanismo bilateral de compensación. Asimismo, ante el evidente empantanamiento de la negociación, se comenzó a pensar en un enfoque “más pragmático” para avanzar en las negociaciones. Estados Unidos propuso, en la XV reunión del Comité de Negociaciones Comerciales, la eliminación de los aranceles para todos los productos industriales, pero únicamente para lo “sustancial del comercio” en el caso de los productos agrícolas.

La siguiente reunión del Comité de Negociaciones Comerciales, realizada en Trinidad y Tobago entre el 29 de septiembre y el 4 de octubre de 2003, significó el enfrentamiento entre las delegaciones brasileña y estadounidense por los “temas sensibles” del ALCA. La primera mantuvo su negativa de negociar la liberalización del comercio de servicios, abrir el mercado de las compras gubernamentales y someterse a mayores disciplinas sobre protección de las inversiones en tanto Estados Unidos mantuviera su negativa de incluir integralmente disciplinas para las subvenciones al agro. Estados Unidos, por su parte, insistió que el avance en materia de subvenciones a la producción (al igual que las normas sobre antidumping) únicamente se

² FTAA.TNC/20/Rev.1 del 18 de octubre de 2002.

negociarían en el ámbito multilateral de la OMC. Respecto de los subsidios a la exportación, se interpreta que la eliminación de los mismos (ya acordada en Puebla) contempla únicamente los subsidios directos a la exportación y excluye las medidas con efectos equivalentes como los créditos y las garantías de créditos a la exportación.

En la Reunión Ministerial de Miami, en noviembre del 2003, el cambio de concepción, se manifiesta en la Declaración Ministerial del ALCA donde se establece que:

Tomando en cuenta y reconociendo los mandatos existentes, los Ministros reconocen que los países pueden asumir diferentes niveles de compromisos. Procuraremos desarrollar un conjunto común y equilibrado de derechos y obligaciones que sean aplicables a todos los países. Además, las negociaciones deberían permitir que los países que así lo decidan, dentro del ALCA, puedan acordar beneficios y obligaciones adicionales. Una posible línea de acción podría ser que estos países lleven a cabo negociaciones plurilaterales dentro del ALCA para definir las obligaciones en cada área respectiva (subrayado nuestro).

En materia agrícola, Estados Unidos se mostró dispuesto a negociar “mecanismos para neutralizar los efectos distorsivos” en materia de subsidios a la producción (caja ámbar) y subsidios a la exportación extrazona.

En febrero de 2004 se intentó delinear esta nueva configuración del ALCA, con vistas a establecer el contenido del “conjunto común”. Aquí la cuestión agrícola estuvo en el centro de la escena. Por un lado, Estados Unidos se mostró dispuesto únicamente a eliminar los subsidios directos a la exportación para los destinos hemisféricos. El MERCOSUR, por el contrario, demandó la eliminación de los subsidios a la exportación y las medidas equivalentes a estos (créditos a la exportación, garantías de créditos, ayuda alimentaria) y el establecimiento de mecanismos de compensación para los efectos nocivos de las subvenciones a la producción. Sin embargo, no existieron mecanismos de compensación satisfactorios para todas las partes de la negociación.

Con posterioridad, las reuniones a diferentes niveles fracasaron en establecer el “conjunto común”. En mayo de 2004 representantes de Estados Unidos, Brasil y Argentina se reunieron en Washington para intentar destrabar las negociaciones. Estados Unidos habría accedido, en principio, a eliminar los subsidios directos intrazona a condición de que no ingresaran productos subvencionados desde terceros países. Asimismo, se habría comprometido a otorgar condiciones de acceso más favorable para aquellos productos que fueran objeto de subvenciones a la producción. Sin embargo, no se incluyó el tratamiento de las medidas equivalentes a los subsidios a la exportación, que son de amplio uso por parte de Estados Unidos, ni quedó claro cómo se compensará el desplazamiento que las subvenciones a la producción causarían en terceros mercados hemisféricos. No obstante, estos intentos no sirvieron para destrabar la negociación hemisférica.

III. Las subvenciones agrícolas en los acuerdos comerciales regionales

III. 1. La cuestión de las subvenciones agrícolas: medidas de apoyo a las exportaciones (competencia de las exportaciones)

a) Tratamiento en la OMC

El pilar de “competencia de las exportaciones” incluye aquellas medidas estatales destinadas a colocar a los productos nacionales en un tercer mercado en situación ventajosa respecto de los productos competidores.

Al tomar como referencia las normas de la OMC, el Acuerdo sobre la Agricultura disciplina las subvenciones a la exportación. Según éstas, únicamente está permitido

otorgarlas a los productos designados, y en las cantidades comprometidas de las listas de compromisos de los miembros de la OMC³.

Dichas disciplinas se aplican tanto a determinadas medidas enumeradas, como a aquellas medidas o transacciones no comerciales que, no estando enumeradas, eludan o amenacen eludir los compromisos de reducción asumidos.⁴ En este ámbito más amplio se incluyen los créditos a la exportación, las garantías de créditos a la exportación y programas de seguros a la exportación otorgadas por el Estado (o un ente privado que cumpla sus funciones) en condiciones no comerciales, como así también las operaciones de ayuda alimentaria internacional que no cumplan determinadas reglas.⁵

Hasta hace poco tiempo existía una disputa sobre la posibilidad de aplicar a los créditos a la exportación subvencionados las disciplinas sobre las subvenciones a las exportaciones.

Estados Unidos argumentó reiteradamente que los créditos, las garantías y los seguros a la exportación estaban excluidos del ámbito de aplicación de tales disciplinas. Según la postura que comentamos, los miembros de la OMC se habrían comprometido únicamente a crear disciplinas en un futuro sin que existan compromisos actuales en la materia.

El reciente pronunciamiento del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC sobre las subvenciones al algodón americano (*upland*)⁶ clarificó este disputado punto, consignando que los créditos a la exportación subvencionados no se pueden utilizar para eludir las disciplinas en materia de subvenciones a la exportación⁷ y, por lo tanto, están sujetos a sus disciplinas.

Como se verá más adelante, esta interpretación es de fundamental importancia a la hora de fijar el alcance de ciertas obligaciones regionales, incluidas las disposiciones que podrían formar parte de un eventual ALCA.

b) Tratamiento en los acuerdos regionales latinoamericanos

i) Definición

El pilar de “competencia de las exportaciones” es contemplado en la mayoría de los acuerdos analizados (16 de los 19 los ACR firmados entre los países que formarían el ALCA). De estos, en un gran número (10/16) se conviene la eliminación, inmediata o en un plazo acordado, del uso de subsidios a la exportación en el comercio recíproco.

Sin embargo, el alcance de esta obligación no es claro ni uniforme. En algunos casos parece limitarse a los subsidios directos a la exportación, excluyendo aquellos instrumentos equivalentes de amplio uso por los potenciales socios regionales como las garantías de los créditos a la exportación y el accionar de las empresas estatales de comercialización.

Especialmente, sólo en siete casos se enumera una serie de medidas, copiando de manera casi idéntica el artículo 9 del AsA de la OMC, pero sin hacer referencia al tratamiento de aquellas medidas con efectos equivalentes, las que se supone están excluidas del ámbito de aplicación.

Algunos pocos acuerdos, en cambio, efectúan una remisión directa a la definición de subsidios a la exportación del AsA de la OMC. Los acuerdos que presentan esta remisión son fundamentalmente aquellos de los que Estados Unidos es parte.⁸ Esta

³ Art. 3.3 AsA.

⁴ Art. 10.1 AsA.

⁵ Art. 10.4 AsA.

⁶ “Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (*upland*)” WT/DS267/AB/R.

⁷ Curiosamente, y por primera vez en la historia del Órgano de Apelación del OSD, un miembro votó en disidencia sosteniendo que estas medidas estaban exentas de compromisos.

⁸ Seguramente con la convicción de que esta definición excluía a los créditos, las garantías y los seguros

opción, permite hacer uso del importante acervo multilateral a la hora de interpretar las obligaciones que emanan de estos acuerdos regionales, como el comentado en el punto anterior.

Acordar una definición del concepto de subvenciones a la exportación no es un mero ejercicio doctrinario. Por el contrario, fija el ámbito de aplicación de las disciplinas que en consecuencia se acuerden, variando significativamente las obligaciones y los derechos que emanan de las mismas.

Aquí, entonces una primera cuestión a resolver en el ámbito hemisférico.

¿Cuál será el ámbito de aplicación de las disciplinas en materia de subvenciones a la exportación?

¿Es conveniente remitirse únicamente a las definiciones del acuerdo multilateral?

ii) Disciplinas en materia de subvenciones a la exportación

Opción 1. Remitir a las normas de la OMC

Seis casos de los 19 bajo estudio remiten expresamente o implícitamente al régimen de las subvenciones a la exportación de la OMC, al momento de abordar la temática bajo examen, sin ensayar disciplinas propias. En todos los casos se trata de ACR de los que participan únicamente países en desarrollo, y que también remiten a la esfera multilateral el disciplinamiento de las medidas de ayuda interna.

Opción 2. Elaborar disciplinas propias

a) Referidas al comercio intrazona. Los 10 casos analizados que elaboran disciplinas propias para la aplicación de subvenciones a la exportación en el comercio recíproco tienen como denominador común establecer su eliminación, bajo dos modalidades: a un plazo cierto o inmediatamente al momento de la entrada en vigor.

Entre los casos que acordaron la eliminación de las subvenciones a la exportación encontramos tanto acuerdos de los que participan únicamente países en desarrollo como acuerdos de los que participan países desarrollados y países en desarrollo.

Sin embargo, en la abrumadora mayoría de los acuerdos de los que participan los países desarrollados⁹ de la región encontramos cláusulas severas ante la posible importación de productos beneficiados con subvenciones a la exportación desde un Estado No Parte. En estos casos el país desplazado se reserva el derecho a solicitar algún tipo de medida que neutralice la subvención o en caso contrario, se reserva el derecho de reintroducirla¹⁰ para el mismo producto.

En el caso de algunos acuerdos, la sanción por la utilización de subsidios a la exportación intrazona es la exclusión del producto beneficiado de los cronogramas de liberalización arancelaria.

b) Referidas al comercio extrazona. En ninguno de los acuerdos considerados, sobre todo aquellos de los que participan los países desarrollados del continente, se consideraron las consecuencias que los subsidios a las exportaciones o sus medidas equivalentes tienen sobre los mercados extrazona donde las partes compiten con los mismos productos o sustitutos directos. Esta indica que respecto de las exportaciones a mercados extrazona, las partes tendrán en cuenta únicamente los compromisos que nacen de la OMC. Esta posición no considera que aquella parte que tenga subvenciones a la exportación autorizadas en la OMC para un producto las podrá

a la exportación, tal como lo argumentó en "Estados Unidos – Subvención al algodón (*upland*)" ante el OSD de la OMC.

⁹ Estados Unidos-Chile, Estados Unidos-CAFTA, y Chile-Canadá; excepto el suscrito entre Canadá y Costa Rica.

¹⁰ Aquí se puede plantear la situación de que el país perjudicado por una exportación subvencionada no se haya reservado el derecho a aplicar subvenciones a la exportación en la Ronda Uruguay para ese producto. En este caso, la mayoría de los acuerdos prevén la prevalencia de las reglas bilaterales sobre las multilaterales.

utilizar ahora en mayor medida en terceros mercados, debido a que, generalmente, está limitada o vedada su utilización regional. Es decir, podrá volcar todo su caudal de subvenciones a la exportación en mercados extrazona donde compita con sus socios comerciales.

c) Referidas a la cooperación multilateral: Dentro del pilar de competencia de las exportaciones, existen ciertas cláusulas declarativas de cooperación a nivel multilateral a fin de eliminar las subvenciones a la exportación y evitar su reintroducción. Estas cláusulas se encuentran especialmente en aquellos acuerdos en los que una de las partes es un país desarrollado.

d) Referidas a las disciplinas de los “instrumentos equivalentes”: Ninguno de los casos analizados contempla reglas que contengan los criterios conforme a los cuales medidas como los créditos a la exportación, las garantías de créditos a la exportación y los seguros de exportación, se pueden considerar que NO constituyen subvenciones a la exportación y están, por lo tanto, exentos de sus disciplinas. Dependiendo del ACR considerado, en algunos casos se podría interpretar ante esta ausencia la voluntad de excluir a dichas medidas del alcance de las obligaciones regionales.

III. 2. Las subvenciones agrícolas: las medidas de apoyo interno

III. 2.1. Regulación en la OMC

Las medidas de ayuda interna no se encuentran definidas tal como sí ocurre con las subvenciones a la exportación. Por exclusión, se trataría de todas aquellas medidas gubernamentales tendientes a apoyar a los productores agrícolas independientemente del destino de su producción, incluidos los mecanismos de sostenimiento de precios.

Existe consenso entre los economistas acerca del efecto dañino que encierran este tipo de medidas para el comercio agrícola. Especialmente, repercute en las condiciones de competitividad del sector que se coloca en mejor posición para producir que las contrapartes que no reciben tal ayuda. En consecuencia, y haciendo una lectura simple, quien la otorgue producirá más de lo que habría producido de no recibir la ayuda estatal y aumentaría así la oferta del producto en cuestión, contribuyendo a la disminución de los precios y desplazando del mercado a aquellos productores que no reciben ayudas.

Como resultado de la Ronda Uruguay, los miembros de la OMC han puesto topes a este tipo de medidas. Sin embargo, dichos topes no se tradujeron en reducciones efectivas de las ayudas otorgadas en virtud de diversos vericuetos técnicos.

En primer lugar, se acordó que las medidas de ayuda interna estaban sujetas a reducción. Sin embargo, conjuntamente, se acordaron grandes excepciones al principio general. La primera fue aquellas ayudas no mayores que 5% del valor de la producción del producto subvencionado o del valor de la producción agrícola total de un país; a esto se lo llamo nivel “de mínimos”. En segundo lugar, se exceptuaron algunos programas particulares, denominados de “caja azul”. En tercer lugar, se consideró que determinadas subvenciones no tenían efectos sobre el comercio o lo tenían en grado mínimo, llamándolas de “caja verde”.

En síntesis, sólo una porción del total de las subvenciones (las de la denominada “caja ámbar”; cuyo contenido es residual) quedó sujeta a reducciones. Asimismo, como anticipamos, debido a la metodología adoptada tales reducciones fueron más teóricas que prácticas.

Por lo tanto, si bien se puede evaluar positivamente el aporte de la Ronda Uruguay debido a que contribuyó a poner un tope máximo a las subvenciones más dañinas, no se lograron en la práctica avances hacia su reducción. Esta situación se mantiene hasta la actualidad.

III. 2. 2. Tratamiento en los acuerdos regionales latinoamericanos

Sin duda que el pilar que menor consideración encuentra en los ACR es el de ayuda interna. De los 19 casos analizados únicamente nueve “mencionan” a este pilar, sin que esto signifique que establezcan disciplinas propias en la materia. Únicamente en cuatro casos se establecen disciplinas, y únicamente en dos casos¹¹ nacen de éstas derechos y obligaciones para las partes.

Como sabemos, los países desarrollados son los mayores usuarios de este tipo de medidas, proporcionalmente con su capacidad presupuestaria para otorgarlas. Llamativamente, entre los acuerdos analizados de los que participan países con distinto grado de desarrollo (cuatro casos), únicamente en un caso se contempla esta materia (Canadá – Costa Rica). En ese único caso, los compromisos son extremadamente exiguos, limitándose al reconocimiento del efecto nocivo de las medidas y a un sencillo mecanismo de consulta sobre los efectos de las medidas.

a) Definición

Al igual que lo que ocurre en la OMC, la mayoría de los ACR analizados no definen las medidas de ayuda interna. El único instrumento que se ocupa de establecer una definición en la materia es el Protocolo Bilateral entre El Salvador y Panamá en el marco del Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá.¹²

b) Disciplinamiento

Opción 1. Remisión a las disciplinas de la OMC

Cláusulas referidas a la remisión expresa a las disciplinas de la OMC. En la abrumadora mayoría de los casos analizados que contemplan este tipo de medidas, las disciplinas remiten a los derechos y las obligaciones de las partes en los Acuerdos de la OMC. La misma conclusión se puede sacar tácitamente de aquellos casos en que no se contemplan las ayudas internas dentro de la materia incluida en el acuerdo.

Opción 2. Elaboración de disciplinas propias

- Cláusulas referidas a la remisión a protocolos bilaterales. En los casos en que una de las partes del acuerdo es un esquema de integración económica, en dos casos se remiten a disciplinas a ser acordadas bilateralmente entre las partes. Vale remarcar que únicamente en un caso¹³ estas disciplinas finalmente se concretaron.
- Cláusulas referidas a los efectos de estas medidas en el comercio recíproco:
 - a) que crean derechos y obligaciones para las partes. En este sentido en un caso las partes se comprometen a utilizar únicamente el “nivel de minimis” (clara referencia a la regulación multilateral), en otro a utilizar aquellas medias que no afecten el comercio o lo hagan en grado mínimo;
 - b) que establecen objetivos no coercitivos. En varios casos analizados, las partes se comprometen a “esforzarse” en utilizar únicamente aquellas medias que no tengan efectos sobre el comercio o lo tengan en grado mínimo; se refiere en algunos casos a su plena conformidad con el “Anexo 2” del AsA (las conocidas multilateralmente como de “caja verde”);
 - c) que establecen medidas para compensar sus efectos en el comercio recíproco. Este tipo de cláusulas es extremadamente escaso en los ACR analizados. En los casos en que existen, su alcance es exiguo. En los cuatro casos que las consideran, las partes se obligan a realizar “consultas”. En el caso del acuerdo entre México y el Triángulo del Norte se prevé la posibilidad de fijar “cuotas compensatorias” en el caso de que la haya sido objeto de una investigación por práctica desleal y se compruebe que daña la producción de una parte.

¹¹ Protocolo Bilateral entre El Salvador y Panamá, en el marco del Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá y acuerdo MERCOSUR-CAN.

¹² Firmado el 6 de febrero de 2002.

¹³ Protocolo Bilateral entre El Salvador y Panamá, en el marco del Acuerdo de Libre Comercio entre Centroamérica y Panamá.

En MERCOSUR-CAN se establece que sí las partes no cumplen con la obligación de apoyar a sus productores sobre la base de aquellas medidas sin efectos sobre el comercio o con efecto mínimo, el producto beneficiado quedaría excluido del cronograma de reducción arancelaria acordado. Esta cláusula podrá ser efectiva en aquellos casos en que se pueda identificar específicamente el o los productos destinatarios de la ayuda interna. Sin embargo, existe una gama de situaciones, como las medidas de tipo “horizontal” que dificultan la aplicación de este tipo de compensaciones.

- Cláusulas referidas a medidas para compensar los efectos de las ayudas internas en terceros mercados hemisféricos en los que compiten las partes. Este tipo de cláusulas no se corresponde con la naturaleza bilateral (o birregional) de los ACR analizados. Sin embargo, cobraría significación en el caso del ALCA.
- Cláusulas referidas a la coordinación en la negociación de la OMC. Contrariamente a lo que sucede con las medidas de apoyo a las exportaciones, únicamente en tres casos de los 19 analizados las partes acuerdan cooperar multilateralmente para disciplinar, reducir o eliminar las medidas de ayuda interna. En dos de los casos analizados, incluyen compromisos más específicos, como la revisión de los criterios de la “caja verde” para asegurar su inocuidad sobre el comercio, y la aplicación del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo.

IV. Corolarios

Del análisis de los ACR considerados podemos extraer lo siguiente:

- La cuestión de las subvenciones agrícolas es considerada en la mayoría de los casos analizados. Esto significa, evidentemente, que fue objeto de transacción en los mencionados ACR y por lo tanto no es una cuestión “novedosa” para las partes que negocian formar el ALCA. Sin embargo, las disciplinas acordadas distan de ser uniformes.
- Las disciplinas sobre competencia de las exportaciones han sido desarrolladas en mayor medida que las referidas a las ayudas internas, sin considerar el nivel de desarrollo de los países involucrados en el acuerdo.
- Un recurso común es la referencia a categorías arraigadas en los acuerdos de la OMC, especialmente el Acuerdo Agrícola. La utilización de este tipo de referencias cruzadas debe ser evaluado cuidadosamente, debido a que puede significar traspasar completamente el acervo multilateral al ámbito regional, modificando en muchos casos el contenido de los derechos y las obligaciones acordados regionalmente.
- Sin embargo, en la mayoría de los casos no es claro el alcance de los derechos y las obligaciones que surgen de las reglas referidas a las subvenciones a las exportaciones. Es especialmente controvertido la inclusión de los créditos, garantías de créditos y seguros a la exportación subvencionados. Este aspecto es muy importante a la hora de establecer regulaciones hemisféricas debido a que el mayor usuario de estas medidas “equivalentes” es Estados Unidos.
- En ninguno de los casos analizados existen disciplinas para regular cuando alguna de las “medidas equivalentes” se debe considerar ajustada a los criterios de mercado.
- Tampoco se considera en el pilar de competencia de las exportaciones los perjuicios que una parte puede sufrir como consecuencia del desplazamiento en mercados extrazona. Hay que tener en cuenta que aquella parte que tiene admitidos subsidios en la OMC, y que no pueda aplicarlos regionalmente en virtud de las obligaciones que surgen de los ACR, podría concentrarlos en los mercados extrazona donde compite con su socio comercial.

- Es común a la mayoría de los ACR analizados, el compromiso de coordinar posiciones en la OMC para la eliminación de las subvenciones a la exportación. Sin embargo, tal cláusula no goza de igual difusión cuando se refiere a las medidas de ayuda interna.
- El pilar de ayuda interna, que contiene los “subsidios a la producción”, es el menos desarrollado en el ámbito de los ACR, especialmente en aquellos acuerdos de los que participan países desarrollados.
- La opción de remitir el tema de las subvenciones agrícolas a las normas de la OMC parece ser la preferida cuando se trata del pilar de medidas de ayuda interna, ya sea mediante una remisión expresa o tácita (por no contemplar el tema en la materia negociada).
- Los ACR de los que participan los países desarrollados de la región son particularmente reticentes a abordar el tema regionalmente. Por el contrario, el abordaje de este tema con mayor profundidad se dio en casos de ACR entre países en desarrollo.
- En los pocos casos en que se contemplan las medidas de ayuda interna, las partes fueron reticentes en incluir disciplinas propias. Especialmente aquellas referidas a la neutralización de los efectos de las medidas en el comercio intrazona. En el caso del ALCA, cobra particular importancia la existencia de medidas tendientes a neutralizar los efectos de las ayudas internas en los mercados hemisféricos en los que compitan productos de otras partes del acuerdo.
- Si las disciplinas sobre subvenciones agrícolas del ALCA no avanzan sustancialmente sobre los modelos que analizamos, el surgimiento de nuevas reglas en el marco de la Organización Mundial de Comercio se pueden volver un factor determinante para el avance de la posible liberalización de comercio agrícola hemisférico. En efecto, se ha transformado en el único foro en el que se disciplina abiertamente los subsidios a la producción y todas las formas de los subsidios a la exportación, como así también las formas en que se procederá a su reducción o eliminación. ■

Bibliografía

- Crezzenzo dell'Aqua, Rakhal Sarker y Karl D. Meilke; "Regionalism and trade in agrifood products", en *International Trade and Research Consortium*; Documento de Trabajo, mayo de 1999.
- INAI; "Estado de situación de las negociaciones", en *Boletín del Instituto de Negociaciones Agrícolas Internacionales*, www.inai.org.ar
- Kjollerström, Monica; "The special status of agriculture in Latin American Free Trade Agreements", versión borrador, CEPAL, abril de 2005.
- OEA; Sistema de Información de Comercio Exterior; Acuerdos comerciales, www.sice.oas.org
- OMC; Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC, www.wto.org
- Rodrigues, Mónica; "Provisiones agroalimentarias en los TLCs recientemente firmados por Estados Unidos (Chile, Australia y CAFTA): Avances y limitaciones para futuras negociaciones con socios latinoamericanos", en *Informe Final*, CEPAL, 15 de febrero de 2005.

● El transporte marítimo regional y su protección jurídica en la relación MERCOSUR-ALCA*

Marina L. Lanfranco Vázquez**

Abogada

1. Introducción

El presente trabajo tiene como objetivo analizar un aspecto de la problemática existente en torno al transporte de mercaderías por mar en el marco de las relaciones comerciales emergentes entre el MERCOSUR y el ALCA.

Se inserta en el tratamiento de la política naviera, en este caso regional, que se define como **"las acciones públicas y privadas que tiene por fin el desarrollo de la industria de la marina mercante, que se traduce en normas jurídicas nacionales e internacionales, reglamentaciones y acuerdos privados, teniendo en mira la tutela del interés general, todo ello en concordancia con los intereses del comercio exterior"**.¹⁴

Importa a los Estados miembros del MERCOSUR, desde el punto de vista del Derecho Público, a los efectos del control sobre el sector industrial y, desde el punto de vista del Derecho Privado, por las contrataciones intrabloque y extrabloque que se puedan realizar para lograr un mejor posicionamiento en el mercado internacional del transporte marítimo de mercaderías.

* Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales de Integración "MERCOSUR-ALCA: interrogantes en el relacionamiento continental", Comisión Problemáticas Jurídicas en la relación MERCOSUR-ALCA, La Plata, 8-10 de junio de 2005. Estas Jornadas fueron organizadas por el IIL, Indiana University y el Colegio de Abogados de La Plata.

** Maestrando de la Maestría en Integración Latinoamericana del Instituto de Integración Latinoamericana, dependiente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

¹⁴ Ravina, Arturo Octavio; "Análisis preliminar de la política naviera nacional", nueva versión sobre el trabajo publicado en la *Revista Anales* de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, tomo XXXIII, 1996, pág. 167 y ss.

Pero teniendo en consideración la temática a desarrollar, debo acercarme a la definición de Derecho Marítimo Comunitario acuñada por Arturo Ravina. En ella se expresa que es el “conjunto de normas uniformes que se aplican en un ámbito jurídico espacial que excede los límites territoriales de un Estado soberano, en el marco de un acuerdo de integración regional.”¹⁵

Se ha realizado un análisis del marco normativo existente a nivel MERCOSUR, de aspectos relevantes de cada uno de los países que lo integran, de la República Argentina en particular y del ALCA en forma independiente. A continuación se hará un relacionamiento potencial en el ámbito del transporte marítimo.¹⁶

En ese sentido debe existir una real **protección jurídica para la industria del transporte marítimo regional del MERCOSUR**, transferible a los eventuales acuerdos en el marco del Área de Libre Comercio de las Américas.

El punto central que **se debe garantizar es que la realización de los transportes de mercaderías de bienes de producción regionales, se lleve a cabo por buques de bandera de alguna de las nacionalidades de los socios del MERCOSUR, a los efectos de poder proteger la industria marítima regional.**

El transporte marítimo es una actividad muy importante que no se debe ceder a Estados que no participan del PBI de la región. Los acuerdos que se celebren en el marco de las negociaciones MERCOSUR-ALCA no deben lesionar los intereses anteriormente mencionados.¹⁷

2. Planteamiento del tema

El Área de Libre Comercio de las Américas –ALCA–, cuya conformación se generó por impulso del gobierno de Estados Unidos (George Bush, “Iniciativa para las Américas”), es un proyecto por medio del cual, se persigue la liberalización del comercio de todo el continente americano, con excepción de Cuba, creando una zona libre de aranceles (eliminación de barreras arancelarias y paraarancelarias al comercio intrazona de bienes, servicios e inversiones). En términos de mercado, el ALCA puede ser potencialmente beneficioso, ya que maneja aproximadamente 20 % del comercio mundial y genera cerca de 40 % del PBI mundial.

Si bien para América Latina puede llegar a ser favorable, a los efectos de la captación de un mercado de altos ingresos, no se debe perder de vista la relación con la Unión Europea (UE); mercado éste último no desdeñable, habida cuenta del posicionamiento en que hoy se encuentra, y que comparativamente puede ser más propicio.

Entre los países de América Latina, pese a sus particularidades, y Estados Unidos hay una verdadera “heterogeneidad de intereses”, además de una enorme asimetría económica, marcadamente mayor que la que existe entre Argentina y Brasil. Esta comparación es por demás importante para el presente análisis, con lo cual no sólo no podremos hablar en ningún momento de reciprocidad (que es una de las opciones que se ofrecen en este trabajo en lo relativo al transporte marítimo de mercaderías en el marco del ALCA) y menos aun de independencia, ya que la existencia de dichas asimetrías económicas genera una dependencia que de por sí ya existe con Estados Unidos aun fuera del ALCA.

¹⁵ Ravina, Arturo Octavio; Actualidades en Derecho de la Navegación. “Derecho Marítimo Comunitario en América Latina. El MERCOSUR”; ponencia presentada en el Seminario de Derecho Marítimo y Portuario, San José de Costa Rica, 8 al 10 de febrero de 1999. Publicado por el Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social, Buenos Aires, Argentina, 1999.

¹⁶ No se debe perder de vista cuáles son los instrumentos internacionales de los que Argentina y los otros miembros del MERCOSUR son parte, y la necesidad de modernización de estas prácticas comerciales. Específicamente me refiero a la Convención de Bruselas sobre Transporte de Mercaderías bajo Conocimiento de Embarque de 1924 y Hamburgo de 1978; este último no fue ratificado.

¹⁷ Este trabajo no tiene como fin realizar un estudio de la normativa interna de la República Argentina, sólo se mencionarán leyes y/o decretos para favorecer el entendimiento del contexto regional.

En el ámbito regional, la República Argentina participa en carácter de miembro del MERCOSUR en las negociaciones del ALCA. Según se expresó, el objetivo central de los países del MERCOSUR es lograr un acuerdo equilibrado. Aunque se prevé que no todos los temas serán tratados de manera conjunta de bloque a bloque, sino que algunos lo serán en forma bilateral y otros multilateralmente, en el ámbito regional.

Estados Unidos tiene una clara política respecto de la creación de la zona de libre comercio, ya que el ALCA le resulta por demás favorable para enfrentarse con los mercados orientales y europeos.

Frente a esto, como bloque, el MERCOSUR debe pensar estratégicamente lo que le resulte más conveniente: si relacionarse con el ALCA, el ALBA (Alternativa Bolivariana para las Américas), la UE, o con todos, aunque ideológicamente la segunda opción no acepta combinaciones con las otras dos.

3. La República Argentina

A nivel interno, la ley N° 20447, Promoción de la Marina Mercante, con su decreto reglamentario N° 4780/73, y con la ley N° 18250, la histórica ley de reserva de cargas, de eminente corte proteccionista, intentan dirigir la política naviera en el sentido de favorecer el desarrollo de la actividad por parte de los armadores argentinos. La legislación protege ese aspecto ya que se consagra el derecho a transportar 50% del comercio exterior argentino en buques de bandera, pero desatiende el control efectivo de la propiedad naval, y aunque el requisito de nacionalidad del buque se cumple, la propiedad de los mismos, finalmente, no es argentina, sino extranjera generando así la exportación de los ingresos producto del flete por el transporte realizado. Entonces, si bien los buques que realizan el transporte enarbolan bandera argentina en realidad son de propiedad de empresas de terceros Estados (en general de Estados Unidos, Inglaterra), desdibujando así el régimen de reserva de cargas legalmente establecido pero virtualmente derogado.

Este desatino en la técnica legislativa de una ley nacional no se debe trasladar a los acuerdos a celebrarse con un bloque regional, en los que participan países que tradicionalmente han desarrollado exitosas empresas de transporte marítimo a nivel mundial, posicionando al MERCOSUR en una franca desventaja ante una eventual negociación con el ALCA.

Las leyes de reserva de carga en el mundo surgen a los efectos de proteger a las flotas nacionales –hoy podemos extendernos y hablar de flotas regionales– frente a flotas altamente competitivas, que operan incluso con banderas de conveniencia.¹⁸ La mayoría de los países de América Latina las ha incorporado en su derecho interno, y por supuesto también lo ha hecho Estados Unidos por medio del Cronwell Act del año 1961.

El precio del flete –precio que se paga por el transporte de cargas– participa aproximadamente de 7 a 10 % del total que paga el comprador en el mercado internacional, con lo cual quedaría fuera un elevado porcentaje de los ingresos que se percibirían por la exportación de bienes al ALCA.

Es importante destacar que, en la actualidad, el transporte internacional de cargas provenientes de la República Argentina es realizado en el tramo acuático por medio de empresas extranjeras, en su casi totalidad, gracias a las posibilidades que les otorgó la legislación nacional a lo largo de toda nuestra historia marítima, adicionándole que casi 90 % de nuestro comercio exterior se realiza a bordo de buques, sea de importación o exportación. De esta manera los armadores extranjeros han monopolizando un negocio que implica, como hemos mencionado, casi 10 % del costo de las mercaderías.

¹⁸ *Flags of convenience*: ausencia de vínculo genuino entre el pabellón del buque y la propiedad beneficiaria de la actividad, en contra de lo preceptuado por la Convención de Derecho del Mar de 1982 celebrada en Montego Bay, artículo 94.

Sobre un total de exportaciones del mes de marzo de 2005, de **2.936 millones de dólares** (según INDEC sobre exportaciones totales), se estima que el valor del flete total fue alrededor de 260 millones de dólares, divisas que no volvieron al país sino que se exportaron juntamente con la mercancía.

La alternativa es que exista un acuerdo en el que se prevea **reciprocidad** entre ambos bloques en cuanto al transporte de mercaderías por mar y que, siguiendo el espíritu del instituto de la **Reserva de Cargas Argentina**, se acuerde un marco superador, y se asegure que el transporte marítimo de ambos bloques sea realizado en igualdad de condiciones y que los buques que enarbolan las banderas de los Estados dejen las divisas generadas por el flete en el Estado de bandera.

Exportaciones. República Argentina, marzo de 2005

Exportación	Marzo		Variación %
	2004 [*]	2005 ^e	
	millones de dólares		
Total	2.653	2.936	11
Productos primarios	511	654	28
Manufacturas de origen agropecuario	885	975	10
Manufacturas de origen industrial	745	852	14
Combustibles y energía	512	456	-11

* datos provisorios.

^e datos estimados por extrapolación, proyección o imputación.

Fuente: INDEC

En el cuadro vemos en millones de dólares las exportaciones correspondientes al mes de marzo de 2005, y la variación existente con el mes de marzo de 2004, que en cifras totales es de un 11 % superior a las del año anterior.

En cuanto a las importaciones, la mayoría de los productos que ingresa a la Argentina provenientes del resto de mundo lo hacen por vía marítima. Argentina tiene aproximadamente, 4.000 km de litoral marítimo, provistos de puertos y plazas de contenedores para el manipuleo de la carga, en su gran mayoría. El puerto de Buenos Aires es el único puerto de matrícula de la Argentina y el más importante en cuanto al movimiento de importaciones y exportaciones, y participa de una cuota considerable del intercambio comercial (40 % aproximadamente del tonelaje comercializado).

Se debe consolidar el MERCOSUR como espacio propio para negociar en bloque y con más fuerza su ingreso al ALCA. Frente a esto debemos decir que la política exterior de la Argentina, sobre todo en los últimos 40 años ha sido esencialmente liberal (sobre todo luego del Consenso de Washington de 1989) mientras que la de Brasil ha sido mas proteccionista, aunque no literalmente cerrada.

Por consiguiente, se debe impulsar un **desarrollo** que responda primero a los **intereses regionales del MERCOSUR** frente a otros intereses vinculados con los procesos de globalización ya que consolidar institucionalmente el MERCOSUR es prioritario.

Perfeccionar la **unión aduanera, para llegar luego al mercado común**, junto con la coordinación de las **políticas, es el primer paso antes de acercarnos a otra negociación que implique más responsabilidades.**

Para Bernal Meza, en la relación entre MERCOSUR y ALCA "Ambos bloques difieren profundamente, tanto en intereses económicos a largo plazo, en la calidad de la inserción y la diversificación de intereses político-económicos, así como en la visión que ambos tienen sobre el sistema internacional y las relaciones internacionales."

4. Transporte de cabotaje regional

A nivel regional el transporte marítimo es una actividad de gran importancia. Es un factor clave en el comercio exterior de cada uno de los países y de la región. Partiendo de lo anteriormente mencionado, es conveniente crear un transporte de "cabotaje regional" o "transporte de corta distancia" según la denominación europea de la actividad (dejan reservado la terminología del cabotaje a la navegación interna de cada Estado; al regional lo llaman de corta distancia). Aunque el sentido con el que fue concebido el *short sea shipping* en Europa (navegación de cabotaje regional) es distinto al del MERCOSUR –que nace como opción al transporte carretero por ser más económico, seguro y sostenible–, podemos encontrar similitudes. Se desarrolla en tramos marítimos de relativa corta distancia y se transportan cargas unitarizadas, o sea se lleva a cabo transporte multimodal.

Específicamente, en cuanto al tema "Integración de infraestructuras y empresas del transporte", ya en el año 2003 se reflejó la preocupación respecto de la política del gobierno nacional argentino acerca de los proyectos que impulsará sobre integración en estas áreas, junto con los socios del MERCOSUR.

La Secretaría de Transporte (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios) ya establecía que "en lo que respecta a puertos y vías navegables **resulta prioritario continuar con las discusiones sobre los regímenes de transporte fluvial y marítimo a desarrollarse a nivel regional, unificando los acuerdos bilaterales de los países miembros en procura de una normativa uniforme que responda a los intereses de las partes**". Estas opiniones se deben llevar adelante dentro del Subgrupo de Trabajo N° 5 Transporte e Infraestructura del MERCOSUR".¹⁹

Más adelante se expresa que existen asimetrías en cuanto a costos de construcción naval y de operación de las embarcaciones entre los miembros, así como también enormes diferencias de los costos laborales del personal de los astilleros, y del personal embarcado, y del trato impositivo tributario a los buques y artefactos navales, dependiendo del registro en cada país miembro.²⁰

Por último, la conclusión se centra siempre en la importancia de llegar a la **concreción de un régimen de cabotaje regional del MERCOSUR**, y aun más ambicioso, a la creación de Sociedades de Clasificación del MERCOSUR acreditadas ante la Organización Marítima Internacional. Las condiciones aún no están dadas para la creación de Sociedades de Clasificación, teniendo en consideración el grado de responsabilidad que ellas tienen en cuanto a los siniestros que se dan en el plano mundial y, por otro lado, respecto de los altos costos que generaría la creación de una o más empresas de tal magnitud. Creo conveniente apuntar con los esfuerzos concentrados en la creación del cabotaje regional, labor que propiamente deberá llevar adelante el Subgrupo N° 5 del MERCOSUR, junto con la temática de la construcción y reparación naval.

En la República Argentina la ley de cabotaje N° 12980 determina que la navegación interior del país esta reservada a los buques de bandera, permitiendo que **supletoriamente** la realicen otros Estados. El espíritu de esta ley de cabotaje es lograr un fortalecimiento de la actividad naviera interna y que sea realizada por buques argentinos. De igual manera la ley N° 20447, conocida como la Ley de Promoción de

¹⁹ Informe N° 58 de la Jefatura de Gabinete de Ministros frente a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de agosto de 2003, Bloque Partido Socialista.

²⁰ Es importante recordar que existe en tratamiento un proyecto de creación de un registro de buques del MERCOSUR.

la Marina Mercante, regula que 50 % de las cargas que se transportan sean realizadas por buques argentinos.

A la vez que en Europa se desarrolla el concepto de "autopistas del mar", a nivel MERCOSUR se debe tener en cuenta la existencia de la Hidrovía Paraná-Paraguay, en el marco del Acuerdo de Santa Cruz de la Sierra para el transporte fluvial. Aprobado en Las Leñas en 1992 por los cuatro países miembros del MERCOSUR, fue ratificado por la República Argentina por la ley N° 24385. Este Acuerdo garantiza la libertad de navegación para los Estados contratantes.

A mediados de 2003, el Gobierno de la República Argentina promocionó un futuro "Plan Nacional de Transporte Fluvio-Marítimo", para reactivar la Marina Mercante Argentina y la Hidrovía Paraguay-Paraná.

Luego de encontrar un fortalecimiento institucional de la industria marítima de la región podemos comenzar a plantear un relacionamiento en el marco del ALCA con mayor seguridad jurídica.

Se evidencia con claridad la importancia política y económica que tiene el desarrollo del transporte a nivel regional como **una herramienta de las más efectivas de la integración.**

Este camino a nivel nacional ha comenzado muy tímidamente con la promulgación del decreto 1010/04, que deroga del 1772/91. Este último había instaurado en nuestro país el **cese de bandera**, por el cual los armadores argentinos podían "irse de la matrícula". El fundamento fue la "reactivación de la economía nacional". Después de 14 años podemos ver que los efectos no fueron los esperados, con lo que estamos dando marcha atrás, tratando de recomponer todo el daño ocasionado al sector naviero, desde la desaparición de la empresa ELMA (Empresa Líneas Marítimas Argentinas) hasta los astilleros de propiedad del Estado que, si no fueron desmantelados en su mayoría, subsisten mágicamente y hoy se están logrando contratos internacionales que no se celebraron durante todo ese tiempo.

Evidentemente, y por fortuna, se ha cambiado el rumbo, pero aún falta a nivel interno la normativa respecto de la Marina Mercante Nacional. Después podremos hablar de la implementación de un cabotaje regional, y finalmente de la creación de Sociedades de Clasificación.

Existe actualmente en tratamiento un proyecto de acuerdo firmado en el marco de la Cuarta Reunión de Especialistas de Transporte Marítimo del MERCOSUR, suscripto por Argentina, Brasil y Paraguay (aún falta la participación de Uruguay). Trata, en cuanto al transporte fluvial y marítimo de mercaderías, de los principios de libre acceso, igual y no discriminatorio de las cargas, y veda el establecimiento de cuotas de transporte. Asimismo, los armadores de un Estado parte del acuerdo tendrán libre acceso e igual trato que los armadores nacionales.

El Convenio de Transporte por Agua de la ALALC de 1966 es un importante antecedente que preveía el instituto de la reserva de cargas en el intercambio recíproco para los buques nacionales de países signatarios. Los buques de Estados no contratantes podían efectuar servicios regulares de transporte en forma supletoria. Las partes de este Convenio fueron Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú y Uruguay. Con posterioridad se incorporaron Bolivia y Venezuela, pero Argentina y Brasil no suscribieron la reglamentación, y si bien entró en vigor en 1973, no se implementó, dejando de lado una valiosa herramienta de desarrollo regional.

El mencionado Convenio de la ALALC era muy favorable para la integración. Debe servir de modelo para futuros acuerdos en el ámbito MERCOSUR y en el relacionamiento con otros bloques y no sólo con el ALCA.

Con posterioridad, en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración – ALADI– en el año 1988, se presenta un Proyecto de Convenio de Transporte Marítimo con los mismos lineamientos del anterior, pero con más especificaciones respecto de los requisitos para ser armador regional, también con un eminente corte proteccionista.

En 1989, ALADI aprobó el Anteproyecto de Convenio en el que estaba nuevamente admitido el instituto de cabotaje marítimo, en el que se establecía que en el comercio intrabloque el transporte quedaba reservado a los armadores regionales (artículo 4).²¹

Es importante mencionar la existencia del **Código de Conducta de las Conferencias Marítimas – UNCTAD – 1974**, que no fue ratificado por la República Argentina, y constituye un elemento decisivo en la política naviera de un país, y por supuesto de una región. Este Código entró en vigor en el año 1983. Se menciona particularmente el tema de la “propiedad sustancial” de los buques, más allá del pabellón que enarbola.

La ratificación del mencionado Código de Conducta reviste una gran importancia ya que define a nivel internacional la decisión de los gobiernos de proteger el sector naviero.

5. Instrumentos a nivel regional de transporte marítimo

Se pueden citar distintas normas que regulan el transporte marítimo en el marco del MERCOSUR y también mencionamos algunos de la Comunidad Andina de Naciones. Asimismo, existen diversos acuerdos bilaterales que a modo enunciativo se citan a continuación. Es de importancia destacar que la experiencia seguida por la Comunidad Andina de Naciones y por la Unión Europea son buenos patrones de análisis a nivel comparativo en materia de transporte marítimo.

1. Acuerdo de Transporte Multimodal Internacional entre los Estados Parte del MERCOSUR (MERCOSUR/CMC/DEC.15/94) (ALADI/AAP.PC/8 - APR.27/95) (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay). Se destacan específicamente las normas que se refieren al ámbito de aplicación del Acuerdo. Se aplicará a los contratos de Transporte Multimodal si el lugar estipulado en el Contrato e indicado en el Documento o Conocimiento de Transporte Multimodal, en el cual el Operador de Transporte Multimodal tome las mercancías bajo su custodia esté situado en un Estado Parte del presente Acuerdo, o el lugar estipulado en el Contrato de Transporte Multimodal e indicado en el Documento o Conocimiento de Transporte Multimodal, en el cual el Operador de Transporte Multimodal haga la entrega de las mercancías que se encuentran bajo su custodia, esté situado en un Estado Parte del presente Acuerdo.

2. Proyecto de Acuerdo Multilateral de Transporte Marítimo: (1992) en el mismo se incorpora el trato igualitario entre los países miembros, la preferencia para los armadores nacionales, la reserva de cargas, los mecanismos para evitar competencia desleal de terceras banderas, la inclusión de todas las cargas, y el principio de la prohibición de cuotas.

3. Eliminación de los gravámenes a los fletes: Concretada por Argentina y Brasil desde 1992.

4. Acuerdos de complementación: para empresas de transporte marítimo binacionales o plurinacionales –1992– para el sector privado.

Con referencia a la Comunidad Andina de Naciones citamos los siguientes ejemplos.

1. Convenio Interamericano para Facilitar el Transporte Acuático Internacional (Convenio del Mar del Plata) Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) 3/91.

²¹ Ravina, Arturo; “Propiedad sustancial y control efectivo de las empresas de transporte aéreo y marítimo internacionales”, XVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, Río de Janeiro mayo de 1994. Publicado en la Revista Ateneo del Transporte, Buenos Aires, 1995, pág. 9 y ss.

2. **Decisión 288:** “Libertad de Acceso a la Carga Originada y Destinada, por Vía Marítima, dentro de la Subregión” (Comunidad Andina Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).
3. **Decisión 314:** “Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por Vía Marítima y Políticas para el Desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino” Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela)
4. **Decisión 390:** Modificación de la Decisión 314 “Libertad de Acceso a las Cargas Transportadas por Vía Marítima y Políticas para el Desarrollo de la Marina Mercante del Grupo Andino” Comunidad Andina.- (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela)
5. **Resolución 422:** “Reglamento para la Aplicación Comunitaria del Principio de Reciprocidad en el Transporte Marítimo”.
6. **Decisión 331:** Transporte Multimodal de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) año 1993. En cuanto el ámbito de aplicación es igual al que adoptó el MERCOSUR.
7. **Decisión 393:** Modificación de la Decisión 331 “Transporte Multimodal” de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) año 1996, referente al alcance de algunos términos.
8. **Resolución 425:** Reglamento para el Registro de Operadores de Transporte Multimodal Internacional año 1992 de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela).

Acuerdos bilaterales

En general, han sido muy favorables al tráfico marítimo entre los países miembros de cada uno de los acuerdos, ya que benefician a los armadores nacionales, con características de igualdad y reciprocidad. Los buques de bandera de cada Estado parte tiene prioridad para el transporte de las mercaderías entre ellos, y en su mayoría se prevé que terceros Estados cubran el transporte en forma supletoria.

En los convenios bilaterales se aplican, por lo general, los criterios de cada Estado relativos a los conceptos de armador, nacionalidad, tratamiento nacional, reciprocidad, y bandera. Entre otros, a saber:

1. **Argentina – Brasil** 8/85 (Acuerdo sobre Transporte Marítimo), 2. **Argentina-Perú** 10/72 (Convenio sobre Transporte Marítimo), 3. **Chile-Brasil**:12/74 (10/80) (Convenio sobre Transporte Marítimo), 4. **Estados Unidos-Brasil**: 5/96: (Acuerdos sobre Transportes Marítimos), 5. **Estados Unidos-Argentina**: 3/78 (Memorando de Entendimiento respecto de ciertas cuestiones Marítimas), 6. **Argentina – Cuba**: 1984. Admite que el transporte lo realicen solamente armadores autorizados., 7. **Argentina – México**., 8. **Brasil – Uruguay**. 9. **Colombia – Ecuador**: Convenio sobre Tránsito de Personas, Vehículos, Embarcaciones Fluviales y Marítimas y Aeronaves celebrado entre Colombia y Ecuador en 1990; el art. 76 establece el principio de reciprocidad real y efectiva en el transporte regular de pasajeros, por carretera, río y mar; 10. **Conferencia de Fletes Brasil -Argentina**, es la que rige el transporte marítimo entre ambos países. Tiene siempre prioridad en el transporte el armador de nacionalidad de un país o de otro parte del convenio bilateral.

6. Conclusiones

Este marco contextual nos lleva a formular los siguientes conclusiones.

El MERCOSUR no está en condiciones de hablar de acuerdos en el marco del ALCA con respecto al transporte marítimo, ya que hace falta definir y en su caso

fortalecer institutos internos en cada uno de los socios del MERCOSUR, luego a nivel MERCOSUR, y recién en un tercer estadio se puede proyectar un sistema de transporte marítimo, que incluya las economías de América del Norte, siempre sobre la base de la **reciprocidad en el trato**. De ninguna otra manera se podrá realizar una efectiva evolución en torno al importante desarrollo de la industria del transporte marítimo, si no se respetan los valores basales de **reciprocidad en el trato, cabotaje y regionalización**.

Es necesaria la **institucionalización del MERCOSUR**, antes de enfrentarnos a un ambicioso relacionamiento con un mercado mucho más amplio, en el que entraríamos en un sinnúmero de problemáticas vinculadas, desde lo económico, político, social y por supuesto lo jurídico. Para ahondar más en este argumento, el sistema jurídico que rige en América Latina es eminentemente continental europeo, y en Estados Unidos es de raíz anglosajona, generando enormes diferencias desde la génesis del entendimiento jurídico.

El MERCOSUR de ninguna manera debe celebrar acuerdos que pueden redundar en una desventaja en su transporte marítimo.

Las estructuras normativas tradicionales resultan insuficientes para realizar una actividad en la cual los transportistas regionales estén protegidos frente a los extranjeros.

Hace 14 años la Asociación Latinoamericana de Armadores –ALAMAR– expresó que sea cual fuere la política naviera regional, ésta deberá fundarse en el principio de la **reciprocidad efectiva** entre los países que desarrollen el transporte.²² Este debe ser el rumbo en el que se deberán centrar las negociaciones intrabloque primero y extrabloque en segundo término.

Todos los sectores de la política naviera están íntimamente vinculados pero no se pueden tratar en un sólo instrumento normativo, sino que se evidencia la necesidad de crear un sistema normativo armónico que permita al sector naviero su desarrollo.

En cuanto a la navegación de cabotaje, la normativa existente en la actualidad también resulta insuficiente y falla en su formulación, ya que siempre que la reserva de cabotaje existe, ésta se instrumenta a favor de buques que enarbolan bandera argentina sin considerar la calidad del armador del buque, si es nacional o extranjero, y en la práctica casi la totalidad de empresas son extranjeras, perjudicando así a las empresas nacionales.

El transporte marítimo resulta ser una problemática de importancia que permite identificar intereses comunes entre los Estados a nivel regional. ■

Bibliografía

Mesa redonda: "Crisis de la marina mercante. Banderas de conveniencia". Conclusiones, 19 de agosto de 1999, en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador. Expositores: Ravina, Arturo Octavio; Romero Basaldúa, Luis; Simone, Osvaldo Blas; Rotondaro, Domingo Nicolás; Simone, Ana María.

Dirección de Prensa; Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; información para la prensa N° 187/2004, "Se inicia la etapa final de la negociación MERCOSUR-Unión Europea".

Fernández, Alvarez Antonio; *Manual de Economía y Política de la Unión Europea*, Madrid, Editorial Trotta, 1997.

²² Reunión de la Comisión de Política de Bogotá del 31 de enero de 1991, Boletín n ° 598 – 1991 citado por Ravina A. O. en "Propiedad sustancial y control efectivo de las empresas de transporte aéreo y marítimo internacionales", ob. cit.

Informe N° 58 de la Jefatura de Gabinete de Ministros frente a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, agosto de 2003. Bloque Partido Socialista.

Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social (IAIES), "Transporte e integración regional. Políticas para el desarrollo socioeconómico de los pueblos"; Buenos Aires, Calle Parque, 2004.

Mendicoa, Gloria Edel; *Hacia un proyecto de institucionalidad social en el MERCOSUR. Opciones para el debate*; Buenos Aires, Editorial Espacio, 2004.

Nicoletti René; *Identidad y futuro del MERCOSUR. Por una integración fundada en valores*"; Buenos Aires, Editorial Lugar, 1999.

"Patagonia Comercial SRL c/ Provincia de Chubut"; sentencia de la CSJN, 13 de noviembre de 1968; *Jurisprudencia Argentina*; 26 de mayo de 1969.

Ravina, Arturo Octavio; "Propiedad sustancial y control efectivo de las empresas de transporte aéreo y marítimo internacionales", XVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico y Espacial, Río de Janeiro, mayo de 1994. Publicado en *Revista Ateneo del Transporte*, Buenos Aires, 1995, pág. 9 y ss.

_____ ; "Análisis preliminar de la política naviera nacional"; nueva versión sobre el trabajo publicado en la *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, tomo XXXIII, año 1996, pág. 167 y ss.

_____ ; Actualidades en Derecho de la Navegación. "Derecho Marítimo Comunitario. En América Latina. El MERCOSUR"; ponencia presentada en el Seminario de Derecho Marítimo y Portuario, San Jose de Costa Rica, 8 al 10 de febrero de 1999, publicado por el Instituto Argentino de Investigaciones de Economía Social, Buenos Aires, Argentina 1999.

Saludjian, Alexis; *Hacia otra integración sudamericana. Críticas al MERCOSUR neoliberal*, Buenos Aires, Libros del Zorzal. 2004.

Semanario de Comercio Exterior "El desafío de la industria naval" Conclusiones de la Cuarta Jornada del Ciclo Almirante Storni, Universidad Católica Argentina; año 7, N° 412, Buenos Aires, Publicación de IMG., 2004, pág. 4,

Sitios web:

<http://www.iade.org.ar> Miguel Teubal y Javier Rodríguez. Trabajo presentado en las Segundas Jornadas Interdisciplinarias en Estudios Agrarios y Agroindustriales; 7, 8 y 9 de noviembre de 2001, Facultad de Ciencias Económicas, PIEA, UBA. Revista Realidad Económica Buenos Aires (Argentina), N° 185, enero - febrero de 2002.

<http://www.cai.org.ar/infraest/sem03-e.html> Semana de la Ingeniería, 2003, martes 10 de junio - V exposición Ing. Lucio Cáceres; Ministro de Transporte y Obras Públicas de la República Oriental del Uruguay "La Infraestructura como factor de Integración Regional".

http://www.MERCOSUR_abc.com.ar.html Mercosur ABC, 2003, Rosa Osimani. economista de la Universidad de la República, investigadora de CINVE, Uruguay, "El mercado común del sur en el ALCA".

www.mibasquerido.com.ar, 2005, "Transporte fluvial y transporte marítimo".

www.visionesalternativas.com "Declaración Final de la Primera Reunión Cuba-Venezuela para la aplicación de la Alternativa Bolivariana para las Américas".

www.consejoportuario.com.ar "Acuerdo para el Transporte Marítimo del MERCOSUR".

www.enapro.com.ar "Transporte Marítimo".

● Derecho de Castilla vs. Derecho Indiano. Integración del área al ALCA: ¿último paso de la transculturación latinoamericana*

* Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales de Integración "MERCOSUR-ALCA: interrogantes en el relacionamiento continental", Comisión Problemáticas Políticas en la relación MERCOSUR-ALCA, La Plata, 8-10 de junio de 2005. Estas Jornadas fueron organizadas por el IIL, Indiana University y el Colegio de Abogados de La Plata.

Sin querer polemizar sobre la naturaleza más o menos moral o política de los actos históricos acontecidos desde el momento de la llegada del español a tierras americanas, la cultura, vida y naturaleza autóctonas, fueron aplastadas aquéllas y usufructuadas éstas, por una cultura militar y políticamente superior.

Desde ese mismo momento, la vida de los nativos estuvo condenada a la muerte o a la denigrante sumisión.

La civilización occidental comenzaba su etapa más gloriosa, especialmente a expensas de una nueva fuente de riquezas: América.

En términos de optimización económica, el exterminio y posterior (o simultáneo) reemplazo de indios del norte de América por una elite de la cultura dominante permitió a esta última la creación de una "tierra prometida", "la casa sobre la colina" bíblica. Es matemática, álgebra ineludible que el resultado de la ecuación dada es: recursos naturales intactos más cultura anglosajona en autonomía, igual: SUPERPOTENCIA HEGEMÓNICA (en sólo 230 años).

La otra experiencia social: la que vivió la América llamada latina de la mano del otro imperio de la época: el español, no resultó tan exitosa. Una población equivalente en número a por lo menos cuatro veces la española, exterminada. La cuarta parte sobreviviente, sometida de manera violenta (por su rapidez y por lo agresiva) ha debido transculturalizarse desde la invasión. Abandonó sus costumbres, sus religiones, sus hábitos sociales, su ecología, su comunicación con el ambiente, su familia, sus estructuras sociales y todo en lo que creían debió cambiar, mudarse, mimetizarse, a partir de que un hombre blanco se cruzó por primera vez sobre el camino de cada grupo social autóctono.

Nos encontramos hoy ante una nueva circunstancia histórica.

Nos habla de una nueva interacción entre todas las culturas, la que permitirá a cada habitante del mundo comunicarse, comerciar, intercambiar bienes y culturas, mediante infinitas combinaciones e impredecibles consecuencias culturales para una futura civilización conformada de acuerdo a la interacción de estos mencionados elementos.

Dentro de estos elementos, se está intentando conformar una nueva normativa, denominada ALCA, la que debiera regir los destinos de las actividades culturales de toda la región de acuerdo a la voluntad de la máxima potencia de la civilización occidental, Estados Unidos que, como sabemos, integra geográficamente el continente del cual América Latina forma parte.

Así como Cortés implantó el derecho de Castilla; una nueva y ¿auténtica? clase dirigente pretende implantar las leyes occidentales de mercado, las que regularán de aquí en adelante el futuro bienestar de la región.

Podemos analizar de todos los borradores presentados, que esta posible normativa del ALCA, está conformada de acuerdo a parámetros culturales provenientes del actual centro de poder de la actual civilización dominante del planeta, que es la civilización occidental, y de la cual Estados Unidos es su máximo valuarte actual.

Es la nueva normativa del ALCA. Occidental y global.

Se sostiene que el ALCA es el futuro; la globalización es cosa juzgada; el no subirse al tren de la integración mundial llevará inexorablemente a la pérdida del último vagón de la civilización occidental global, único y último capaz de sacarnos de una situación de atraso y pobreza.

Alguna clase dirigente sostiene que pertenecemos a la civilización occidental. El hecho de ingresar a un mercado de integración económica con la mayor potencia mundial

conocida en la Historia, es sólo una decisión política de raíz o fundamento económico. De certezas económicas hacia el futuro.

Pareciera cierto que la cultura de estas clases dirigentes, estas elites, corresponden a la occidental. Fueron educadas en sus respectivos países o en el exterior con similares aprendizajes técnicos, sociológicos, idiomáticos y filosóficos, dando lugar a la formación de líderes occidentales. Son occidentales, nazcan donde hubieren nacido, vivan donde vivieren. Forman parte del uno por ciento de la población mundial que sostienen, conforman la "Civilización de Davos".²³

¿Se podría afirmar que existe correspondencia entre las elites que se sientan a la mesa de negociaciones en nombre del Estado americano (Estados Unidos) y su población? No cuesta responder afirmativamente.

Sin embargo, ya la pregunta produce escozor si la orientamos hacia las naciones latinoamericanas. Aquí, presumimos, existe una diferenciación mayor entre la concepción de vida de las elites y la población en general.

También damos por cierto que nosotros somos occidentales; el resto de América del Sur o América Latina, no sabemos, dudamos, suponemos que la variación es amplia.

Como contrapartida a estas dudas podemos oponer certezas: según el censo de mediados de siglo XX, 47 por ciento de los peruanos fueron clasificados como indios. En Argentina, país considerado como el más europeo del continente para el período 1810-1822, las cifras son las del cuadro 1.

²³ Huntington, Samuel P.; *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*; Buenos Aires, Paidós Editorial, 1997.

Cuadro 1

Composición étnica	Buenos Aires (ciudad) (%)	Corrientes (%)	Catamarca (%)	La Rioja (%)	Mendoza (%)	San Juan (%)	Córdoba (%)
Indios	0,4	17,3	34	22	19	44	0,6
Castas	22,7	11,9	31	45	37	21	57,8
Totales (%)	28,1	29,2	65	67	56	65	58,4

Fuente: C. A. Belsunce, Buenos Aires, su gente 1800-1830; E. Maeder, "Evolución demográfica argentina de 1810 a 1869"; D. Celton, "La declinación de la mortalidad en Argentina". Cuadro correspondiente a Nueva Historia de la Nación Argentina, tomo 4, Ed Planeta, 2000, Academia Nacional de la Historia.

Los datos correspondientes a la composición de los núcleos humanos de América Central nos dan valores por encima a los anteriores para fines del siglo XVIII.

Cuadro 2

Origen étnico	Guatemala (%)	El Salvador (%)	Nicaragua (%)	Honduras (%)	Costa Rica (%)
Indígena	78	51	50	34	10
Mestizos y ladinos	16	40	41	60	60
Españoles y criollos	60	5	5	6	10
Pardos y mulatos					18

Fuente: Cuadro confeccionado a partir de los datos contenidos en "Transformaciones del espacio centroamericano" (págs. 78-80), de Héctor Pérez Bignoli en *Para una Historia de América*, Tomo II de M. Carmagnani; A. Hernández Chávez y R. Romano, coordinadores; México, Colegio de México, Fideicomiso Historia de las Américas y Fondo de Cultura Económica, México, 1999.

El presente trabajo intenta formular pequeñas preguntas. También intenta presentar algunos elementos para permitirnos responderlas, habiendo analizado otros escenarios. No escenarios imaginarios, sino reales, históricos. Los elementos históricos a analizar nos presentarán realidades asombrosas.

Intentaremos evaluar los resultados del confronto de diversas civilizaciones, resultados dramáticos, felices, penosos, agradables, destructivos, constructivos, terribles, felices, beneficiosos. Este análisis tal vez nos permita una nueva perspectiva más realista respecto de la adopción o no de la normativa propuesta a este subcontinente en la actualidad.

Nos preguntamos en el título de este trabajo si nos encontramos ante un nuevo Tahuantinsuyu vs Castilla.

Procede aclarar que los españoles que llegaron de la mano de Cristóbal Colón trajeron una cultura, un lenguaje, unas costumbres y como elemento civilizador e integrador correspondiente a un Estado moderno también exportaron un derecho. Pero hete aquí,

que la España aquella estaba reglada por dos derechos: el de Aragón, más moderno; y el de Castilla, más acorde a la conquista, de carácter absolutista²⁴.

Es por ello que la pregunta procede, de acuerdo a nuestro criterio. Los recién llegados intentaron imponer un derecho. De hecho rápidamente lo lograron. Es claro entonces que el derecho de Castilla se impuso sobre el de las dos grandes civilizaciones dominantes de las tierras adquiridas por la Corona española: en el Tahuantinsuyu, en la región andina dominaba el imperio inca; y desde Tenochtitlan, la cultura azteca-mixteca dominaba Mesoamérica.

Este derecho de Castilla se impone como derecho del vencedor, y como la mencionada confrontación sólo tuvo uno, indiscutible, fue el derecho de Castilla el que reguló la conquista. Se superpuso a las reglas de los gobernantes y gobernados nativos, el derecho del invasor, el derecho de Castilla que de acuerdo a las Capitulaciones de Santa Fe del 17 de abril de 1492, celebradas entre el futuro Almirante de las Indias y los Reyes Católicos, se debía adoptar en aquellas tierras que aún no tenían siquiera definición geográfica.

Este acto sólo pudo ser realizado de acuerdo a derecho, sólo pudo ser realidad ante el otorgamiento del Papa Alejandro VI, del dominio de toda la tierra descubierta a los Reyes Católicos por medio de la "Bulas Alejandrinas" (Inter. Caetera I, Piis Fidelium; Inter. Caetera II, Eximie Devotionis y la Didum Siquidem).

Alguien puede decir que los terribles cambios producidos por la invasión de la cultura conquistadora fueron el resultado del inevitable devenir del progreso de la historia y de la humanidad.

¿Pero alguien autorizaría en pleno siglo XXI a pagar los precios que se pagaron desde el siglo XV y que aún cinco siglos después, seguimos debiendo?

Sólo si nos identificamos, ayer como hoy, con el extranjero y no con el nativo (que hoy somos todos nosotros y no sólo los indios o indígenas), propenderemos a la integración que pretenda el desgarramiento.

Sostengo que la obligación de las elites pensantes y dirigentes de nuestras comunidades es prestar atención a la enseñanza que nos deja el duro camino recorrido en nuestra pasada integración económico-social al mundo que propone la civilización occidental.

Es insoslayable apuntar que aunque la clase dirigente en América Latina ha sido occidental desde el siglo XV (también incluso lo fue en los momentos en que se manifiestan los movimientos independentistas) ha primado en su territorio una población mayoritariamente de raíz indígena.

Sin embargo es cierto, como sostiene Rouquié, que "el indio no tiene mucho éxito en América ante las clases dirigentes. Marginado y excluido de la sociedad nacional, es culturalmente minoritario en todos los grandes Estados e incluso en los de las grandes civilizaciones precolombinas y de fuerte presencia indígena".²⁵

Estas sociedades no sólo diferían de los invasores por su color de piel y vestimentas. Poseían una cultura e instituciones de todo tipo que les permitieron grandes logros. Por lo tanto, coincidimos en que "incluso en los países más 'blancos' [comillas en el original] la trama indígena jamás está ausente y participa claramente en la conformación de la cultura nacional".²⁶

No es nueva la idea de la integración a las potencias mundiales; ya en los comienzos de nuestro autónomo andar las elites se encontraron con la tentación de acceder a la occidentalización total: dice la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812, en su

²⁴ Martínez Martínez, Julio Gerardo; "Historia del Derecho en América Hispana. Una reflexión hecha en y desde las tierras del Nuevo Mundo"; artículo en *Anuario de la Facultad de Derecho*, volumen XXI, 2003, 467-502.

²⁵ Rouquié, Alain; *América Latina. Introducción al Extremo Occidente*; Siglo Veintiuno Editores.

²⁶ *Ibidem*.

capítulo Iº del Título I: *“La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos periferios”*.

Vemos entonces, lo sentimos, que no es posible pensar en América Latina como ente cultural alejado de algún tipo de integración, comenzando por su nombre, de origen posiblemente napoleónico: “Esa América conquistada por los españoles y los portugueses es bastante latina, por lo menos hasta 1930, en la formación de sus elites donde la cultura francesa reina exclusivamente”.²⁷

Sin embargo, debemos reconocer que no somos occidentales, que tal como lo afirman ellos (los occidentales), formamos parte de la civilización latinoamericana.²⁸ ¿Por qué no ver las diferencias que a los occidentales les parecen obvias? ¿Por qué no buscarlas?

Las respuestas dadas a las siguientes preguntas nos darán fundamentos históricos a la toma de decisiones políticas que involucren a toda la región: ¿debemos definitivamente producir un desgarramiento kemeliano²⁹ de esta cultura y adoptar la occidentalización?; o ¿es nuestra obligación respetarnos tal cual somos y en consecuencia intentar un último rescate de nuestra verdadera identidad?; o ¿debemos condicionar nuestra integración a nuestras realidades regionales?; o ¿debemos ignorarlas y pretender adoptar las instituciones exógenas sin ningún miramiento y análisis?

Para todas estas preguntas necesitamos respuestas basadas en fundamentos históricos regionales, que se impongan a la culturalización occidental de las elites dirigentes, que pretenden que los habitantes de regiones totalmente diferenciadas a las correspondientes a los centros de poder se comporten por la sola adhesión a normas como correspondientes a su cultura.

El presente trabajo pretende instaurar la idea de que muchas de nuestras actitudes sociales pueden tener basamento en parámetros culturales inmersos en la desconocida pero seguramente amplísima (afirmo) cultura autóctona mimetizada, escondida por los naturales, como consecuencia del largo período de dominación (la real significación de este término no se encuentra en codificación alguna) española y occidental sobre los mismos.

Estas raíces y culturas desconocidas, en parte lo fueron al ser encubiertas, negadas y mimetizadas por los habitantes de origen local, al tiempo que fueron negadas o desconocidas por los habitantes de origen inmigrante europeo. Todo ello adunado a la destrucción sistemática de todo vestigio cultural que no tuviere significación eminentemente económica.

En muchas ocasiones, a pesar del esfuerzo de los locales por esconder toda actividad y pensamiento relacionado a sus creencias y costumbres, las elites dominantes (inmigrantes europeos, occidentales) le han adjudicado las miserias de los destinos del país, su ineficacia, su impericia. En fin, he escuchado, hasta de mi propia boca, decir que la culpa de nuestro retraso la tiene nuestra raíz indígena. Como la pata maltrecha de una silla. Ella es la culpable de la rotura y de la consecuente caída.

Sostengo la posibilidad de que la realidad cultural de la actual civilización latinoamericana (especialmente la conformada por los descendientes de las denominadas culturas andinas, mesoamericanas e indígenas sudamericanos) merezca un análisis detallado de diversos factores esenciales de su cultura.

Pretendo que la transculturación producida por la brutal Imposición de la conquista, no asimila la cultura latinoamericana a la occidental. Así como los indios de América filosófica y culturalmente no fueron nunca españoles. La pretendida mestización y

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Huntington, Samuel P.; *ob. cit.*

²⁹ *Ibidem*, Huntington se refiere a las diferentes maneras de adoptar, asimilar la cultura occidental en el caso de la Turquía contemporánea.

culturización de los bárbaros, aún no ha logrado imponer en su seno, de manera absolutamente indiscutible, los valores del conquistador occidental.

El análisis de varias instituciones jurídicas indianas vigentes antes de la llegada de los españoles, junto a concepciones filosóficas y sociológicas correspondientes a las civilizaciones precolombinas, podrían determinar ciertas conductas de las sociedades latinoamericanas, que se opondrían a la adopción definitiva de la civilización occidental.

La idea de este trabajo es analizar someramente para permitir un posterior estudio profundo de las instituciones indígenas: su análisis desde la perspectiva del derecho.

Como sabemos el derecho es expresión cultural de la sociedad. Es aceptado como elemento indispensable de crecimiento con equidad. La famosa "Suum cuiquere tribuere" (dar a cada uno lo suyo) del derecho justineano, con validez desde hace 1500 años para la civilización occidental grecorromana, así lo afirma. La idea de justicia es analizada científicamente desde los comienzos de la filosofía griega: sofistas, epicúreos, aristotélicos han estudiado y analizado la idea de justicia. En diversos tiempos y en diferentes actualidades sociopolíticas de la historia, se ha pretendido encontrar el quid filosófico de la definición de justicia.

Podemos observar máximas que algunas teorías emanadas de grupos sociales determinados (político, económico, social, etc.) han sostenido con el propósito de plasmar una positivación al concepto:

- A cada uno según su mérito
- A cada uno según su contribución
- A cada uno según sus necesidades
- A cada uno según su capacidad
- A cada uno según su rango y condición.

Para los conquistadores nada mejor que la definición aquiniense: *"El hábito virtuoso de la voluntad que nos inclina con constancia y firmeza a dar a cada uno lo suyo"*.

¿Se cumple hoy día con algunos de estos adagios? ¿Lo cumplen alguno de los integrantes de la sociedad de Davos?

Sostengo que se puede afirmar que existió una justicia en la América precolombina. Por supuesto que no perfecta. Pero se podría afirmar que los conceptos de justicia social son los máximos que existieron en este planeta, analógicamente a la idea de democracia que se obtiene del análisis de la ateniense.

Sostengo que en estas tierras las dos culturas dominantes sostenían, afirmaban y convivían con la idea de justicia: CONMUTATIVA, DISTRIBUTIVA y SOCIAL, todo esto en territorios de difícil supervivencia, con menos recursos de energía animal, intelectuales y distintas condiciones climáticas que en el otro lado del mundo.

Se afirma en diversos ámbitos culturales que no existió en las primitivas culturas originarias, debido a su estructural barbarismo, derecho alguno. Afirman seriamente con criterios provenientes de la ilustración positivista que sólo es derecho el escrito. Si embargo, si se trata de analizar otras culturas y sus correspondientes sistemas jurídicos, no se considera indispensable tal positivación. Así podemos leer de Alf Ross: "En los sistemas jurídicos primitivos, por otra parte, no puede trazarse una línea de división tajante entre las costumbres jurídicas y las que no son, porque la diferenciación entre las esferas de vida reguladas por el derecho y las libradas para los usos convencionales, no ha sido completada. Las condiciones se encuentran todavía en un estado de evolución, y es tarea propia del juez (y del legislador) decidir qué costumbres han de ser transformadas en derecho y cuáles no. Tal es lo que en gran medida ocurre con el derecho internacional. Es difícil decidir si una costumbre

internacional será aceptada como derecho o simplemente considerada como parte de la *comitas gentium*.”³⁰

Se sostiene aquí que existió un derecho precolombino. Y que este fue subsumido, reemplazado, mimetizado, a conveniencia de la civilización dominante.

Pretendo una mirada que permita (de manera imaginaria), asimilar, comparar aquella adopción del Derecho de Castilla por los habitantes originarios, con el actual intento de los globalistas de adoptar la normativa del ALCA, por pretender que la sola adopción nos elevará al nivel del mejor mundo: el de la civilización occidental.

¿Positivarán estas elites un acuerdo de integración que produzca la “reunión de todos {los españoles} de ambos periferios” a semejanza de la constitución común de las Cortes de Cádiz del 19 de marzo de 1812?

El análisis de los hechos producidos 500 años ha nos permite observar que existieron tres elementos integradores principales, civilizadores, en las manos de los hidalgos: **la fuerza de las armas; la ley y la religión.**

Dentro de estos tres elementos de integración, vemos que los conquistadores adoptaron algunos que se asemejaron a las costumbres indianas, transformándolos y adoptándolos para la explotación de la energía humana local. Tal asimilación fue producto de la inicial observación del comportamiento indígena por parte de los primeros adelantados. Muchos errores se cometieron en esta observación, producidos por la diferencia de lengua, pero y fundamentalmente, por la diferencia filosófico-sociológica de muchas de las instituciones vigentes. Ayer como hoy, mirada occidental de sociedad no occidental.

Nos dice Carmagnani: “Sostuvieron los recién llegados en sus relatos una serie de conceptos históricos, como los vertidos por Hernán Cortés en sus “Cartas de la conquista de México”: en su (segunda) carta a Carlos Vº, el 30 de octubre de 1520, relata actividades comerciales de mayor magnitud que las observadas (la comparación del conquistador deviene inevitable) en la plaza de Salamanca “*tiene otra plaza tan grande como dos veces la ciudad de Salamanca*”,... con “*cotidianamente arriba de sesenta mil ánimas comprando y vendiendo*”.”³¹

El padre Juan de Velasco sostenía que los incas tenían “*leyes admirables, que pudieron formar de un dilatado imperio una sola familia bien arraigada en las costumbres, una sola casa proveída de cuanto menester con economía tan asombrosa, que jamás se vio un mendigo, un ocioso ni un embustero, y leyes que supieron mantener un grande cuerpo con bien observada armonía entre los miembros*”.”³²

Francisco López de Gómara, el cronista de Indias, escribe sobre Cuzco, la capital incaica, su derecho, peculiaridades y costumbres: “*Se casan con cuantas quieren y hasta algunos con sus hermanas, pero estos últimos son soldados. Castigan de muerte al adulterio; sacan los ojos al ladrón, que me parece merece el castigo más propio. Guardan mucha justicia en todo, y hasta dicen que la ejecutan los mismos señores. heredan los sobrinos y no los hijos; solamente los incas heredan a sus padres, como el mayorazgo*”.”³³

En las “Décadas” se lee “...; y que en Cajas vió una casa grande, cerrada de tapias a manera de fortaleza, en la cual entendió que había muchas mujeres hilando y tejiendo ropas para el ejército real, sin que estuviesen con ellas más que los porteros, para su guarda y que en la entrada del pueblo vio ciertos indios ahorcados por los pies; y

³⁰ Ross, Alf; *Sobre el Derecho y la Justicia*; Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

³¹ Cortés, Hernán; “Cartas de la conquista de México”; segunda carta a Carlos Vº fechada el 30 de octubre de 1520.

³² Espinosa Cordero, N; *La Historia de España en América*; Compañía Iberoamericana de Publicaciones, Madrid, 1931, págs. 71 y 72, citado en *Para una Historia de América*, volumen I; Las Estructuras, ob. cit.

³³ López de Gómara, Francisco; “Hispania Victrix”, citado por Julio Gerardo Martínez Martínez en *Anuario de la Facultad de Derecho*, volumen XXI, 2003, Historia del Derecho en América Hispana, págs. 467-502.

entendió que por haber entrado uno a la casa a dormir con una mujer de aquel recogimiento, mandó el inga hacer aquella justicia en él y en los porteros. “, ...”y que a cada cuatro leguas había una casa a manera de venta, que llamaban tambo, para aposentarse los pasajeros, y que a las puertas de estos pueblos estaba un guardián cobrando los portazgos, y que nadie podía sacar carga de ellos si no la medía, salvo la gente de guerra; refirió asimismo que halló en los dos pueblos dos casas rellenas de calzado y mantenimiento para el ejército de Atahualpa.”³⁴

Analizaremos entonces diversas instituciones del derecho precolombino.

● Instituciones de tipo laboral

Muchas de estas instituciones tenían un componente de lo que ahora llamaríamos tributario, junto a otros de carácter social, al contribuir al mantenimiento de instituciones paraestatales que contenían a los trabajadores, contención que privilegiaba el autoabastecimiento de toda la población. Estas instituciones permitían que todos los habitantes estuvieran contenidos dentro de un hábitat social que garantizaba medios de vida suficientes para todos y, fundamentalmente, asegurar el sentido de pertenencia a un determinado grupo social, en lo esencial de raíz familiar.

Es importante recordar que en América a la llegada de los españoles no existía la moneda, por lo que son aun más destacados los grandes logros económicos alcanzados por las sociedades andinas y mesoamericanas.

Posibles cuestionamientos sobre diferencias de concepciones filosóficas entre las dos culturas devienen certidumbres al analizar las distintas interpretaciones y alcances que cada una de ellas les daba al término “trabajo”, siguiendo a N. Wachtel, R. Romano y M. Carmagnani, los que diferencian a las civilizaciones de acuerdo al sentido y la etimología de la palabra trabajo. Para los nativos de estas tierras, el trabajo era considerado como una especie de culto a la divinidad. Para los mixtecos, la siembra es un culto al dios de la tierra, que con la cosecha da en donación lo que ha recibido del sembrador.

Son difíciles de evaluar las consecuencias del violento choque de concepciones entre los americanos y los europeos respecto de la relación entre naturaleza y cultura. Para los invasores la naturaleza debe ser puesta al servicio del hombre; a la inversa de la americanista. Agresión vs. pertenencia.

- **Agresión** puesto que no es importante ni la forma ni la cantidad de recursos naturales extraídos de la tierra, para su posterior transformación económica en riquezas personales.
- **Pertenencia** puesto que el nativo se sentía parte integrante de un ciclo vital que incluía la vida, lo espiritual y la tierra, que todo aunado brindaba un equilibrio cósmico, dentro del cual el hombre sólo se sentía como una pieza integrante del mismo, importante, pero en conjunción con las otras, debiendo proteger ese equilibrio, hasta con su propia vida si era necesario.

Afirma Carmagnani que no es casualidad que en cambio para los europeos el **término trabajo venga del latín tripaliare: torturar sobre el tripalium**, nombre de las tres cuñas de madera sobre la que se aplicaban azotes a los esclavos.

Zona andina

Mita: El tributo al Estado se daba (principalmente) no en bienes, sino en trabajo, y este trabajo estaba dividido en diversas categorías o etapas. Además del trabajo personal, destinado a la siembra o tareas agrícolas que permitieran la obtención de la variada alimentación de los nativos, existían distintos tipos de trabajo comunitario. La mita,

³⁴ “Antonio de Herrera y Torrecillas. Décadas”, bajo el título: “Historia general de los hechos de los castellanos en las Islas y Tierra-Firme del Mar Océano”, citado en ibídem.

palabra aparentemente derivada del quechua: “**tanda o vez**” definía el tipo de trabajo destinado al Estado. Por ella los trabajadores hombres y mujeres eran llamados para un reclutamiento de servicios laborales que eran requeridos por el Estado a la amplia mayoría de sus súbditos o **ayllu**. La mita era la principal fuente de energía humana del Estado incaico, indispensable para la construcción de la infraestructura del imperio, como la construcción de caminos, obras de irrigación, para la agricultura, minería, construcción y conservación de los caminos, tambos y otras obras públicas como edificios públicos, santuarios, monumentos religiosos; y también para las actividades diarias de los señores incas y sus mujeres: servir a la elite, pastorear llamas y cuidar a las momias de los jefes de Estado ya fallecidos. El reclutamiento estaba en manos de los camayoc-curacas, que eran los responsables tanto de ejecutar las órdenes, como de garantizar la presencia de los trabajadores requeridos por la autoridad. Estos grupos de familias eran dirigidos por los camayoc-curacas, que proporcionaban los trabajadores, determinaban sus tareas y ejercían la supervisión del trabajo. Existe una fuerte relación de reciprocidad en el interior del ayllu, al tiempo que el Estado aplica una redistribución de lo obtenido mediante el tributo.

Los habitantes sólo podían ser llamados una vez por año y a partir de cumplir los 18 años y sólo una minoría podían llegar a ser destinados a mayor tiempo de trabajo, siempre manteniendo su vínculo con su comunidad de origen, lo que revestía suma importancia para los nativos.

Una persona empezaba a ser parte de la fuerza laboral de la comunidad desde los 9 años; los grupos de edad se formaban de 9 a 12, de 12 a 18, de 18 a 25, de 26 a 50, de 50 a 80 y de 80 en adelante.

Esta institución permite tanto al ayllu como a cada uno de los miembros que, una vez cumplidas las tareas, ni el inca ni el curaca tienen derecho a intervenir en la autonomía del ayllu, por lo que su vida es completamente autónoma de la presión del Estado.

Mesoamérica

Simplificando esta exposición, sólo mencionaremos que para el imperio mixteca, dominante en la Mesoamérica, existía una institución similar, sólo que denominada coatequitl. Dependían de su propio Calpulli. En este caso la cantidad de trabajo asignada era mayor para los que no poseían tierras. Aquí los macehualtin podían rentar tierras, a cambio de trabajo o bienes.

Los denominados **mayerques** eran destinatarios de otro tipo de relación socio-laboral: esta era realizada para los teuctli y tlatoani, nobles del Estado mixteca, que recibían las tierras como parte de sus cargos honoríficos o administrativos.

Yana

Antes de la llegada de los europeos, los yanaconas no estaban vinculados con comunidades específicas; se encontraban al servicio de los miembros de la elite inca. Este era uno de los casos en que el hombre se encontraba desligado de algún tipo de relación familiar, perteneciente a determinada comunidad. Por el contrario, el trabajar de yana de algún señor, implicaba una especie de dependencia similar a la esclavitud, al tiempo que determinaba la no pertenencia a comunidad alguna. Algunos autores sostienen que esta institución inca era equivalente a la esclavitud. Sin embargo actualmente encontramos evidencias de que correspondería no asimilarlas puesto que entre otras cosas no era vitalicia, no era hereditaria, podía ser temporal, en caso de no serlo se podía comprar; de madres yanas no nacían hijos dependientes, ni tampoco de padre sometido. Sin embargo, no cabe duda de que en la mayoría de los casos, no era socialmente bien valorada. Rescato como elemento agravante el hecho de que los yanas dejaban de pertenecer a su comunidad original, lo que les ocasionaba una pérdida espiritual insalvable por nosotros.

● Posesión de la tierra

Es este otro elemento de fuerte diferenciación entre las dos culturas o mundos, No es aceptado unánimemente por los historiadores que el concepto de propiedad desde el contenido jurídico estricto del derecho romano, sea aplicable a la concepción de la tenencia, dominio o uso de la tierra en estas latitudes.

Existen dos ramas de historiadores bien diferenciadas respecto al eje central de definir si existía o no propiedad privada. Sin embargo debo aclarar que, aun cuando se acepte la teoría de la existencia de propiedad privada, esta posesión no sería asimilable al concepto de propiedad privada derivado del derecho romano. Por supuesto que el *ius abutendi* no es concebido por el derecho indígena, debido a la concepción sagrada del suelo junto con la complementariedad del ambiente. Aquella idea individualista grecorromana de dominio, posesión y tenencia de la tierra no es posible concebirla dentro de la relación que el americano tiene con ella.

El análisis de esta institución nos brinda elementos que permiten comprender la existencia de un estatus jurídico intermedio entre lo que actualmente se denomina Derecho Privado y Derecho Público.

En un primer análisis del aparato administrativo incaico, podemos plantear sistemáticamente respecto a la posesión de la tierra, lo siguiente:

1. Derecho Inherente a la familia

- **Autoabastecimiento.** El bien jurídico tutelado no es la simple posesión de la tierra en si misma, sino su capacidad, mediante el trabajo aportado por la energía humana, de extraer frutos que alcancen la autosuficiencia de los grupos humanos.

2. Derechos Administrativos / Sociales

- **Administrativos.** Mediante la explotación administrativa de ciertas tierras se lograba el abastecimiento de ciertos grupos de poder, que eran necesarios para el sostenimiento del imperio.
- **Sociales.** Los diferentes estratos sociales se veían beneficiados por distintos otorgamientos de tierras. Así tanto los huacas, panacas y ayllus recibían determinadas parcelas, de acuerdo con sus necesidades sociales, políticas o militares.

3. Derechos estatales o religiosos

- **Administrativos**
- **Religiosos.** Se otorgaban tierras tanto para el mantenimiento de las elites religiosas, como para erigir monumentos (huacas), como para su mantenimiento, al serle provista a cada huaca, alimentos, obsequios y sacrificios, por parte de la comunidad responsable adoradora.

Derecho al autoabastecimiento. Incluía todo tipo de necesidades, que eran satisfechas por el poder central. Para ello se contaba con un efectivo régimen contable que permitía tanto conocer las necesidades como las existencias de todo tipo de productos en las arcas imperiales.

1. Tierras
2. Ganado
3. Ajuar. Mantas, comida, bebida

4. Vivienda. En la construcción participaban instituciones laborales/administrativas: mita, mitmaq, yanas, junto a la colaboración voluntaria de la comunidad

Derechos patrimoniales. La posesión de las cosas (*res*) se lograba mediante:

1. Trueque
2. Entrega por el administrador
3. Adquisición en la guerra

Realizamos un primer análisis, una comparación analítica entre los denominados derechos reales en el área en estudio, tomando como centro a la posesión de la tierra:³⁵

1. **Esencia.** Complejo de facultades con destinos comunitarios y no personal. Criterios ecológicos y de integración en el mismo sistema del hombre, la tierra y sus frutos.

2. **Objeto.**

- Autoabastecimiento (para los hatun runa)
- Status: para los:
 - a) Inca
 - b) Panaca.
 - c) Ayllus (incluyen las tierras para los hatun runas)

3. **Elementos.**

- a) **Sujetos.** Inca – Ayllu – Hatun Runa.
- b) **Objeto.** Tierra – Frutos.
- c) **Motivación.** Autoabastecimiento: en consecuencia se modifica la superficie del tupu a poseer/entregar: mayor superficie del tupu: a menor rendimiento y viceversa.

4. **Inmediatez.** Es mediata: sólo se posee mediante la relación: trabajo - frutos - necesidades - autoabastecimiento.

5. **Régimen legal.** Principios de orden público-estatal: el Estado vela por las necesidades de todos los habitantes

6. **Adquisición.**

- a) **Modo.** Asignación administrativa
- b) **Título.** Registros administrativos centralizados

7. **Oponibilidad.** *erga omnes*

8. **Publicidad.** Mediante la inscripción en complejos sistemas de contabilidad de todos los recursos dados en posesión, como de los disponibles. Clasificación de los mismos de acuerdo a diferentes parámetros como: fertilidad, humedad, altitud, etcétera.

³⁵ Tomamos como parámetro la sistematización y el análisis realizado por Edmundo Gatti y Jorge H. Alterini en *El Derecho Real. Elementos para una Teoría General*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, págs. 51-58.

9. **Ejercicio.** No absoluto. Inexistencia del criterio del *ius abutendi*. Necesidades de respetar los ciclos de cultivos con períodos de descanso. Concepto ecológico avanzado
10. **Prescripción.** No. La posesión de la tierra sigue criterios de necesidades y utilidad a la comunidad
11. **Permanencia.** Temporarios para la mayoría de las posesiones. Existen evidencias de excepciones a este principio
12. **Duración.** Sólo temporales. No parece existir el concepto de posesión perpetua
13. **Inherencia.** existe relación inescindible entre la cosa (la tierra, el tupu) y los frutos que de ella se puedan extraer
14. **Ius persecuendi.** Sólo para cosas muebles
15. **Ius preferendi**
16. **Divisibilidad hereditaria.** No existe transmisibilidad por muerte de los titulares. En algunas excepciones: la momia del fallecido seguía poseyendo la totalidad de sus tierras (en manos de su panaca)
17. **Extinción.** Por decisión imperial. El abandono era penado bajo el mismo concepto de utilidad y necesidad de los frutos
18. **Contenido jurídico/económico.** Funciones comunitarias y de orden social: autoabastecimiento, religioso, militar, administrativo
19. **Competencia.** De acuerdo al lugar de la cosa

En principio debemos afirmar que la tierra, todo el suelo, era propiedad del imperio, que por intermedio de su jefe era destinado a diferentes usos y personas.

Sería simplificar afirmar la conocida división tripartita: tierras del Inca (Estado), tierras del Sol; y tierras de los Hatun Runa.

Tal simplificación no es certera, puesto que existen conceptos que son más complejos y diversos.³⁶ Variaba de acuerdo a la cultura la certeza de la posesión, su duración, su transmisibilidad; tampoco fueron únicos los destinos prefijados para las parcelas dadas en posesión. Entre otros destinos encontramos:

A. Autoabastecimiento de las familias constituidas

- a. **Familias comunes.** A partir de la constitución. Preveía el aumento de la tierra destinada a cada una a medida que aumentaba sus integrantes (nacimientos), aún para los hatún runas (eslabón inferior del estrato social incaico). La asignación de tupus a cada familia no dependía de criterios uniformes. Así no eran fijos la cantidad de tupus dados a cada familia; sino que el área que definía a un tupu era variable, el principal criterio: la utilidad de la tierra. Entonces, a menor productividad de la tierra un tupu tenía mayor superficie; a mayor cantidad de integrantes de la familia: mayor cantidad de tupus.
- b. **Ayllus y panacas.** Estas instituciones sociales y administrativas incaicas formaban parte de la elite y aristocracia. Aparentemente de descendencia patrilínea los ayllus; comparables a los panacas; de ascendencia matrilineal. Se destinaban tierras para su sostenimiento, y también para el funcionamiento de las diferentes necesidades del ayllu; incluían diferentes actividades administrativas, militares, religiosas, etcétera.

³⁶ Rstowowski de Diez Canseco, María. *Historia del Tahuantinsuyu*, IEP ediciones, 1992.

B. Tierras destinadas a funciones religiosas

Huaca. Tierra destinada a la instalación de templos para los ídolos de menor jerarquía, erigidos y mantenidos por las comunidades (que incluía la entrega de alimentos y sacrificios dados al ídolo en cada huaca).

C. Tierras del Inca. Aquí se engloban un sinnúmero de funciones que se podía dar a la tierra, todas ellas destinadas al mantenimiento del sistema de gobierno y de administración. Corresponde al criterio filosófico de la repartición; que era comprendido y aceptado (en mayor o menor grado) por la sociedad autóctona.

D. Tierras del Sol. Estas tierras se destinaban al sostenimiento del culto central del imperio.

Estado azteca. Aquí nos encontramos con divergencias de los historiadores respecto de la propiedad privada. Morgan en su *Ancient Society* (1877) y Bandelier (1878-1880), al difundir sus teorías, sostienen la conformación social de grupos relacionados por vínculos sanguíneos, los que a veces se reunían en confederaciones. Posteriormente estas afirmaciones son refutadas por Moreno, Monzón, Kirchoff, Caso y Katz, afirmando la existencia de **clases sociales basadas en la propiedad de la tierra**. Sin embargo Pedro Carrasco y otros han realizado nuevas proposiciones que sostienen una explotación y trabajo colectivo de la tierra. Así periódicamente estas comunidades se organizaban bajo el dominio de un grupo que se quedaba con los excedentes y distribuía los beneficios entre los miembros.³⁷ Podemos ver la distribución de la tierra realizada por los mexicas inmediatamente después de su victoria sobre los topanecas en 1430: “..los primeros a quienes se asignaron las tierras fueron a los de la casa real, ...once parcelas de tierra al consejero del soberano... y también dos o tres parcela a los distintos pipiltin en proporción a sus méritos y cargos.”³⁸

Entonces ¿las tierras que el soberano y los pipiltin poseen las tienen en propiedad privada o de manera temporal y de acuerdo a sus cargos? Leslie Bethell desliza la posibilidad de que la propiedad sólo se relaciona con los cargos y transcribe un párrafo de la “Carta al Emperador” de Sebastián Ramírez de Fuenleal, del 1º de noviembre de 1532: “... el señor tiene varias tierras en varios territorios anexionados a su reino, y los macehualtin las cultivan para él y lo veneran como señor, y esas tierras las poseerá el que le suceda como soberano ...” Sin embargo es evidente que estos soberanos no tienen **título** de las posesiones dadas, por lo que se aprecia que el criterio de posesión de la misma no coincide con el título que otorga dominio perfecto sobre la propiedad en el derecho romano. Del mismo modo no existe el otro elemento que le da perfección al derecho real: **el modo**. En esta concepción la posesión es deferida por el Tlatoque o Inca, y la misma vuelve a él en caso de muerte o por destitución del poseedor o beneficiario. Otro elemento en contra de la concepción del derecho real de dominio sobre la tierra, es la inexistencia de derecho sucesorio. La concepción espiritualista de la vida no concibió como importante el traslado de los bienes materiales de las personas a sus sucesores. No se podía llevar bienes al mundo del subsuelo. Sólo algunos señores eran sepultados con determinados bienes, para ser utilizados por ellos mismos en el otro mundo. También se observan determinadas momias que conservan durante determinado tiempo sus tierras que eran administradas por sus familias (no se puede determinar que correspondan a nuestro derecho sucesorio, sino más bien a una combinación de familia matrilineal con características sociales y políticas).

Creo que queda plasmado con esta presentación que mi intención es resaltar lo importante de que conocer el Derecho que rigió en las comunidades originarias, mas no es sólo un afán de reconstrucción histórica, tampoco pretende este trabajo (ni mi entusiasmo en este tema) una reivindicación moral o de justicia para con ellos (que se

³⁷ Bethell, Leslie; ed. *Historia de América Latina*; tomo 1; de la traducción castellana para América y España; Editorial Crítica, 2000.

³⁸ Duran, *Historia de las Indias*, tomo I, pág. 101.

debe procurar en otros ámbitos). Afirmo, por el contrario, que el conocerlo nos puede dar información sobre muchos comportamientos actuales de muchas de nuestras comunidades, que aún hoy cumplen con mandamientos sociales históricos propios, antes que con el jurídico legal existente e impuesto por la paulatina absorción de la cultura occidental de la mano de la emancipación de la civilización occidental hacia este continente. ■

● Direcciones electrónicas útiles

Declaración Mundial sobre Educación Superior www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration:spa.htm	Red europea sobre deuda y desarrollo (EURODAD) http://eurodad.org	Comisión de las Comunidades Europeas http://europa.eu.int
---	--	--

Autoridades del IIL-UNLP <u>Directora</u> Noemí Mellado <u>Secretarios de la Maestría</u> Marcelo Halperin Sergio R. Palacios <u>Secretaria Académica</u> Mirta Estela Miranda	Informe Integrar <u>Directora Editora</u> Noemí Mellado <u>Directora Asistente y Coordinadora Académica</u> Clara Amzel-Ginzburg
--	---

Esta publicación es propiedad del Instituto de Integración Latinoamericana de la Universidad Nacional de La Plata. Registro de la Propiedad Intelectual N° 960.725.
Hecho el depósito que marca la Ley 11723. Impreso en Argentina.
Las notas publicadas en **Informe Integrar**, que expresan exclusivamente la opinión de sus autores, se pueden reproducir con indicación de la fuente.