

DERECHO PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO



F U N D A D A E N 1 9 4 4

86

DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO:
TEMAS ACTUALES EN COMERCIO,
INVERSIÓN Y DERECHO TRANSNACIONAL



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FONDO
EDITORIAL

DERECHO PUCP

F U N D A D A E N 1 9 4 4

86
2021

DERECHO INTERNACIONAL
ECONÓMICO: TEMAS ACTUALES
EN COMERCIO, INVERSIÓN Y
DERECHO TRANSNACIONAL



FONDO
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: (51 1) 626-2650
Fax: (51 1) 626-2913
feditor@pucp.edu.pe
www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Derecho PUCP se registra en los siguientes índices, bases de datos, directorios y catálogos:

- Índices: Scopus, Emerging Sources Citation Index (Web of Science), Redalyc, SciELO Perú, Index to Foreign Legal Periodicals (IFLP), ERIH PLUS, Dialnet, Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB).
- Base de datos: Hein Online, CLASE, EbscoHost.
- Directorios: BASE, JournalTOCS.
- Catálogos: Primo Central, WorldCat, Catálogo Colectivo de la Red de Bibliotecas Universitarias (Catálogo REBUIIN), vLex, La Referencia, ALICIA (Concytec).

Derecho PUCP es una revista de investigación académica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, comprometida con el debate general de ideas. Publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria, que tengan el carácter de inéditos y originales, los cuales son evaluados por pares externos bajo el sistema doble ciego.

La periodicidad de la revista es semestral y aparece, tanto en su soporte físico como en su versión digital, en el primer día del periodo de publicación. El primer número de la revista abarca el periodo de junio a noviembre, y el segundo, de diciembre a mayo.

El público al que se dirige *Derecho PUCP* es principalmente: (1) investigadores en derecho y en ciencias afines, (2) profesionales en derecho y (3) comunidad universitaria.

La versión electrónica de la revista está disponible en <http://revistas.pucp.edu.pe/derechopucp>

Corrección, cuidado de edición y diagramación: Pesopluma S.A.C.
www.pesopluma.net | contacto@pesopluma.net

Coordinadora editorial: Rosa Natalí Llique Ramírez

El contenido de los artículos publicados en *Derecho PUCP* es responsabilidad exclusiva de los autores.

e-ISSN: 2305-2546

Primera edición: mayo 2021

EDITORIA GENERAL

Ingrid Díaz Castillo
Pontificia Universidad Católica del Perú

CONSEJO EDITORIAL

Marisol Anglés Hernández
Universidad Nacional Autónoma de México

Reynaldo Bustamante Alarcón
Universidad del Pacífico

Rémy Cabrillac
Universidad de Montpellier

Nadia de Araujo
Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro

Marina Gascón Abellán
Universidad Castilla-La Mancha

Michele Graziadei
Universidad de Turín

Claudia Carolina Mejías Alonzo
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Roger Merino Acuña
Universidad del Pacífico

Rómulo Morales Hervías
Pontificia Universidad Católica del Perú

Claudio Nash Rojas
Universidad de Chile

Martha Neme Villarreal
Universidad Externado de Colombia

Cecilia O'Neill de la Fuente
Universidad del Pacífico

Alba Ruibal
Universidad Nacional de Córdoba

CONSULTOR TEMÁTICO

Víctor Saco

CONSEJO CONSULTIVO

Robert Post
Universidad de Yale

Jemima García-Godos
Universidad de Oslo

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Guido Calabresi
Universidad de Yale

Antônio Cançado Trindade
Universidad de Cambridge

Francisco Fernández Segado
Universidad Autónoma de Madrid

Owen Fiss
Universidad de Yale

Juan Gorelli Hernández
Universidad de Huelva

Peter Häberle
Universidad de Friburgo

Mônia Clarissa Hennig Leal
Universidad de Santa Cruz do Sul

Antonio Ojeda Avilés
Universidad de Sevilla

Luis Prieto Sanchís
Universidad Castilla-La Mancha

Umberto Romagnoli
Universidad de Bolonia

Néstor Pedro Sagüés
Universidad Complutense de Madrid

Tomás Salvador Vives
Universidad Complutense de Madrid

César San Martín Castro
Pontificia Universidad Católica del Perú

Juan María Terradillos Basoco
Universidad de Cádiz

CONTENIDO

DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO: TEMAS ACTUALES EN COMERCIO, INVERSIÓN Y DERECHO TRANSNACIONAL

COMERCIO

- 9 El artículo XXI del GATT y la agresión: hacia una interpretación compatible con la unidad del orden jurídico internacional
LUCIANO PEZZANO
- 39 La Alianza del Pacífico y el CPTPP: ¿alternativas para la solución de diferencias ante la OMC?
NATALIA GALLARDO-SALAZAR / JAIME TIJMES-IHL
- 73 ¿Cómo enverdecer el derecho comunitario andino?: propuestas para insertar políticas de precios al carbono en un contexto de recuperación verde de la Comunidad Andina
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI / PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA / CARLOS TRINIDAD ALVARADO

INVERSIONES

- 107 El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción
CHRISTIAN CARBAJAL VALENZUELA /
YOLANDA MENDOZA NEYRA
- 145 Los capítulos de inversiones en la Alianza del Pacífico, el CPTPP y el T-MEC: convergencia sustantiva, divergencia procesal
JUAN-FELIPE TORO-FERNÁNDEZ / JAIME TIJMES-IHL

DERECHO TRANSNACIONAL

- 181 Ventas marítimas y confluencia contractual
JOSÉ ANTONIO PEJOVÉS MACEDO
- 225 La necesidad de actualización y perfeccionamiento de la
regulación de la insolvencia transfronteriza en Cuba
ADRIANA MAE MOLINA RIVAS

MISCELÁNEA

- 251 La especialidad en la ejecución de la sanción privativa de
libertad juvenil: análisis desde el derecho internacional
de los derechos humanos y la doctrina
ÁLVARO CASTRO MORALES
- 291 Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a
propósito de los precedentes constitucionales chilenos
sobre el *nasciturus*
ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO / JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ
- 323 Experiencias frente a la migración: buenas prácticas locales
en ciudades suramericanas
MARÍA TERESA PALACIOS SANABRIA / BEATRIZ
LONDOÑO TORO / NATHALIA HURTADO DÍAZ
- 363 Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial
ROCÍO VILLANUEVA FLORES

INTERDISCIPLINARIA

- 397 Razonamiento moral e identidad moral en abogados
dedicados al arbitraje
JORGE VILLALBA GARCÉS / SUSANA FRISANCHO
HIDALGO / ALESSANDRO CAVIGLIA MARCONI /
MARLENE ACHANTE RULLÉ

DERECHO INTERNACIONAL
ECONÓMICO: TEMAS
ACTUALES EN COMERCIO,
INVERSIÓN Y DERECHO
TRANSNACIONAL

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

El artículo XXI del GATT y la agresión: hacia una interpretación compatible con la unidad del orden jurídico internacional*

GATT article XXI and aggression: Towards an interpretation compatible with the unity of the international legal order

LUCIANO PEZZANO*

CIJS-UNC/CONICET (Argentina)

Resumen: En este artículo se sostiene que las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) no resultan ajenas a la gravedad de la agresión ni a las consecuencias de su prohibición en el derecho internacional. En ese sentido, el artículo XXI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), al permitir la adopción de medidas necesarias para la protección de los intereses esenciales de la seguridad de un Estado «en tiempos de guerra», debe ser interpretado a la luz de las disposiciones generales en materia de agresión. Este objetivo nos llevará necesariamente a considerar si los órganos del sistema de solución de diferencias (SSD) de la OMC son competentes para entender en una situación en la que se ha cometido un acto de agresión y, en términos generales, qué implicancias —principalmente jurídicas, pero también políticas e institucionales— tiene la violación del *ius cogens* en una diferencia ante el SSD. Con tal fin, esta investigación explora el contenido y alcance del artículo XXI del GATT y su interpretación, en particular, acerca del significado del término «guerra» en su apartado b, inciso iii, para luego pasar a considerar las implicancias de su posible aplicación a la luz de las normas internacionales en materia de agresión y las competencias de los órganos del SSD al respecto. En relación a esto último, el artículo evalúa las alternativas a las que se podría enfrentar un grupo especial ante una invocación del artículo XXI por un Estado agresor y, rechazando la posibilidad de que se realice una interpretación y aplicación de la disposición aislada de las normas en materia de agresión, se exploran eventuales soluciones a las que el grupo especial puede arribar, manteniendo un equilibrio entre la eficacia del sistema y la unidad del orden jurídico.

Palabras clave: Artículo XXI del GATT, sistema de solución de diferencias de la OMC, agresión, *ius cogens*

Abstract: This article contends that the World Trade Organization (WTO) rules are affected by the gravity of aggression and the consequences of its prohibition on international law. In this regard, article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), by enabling the adoption of

* Una versión preliminar de este trabajo se presentó en el XXXI Congreso Argentino de Derecho Internacional, realizado en Córdoba, Argentina, del 4 al 7 de septiembre de 2019, bajo el título «El artículo XXI del GATT y la agresión», mas no fue publicada.

** Abogado por Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Argentina. Magister en Relaciones Internacionales y doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina; y becario postdoctoral CIJS UNC/Conicet. Profesor ayudante «A» de Derecho Internacional Público en la UNC. Profesor asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración en la UCES San Francisco.

Código ORCID: 0000-0002-6794-7915. Correo electrónico: luciano.pezzano@unc.edu.ar

measures necessary for the protection of the essential security interests of a State «in times of war», must be interpreted in the light of general provisions on aggression. This objective will necessarily lead us to consider whether the bodies of the WTO dispute settlement system (DSS) are competent to understand, in a situation where an act of aggression has been committed and in general terms, what implications —mainly legal, but also institutional and political in nature— the violation of the *jus cogens* has in a dispute before the DSS. To this end, this investigation explores the content and scope of GATT's article XXI and its interpretation, in particular, of the meaning of the term «war» in subparagraph b, subsection iii, and then considers the implications of its possible application in the light of international rules on aggression and the jurisdiction of SSD bodies in this regard. The article assesses the alternatives that a panel might face in view of an invocation of article XXI by an aggressor State and, rejecting the possibility of an interpretation and application of the provision isolated of the rules on aggression, explores possible solutions to which the panel may enter, maintaining the balance between the efficacy of the system and the unity of the legal order.

Key words: GATT's article XXI, WTO dispute settlement system, aggression, *jus cogens*

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL ARTÍCULO XXI DEL GATT.- II.1. LA INTERPRETACIÓN DEL APARTADO B).- II.1.1. COMPETENCIA PARA LA INTERPRETACIÓN.- II.1.2. LA PRETENDIDA NATURALEZA POLÍTICA DE LA CUESTIÓN.- II.1.3. EL SIGNIFICADO DE «GUERRA» EN EL APARTADO B), INCISO III).- III. LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO XXI, APARTADO B), INCISO III), EN CASO DE AGRESIÓN.- III.1. LA DIMENSIÓN SUSTANCIAL: ¿PUEDE UN AGRESOR VALERSE DEL ARTÍCULO XXI?.- III.2. LA DIMENSIÓN PROCESAL: LA COMPETENCIA LOS ÓRGANOS DEL SSD PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA Y LOS EFECTOS DE UN ACTO DE AGRESIÓN.- III.2.1. EL ÓRGANO NO PUEDE APARTARSE DE SU COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*.- III.2.2. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL ACTO DE AGRESIÓN POR LOS ÓRGANOS DEL SSD ES IMPRESCINDIBLE A LOS FINES DE INTERPRETAR Y APLICAR EL ARTÍCULO XXI.- III.2.3. EN UN CASO QUE REQUIERA LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN ACTO DE AGRESIÓN, LOS ÓRGANOS DEL SSD DEBEN DECLINAR EL EJERCICIO DE SU COMPETENCIA.- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

La actual crisis del sistema de solución de diferencias (SSD) de la Organización Mundial de Comercio (OMC) no ha impedido que, en recientes pronunciamientos, dos grupos especiales hayan analizado e interpretado, por primera vez en la historia de la organización, las denominadas «excepciones de seguridad», consagradas en el artículo XXI del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en otros acuerdos de la OMC (Arredondo & Godio, 2019; Baena Rojas, 2019).

11

El contenido y alcance de la norma, y en particular la competencia de los órganos del SSD a su respecto, han sido materia de gran discusión en la doctrina, renovada por los informes de los grupos especiales en las diferencias *Rusia - Medidas que afectan el tráfico en tránsito* (en adelante, *Rusia - Tráfico en tránsito*), de 2019, y *Arabia Saudita - Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual* (en adelante, *Arabia Saudita - Propiedad intelectual*), de 2020. Sin embargo, no pretendemos aquí un exhaustivo análisis de la norma ni de su interpretación en tales casos. Nuestro objetivo es más preciso, pero no por ello menos ambicioso: nos proponemos analizar el artículo XXI con relación a la prohibición de la agresión en el derecho internacional.

Pensamos que la agresión es tan grave que conmueve los cimientos mismos de la comunidad internacional, de allí que su prohibición se haya convertido en una de las normas fundamentales del derecho internacional contemporáneo y que las consecuencias de su violación se expandan por la totalidad del ordenamiento jurídico. Estas no se limitan al ámbito de la responsabilidad internacional (tanto estatal —por el acto de agresión— como individual —por el crimen de agresión—) y al sistema de seguridad colectiva, sino que también se encuentran en otras ramas del derecho internacional, como —para lo que nos interesa aquí— en las normas que regulan el comercio internacional.

En efecto, sostendremos aquí que las normas de la OMC no resultan ajenas a la gravedad de la agresión ni a las consecuencias de su prohibición en el derecho internacional. Este trabajo tiene por objeto demostrar esta «fuerza expansiva» de la prohibición de la agresión a través de sus efectos en el SSD. En ese sentido, pensamos que el artículo XXI del GATT, al permitir la adopción de medidas necesarias para la protección de los intereses esenciales de la seguridad de un Estado «en tiempos de guerra», debe ser interpretado a la luz de las disposiciones generales en materia de agresión. Este objetivo nos llevará necesariamente a considerar si los órganos del SSD son competentes para entender en una situación en la que se ha cometido un acto de agresión, y en términos generales, qué implicancias tiene la violación del *ius cogens* en una diferencia ante el SSD.

Con tal fin, comenzaremos explorando el artículo XXI del GATT y su interpretación, para luego pasar a considerar las implicancias de su posible aplicación a la luz de las normas internacionales en materia de agresión y las competencias de los órganos del SSD al respecto.

En ese sentido, debemos señalar que la mayoría de los autores que han abordado este tema se centran en la discutida cuestión de la competencia de los órganos del sistema de solución de diferencias de la OMC para interpretar el artículo XXI, pero no han abordado con anterioridad la temática precisa que proponemos. De otro lado, los autores que más

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

han reflexionado sobre la agresión en el derecho internacional no se han preguntado sobre sus implicancias en las normas relativas al comercio internacional en general, ni al artículo XXI del GATT en particular. Es decir, la tesis sostenida en este artículo, aunque firmemente basada tanto en las normas aplicables en materia de agresión como en las reglas y práctica del SSD, no registra precedentes en la literatura académica y puede constituir un aporte de interés para acercar ambas áreas del derecho internacional, y así promover una interpretación compatible con la unidad del orden jurídico.

II. EL ARTÍCULO XXI DEL GATT

El artículo XXI del GATT¹ de 1947, que no fue modificado por el GATT de 1994, está titulado «Excepciones relativas a la seguridad» y dispone:

No deberá interpretarse ninguna disposición del presente Acuerdo en el sentido de que:

- a) imponga a una parte contratante la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación sería, a su juicio, contraria a los intereses esenciales de su seguridad; o
- b) impida a una parte contratante la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad, relativas:
 - i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
 - ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
 - iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o

¹ El artículo XIV bis del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) y el artículo 73 del Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Adpic) contienen disposiciones similares al artículo XXI. En su informe del 16 de junio de 2020, el grupo especial en el caso *Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual* consideró las conclusiones del grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito*, aplicables al artículo 73 del Adpic: «la redacción del inciso iii) del apartado b) del artículo 73 del Acuerdo sobre los ADPIC es idéntica a la del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994, que fue interpretada en primer lugar por el Grupo Especial en el asunto *Rusia - Tráfico en tránsito*. La interpretación del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI que hizo el Grupo Especial en esa diferencia dio lugar a un marco analítico que puede orientar la evaluación de si un demandado ha invocado adecuadamente el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994 o, a los efectos de la presente diferencia, el inciso iii) del apartado b) del artículo 73 del Acuerdo sobre los ADPIC» (*Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual*, 2020, § 7.241). Por su parte, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y el Acuerdo revisado sobre contratación pública contienen disposiciones relativas a la protección de los «intereses esenciales en materia de seguridad» de los Estados (Vidigal, 2019, nota 2), aunque no mencionan expresamente a la «guerra».

- c) impida a una parte contratante la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

Históricamente, la norma no había sido invocada en el sistema de solución de diferencias más que en un puñado de ocasiones (Mitchell, 2017, p. 286). Sin embargo, en los últimos años se ha producido un gran número de invocaciones del artículo XXI², una de las cuales llevó, en abril de 2019, al primer pronunciamiento de un grupo especial de la OMC al respecto, en la ya mencionada diferencia *Rusia - Tráfico en tránsito*.

No obstante, su sentido y alcance fue y sigue siendo discutido por la doctrina, sobre todo porque el GATT no define términos críticos tales como «estime necesarias», «intereses esenciales de su seguridad», «tiempo de guerra» y «grave tensión internacional» (Lindsay, 2003, p. 1278), todos ellos contenidos en el apartado b) que, por referirse a la «guerra», suscitará nuestra atención.

II.1. La interpretación del apartado b)

II.1.1. Competencia para la interpretación

El apartado b) permite a una parte «la adopción de todas las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad» y, desde su misma redacción, planteó el problema de interpretación acerca de quién determina cuáles son los «intereses esenciales» para la seguridad del Estado (OMC, 2012, pp. 600-601). Así, históricamente se plantearon dos posturas opuestas respecto de esta interpretación: por un lado, quienes consideran que el único juez de tales medidas es el Estado que las adopta; por el otro, quienes consideran que las medidas tomadas en virtud del artículo también pueden ser consideradas por los órganos del SSD. En apoyo de la primera postura, la interpretación literal de los términos «que estime» sugiere que solo el Miembro que invoque la norma puede determinar cuáles son los intereses esenciales de su seguridad³, lo que estaría de acuerdo con el objetivo de calmar cualquier temor o dudas de que el GATT pudiera impactar en la capacidad de un Miembro para defender su nación (Federer, 2018, p. 229) y, por lo tanto, ningún otro Miembro u órgano

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

2 Vidigal (2019) menciona que al menos veintitrés diferencias sometidas al sistema de solución de diferencias de la OMC involucran las excepciones de seguridad —aunque no necesariamente impliquen invocación del artículo XXI—: cuatro de ellas vinculadas a la situación entre Rusia y Ucrania, cuatro al conflicto de Qatar con sus vecinos del Golfo y quince motivadas por las medidas restrictivas adoptadas por los Estados Unidos (pp. 3-4). De estos casos, solamente los dos que citamos han llegado a producir informes de Grupos Especiales —uno adoptado y otro apelado—, cuatro han sido terminados por arreglo entre las partes y los restantes siguen pendientes de resolución.

3 Se sostiene que el artículo XXI es una expresión de la intención de mantener los asuntos de seguridad nacional lo más lejos del escrutinio multilateral como fuera posible (Ravikumar, 2016, p. 322).

de la OMC tendría derecho a determinar si una medida tomada por un Miembro satisface los requisitos de la norma (Bhala, 1998, pp. 268-269).

En apoyo de la segunda postura, se han adelantado dos argumentos. Según el primero, un Estado Miembro puede determinar por sí mismo si es aplicable una excepción de seguridad, pero se le impone un estándar de buena fe que sí está sujeto a revisión por los órganos de la OMC. En virtud del segundo argumento, el Estado puede considerar por sí mismo qué medidas son «necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad», pero la satisfacción de las condiciones enumeradas en el apartado b) sí está sujeta a escrutinio por los órganos de la OMC (Alford, 2011, p. 704).

Compartimos este último argumento. Si bien la primera parte del apartado puede considerarse *self-judging*, en el sentido de que la determinación de cuáles son los «intereses esenciales» de la seguridad de un Estado corresponde al propio Estado, el cumplimiento de los requisitos que habilitan la adopción de medidas en virtud del inciso, comprendidos en los apartados i) a iii), sí puede ser evaluado por los órganos de solución de diferencias de la OMC (Akande & Williams, 2003, p. 399), puesto que se trata de circunstancias objetivas y de conceptos jurídicos que deben interpretarse a la luz del derecho aplicable.

Este argumento fue compartido por el grupo especial en el caso *Rusia - Tráfico en tránsito*:

el sentido corriente del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI, en su contexto y a la luz del objeto y fin del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC más generalmente, es que la cláusula adjetiva “que estime” que figura en la parte introductoria del apartado b) [...] no califica a la determinación de las circunstancias descritas en el inciso iii). Más bien, para que una medida esté comprendida en el alcance del apartado b) del artículo XXI, se debe constatar objetivamente que cumple los requisitos de uno de los incisos enumerados de dicha disposición (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.82).

En función de ello, rechazó la excepción de falta de jurisdicción interpuesta por Rusia y se declaró competente para interpretar el artículo XXI (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.102).

Con tal fin, el grupo especial diseñó test objetivos que un Miembro debe cumplir en aras de invocar válidamente el artículo XXI (Vidigal, 2019, p. 13), que el grupo especial en *Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual* resumió así:

determinar si las medidas del Miembro invocante fueron “aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional” [y ...] si las medidas [...] son las “que estim[a] necesarias para la protección de

los intereses esenciales de su seguridad”, [...] evaluar si el Miembro invocante ha articulado los “intereses esenciales de [...] seguridad” para cuya protección, a su juicio, son necesarias las medidas en litigio y evaluar asimismo si las medidas están tan alejadas, o desligadas, de la “grave tensión internacional” (*Arabia Saudita - Derecho de propiedad intelectual*, 2020, § 7.230).

Los órganos del SSD son, por tanto, competentes para interpretar y aplicar el artículo XXI, así como para evaluar las medidas tomadas por el Miembro invocante con relación a la norma. Incluso podría pensarse que el criterio adoptado⁴ por los grupos especiales avanzó más allá de lo que proponía la tesis afirmativa al limitar el ámbito de discrecionalidad del Estado al juicio de si las medidas son «necesarias» para proteger sus intereses esenciales de seguridad.

II.1.2. La pretendida naturaleza política de la cuestión

En su intervención como tercero en *Rusia - Tráfico en tránsito*, los Estados Unidos habían planteado que la invocación del artículo XXI por Rusia era una «cuestión política» que no resultaba «justiciable». Al afirmar su competencia, el grupo especial sostuvo:

La interpretación dada por el Grupo Especial al inciso iii) del apartado b) del artículo XXI implica también que el Grupo Especial rechaza el argumento formulado por los Estados Unidos de que la invocación de dicho artículo por Rusia “no es enjuiciable”, en la medida en que este argumento también se basa en la supuesta naturaleza totalmente “discrecional” de la disposición (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.103).

En una nota al pie, el grupo especial amplió su razonamiento al sostener que otra manera de formular el argumento de que la invocación por un Miembro del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI no es enjuiciable consiste en caracterizar el problema de «cuestión política». Recordó que la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha rechazado el argumento de la «cuestión política» y ha concluido que, mientras el caso expuesto ante ella o la solicitud de una opinión consultiva estén fundados en una cuestión jurídica susceptible de recibir una respuesta jurídica, está obligada a asumir jurisdicción sobre ella, sin importar el trasfondo político ni los demás aspectos políticos de la cuestión. El grupo especial agregó:

en *México - Impuestos sobre los refrescos*, el Órgano de Apelación expresó la opinión de que la decisión de un grupo especial de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida no sería compatible con las obligaciones que le corresponden en virtud

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

⁴ Debe señalarse que el informe en *Rusia - Tráfico en tránsito* fue adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) (OMC, 2019), mientras que el informe en *Arabia Saudita - Derechos de propiedad intelectual* fue apelado (OMC, 2020), aunque la actual parálisis del Órgano de Apelación nos impide pensar en un pronunciamiento en el corto plazo.

del párrafo 2 del artículo 3 y del párrafo 2 del artículo 19 del ESD [...]. Por consiguiente, [...] esta forma de caracterizar el problema como base para que el Grupo Especial decline la invocación por Rusia del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI es también insostenible (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, nota 183).

De esa forma, el grupo especial rechazó que se tratara de una «cuestión política» que le impidiera ejercer sus competencias conforme al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) (Vidigal, 2019, pp. 5-7). La expresa invocación de lo resuelto por el Órgano de Apelación (OA) en el caso *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas* (en adelante, *México - Refrescos*) requerirá que, más adelante, volvamos sobre el particular en nuestro análisis de las competencias de un grupo especial respecto a las medidas tomadas como consecuencia de un acto de agresión.

II.1.3. El significado de «guerra» en el apartado b), inciso iii)

La palabra «guerra» no aparece definida en el artículo XXI ni en ninguna otra disposición del GATT, y tampoco figura en los demás acuerdos de la OMC. Se ha sostenido que su significado no es completamente claro, pero que, aunque puede ser difícil a veces determinar si hay una guerra en una situación dada, esta determinación está basada en un concepto bien establecido del derecho internacional y es, *prima facie*, una cuestión justiciable (Schloemann & Ohloff, 1999, p. 445). Tiene, por lo tanto, un contenido objetivo y un significado jurídico, que incluye no solamente la guerra declarada, sino también cualquier otra situación que envuelva un conflicto armado (Matsushita *et al.*, 2015, p. 560). El mismo sentido fue el adoptado por el grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito*: «Guerra hace referencia a un conflicto armado. Un conflicto armado puede producirse entre Estados (conflicto armado internacional) o entre fuerzas del Gobierno y grupos armados privados o entre dichos grupos dentro del mismo Estado (conflicto armado interno)» (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.72). Como su análisis se desarrolló principalmente bajo el supuesto de «grave tensión internacional», no elaboró mucho más sobre el sentido y alcance del término «guerra».

Ello no impide que nos permitamos una precisión terminológica. Participamos de la opinión que considera que la palabra «guerra» ya no tiene significado jurídico alguno en el derecho internacional contemporáneo (O'Connell & Niyazmatov, 2012, p. 196) y que, si el ordenamiento jurídico le asigna algún contenido, es para calificarla como un crimen, atento a la prohibición del uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas⁵. En función de ello, consideramos que la referencia a la «guerra» en la norma bajo examen debe entenderse de

5 Ver al respecto la declaración del representante de México en el Comité Especial para la Definición de la Agresión (Asamblea General, 1974b, p. 43).

17

acuerdo a las nociones jurídicamente aceptables de «uso de la fuerza»⁶ o «conflicto armado»⁷, en el sentido de recurso a la fuerza armada entre Estados o entre grupos armados en el territorio de un Estado. Aunque el grupo especial parece limitarse a esto último, en otro pasaje de su informe también hace referencia al uso de la fuerza con expresa cita del artículo 2.4 de la Carta (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, nota 151).

Los trabajos preparatorios del GATT y de la Carta de La Habana no dan ninguna precisión respecto del concepto de «guerra», pero se ha sostenido que «The drafters included Article XXI, the national security exception, to avoid the absurd result of penalizing a member state for placing tariffs against another member state who is at war with them» (Davis, 2020, p. 368). Si interpretamos eso como el objeto y fin de la norma, puede pensarse que resultaría igualmente absurdo que un Estado iniciara una guerra con un acto de agresión, aplicara medidas restrictivas del comercio en contra de la otra parte, y que luego pretenda invocar el artículo XXI en su favor.

III. LA INVOCACIÓN DEL ARTÍCULO XXI, APARTADO B), INCISO III), EN CASO DE AGRESIÓN

El último planteamiento nos lleva al objeto principal de nuestro análisis que, para los fines de la exposición, desarrollaremos en dos partes. Por un lado, la dimensión sustancial del problema: ¿puede un agresor invocar el artículo XXI en su favor? Por otro lado, desde lo procesal: ¿son competentes los órganos del SSD en caso de agresión?

III.1. La dimensión sustancial: ¿puede un agresor valerse del artículo XXI?

Entendemos por «agresión», en consonancia con la Definición de la Agresión (aprobada por la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas y el artículo 8 bis del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional), al uso grave de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas. Es aceptado de manera pacífica que su prohibición está considerada como el ejemplo paradigmático de norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens* (CDI, 2019, p. 224), y que constituye lo que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) llamó «el crimen internacional por antonomasia» (1977, p. 108), lo que en el lenguaje actual de las normas sobre responsabilidad internacional, y a la luz del proyecto de artículos de la CDI sobre

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

6 Que se utiliza en el ámbito del *ius ad bellum*.

7 Que se utiliza en el ámbito del *ius in bello*, particularmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícito (en adelante, el Proyecto de 2001), cabe considerar como «violación grave de obligación emanada de norma imperativa», en el sentido de su artículo 40.

Así planteado, y dado que el artículo XXI no hace distinción alguna, ¿podría un agresor válidamente invocar la excepción de la norma y ampararse en la protección de sus intereses de seguridad en caso de una «guerra» que él mismo inició? Pensamos que la respuesta negativa se impone: las medidas restrictivas al comercio que el agresor podría adoptar solamente contribuirían a consolidar su agresión, y la aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur* no le permite invocar la norma para justificar sus medidas. De otra forma, las consecuencias de su agresión aparecerían amparadas por el propio GATT y eso es inadmisibles por su manifiesta oposición a normas elementales del derecho internacional general⁸.

Una de las pocas oportunidades en que el artículo XXI fue discutido en el sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 fue en la situación generada a raíz del embargo de los Estados Unidos contra Nicaragua, llevada por este Estado al sistema en 1985 (Mavroidis, 2007, p. 323). El informe del Panel, que finalmente no fue adoptado, incluye ciertas referencias que pueden resultar de utilidad para nuestro análisis. Así, Nicaragua sostuvo que no podía permitirse a un país basarse en la existencia de una «emergencia» que él mismo ha creado. En ese respecto, consideró que el artículo XXI es análogo al derecho de legítima defensa en el derecho internacional. Esta disposición podría ser invocada solamente por una parte sujeta a una agresión directa o un ataque armado, y no por el agresor o por partes indirectamente en riesgo. Nicaragua agregó que debía tenerse en cuenta que el GATT no existía en un vacío, sino que era parte integral de una estructura más amplia del derecho internacional, y que el Acuerdo General no debía ser interpretado en una manera inconsistente con el derecho internacional⁹. Sin embargo, como el mandato del Panel le impedía evaluar la validez o la motivación de la invocación por parte de los Estados Unidos del artículo XXI (*United States - Trade Measures Affecting Nicaragua*, 1986, § 1.4), no se llegó a ninguna determinación respecto de la cuestión.

8 Cabe recordar al respecto que el artículo 5.1 de la Definición de la Agresión dispone que «Ninguna consideración, cualquiera sea su índole, política, económica, militar o de otro carácter, podrá servir de justificación de una agresión» (Asamblea General, 1974a).

9 «A country could not be allowed to base itself on the existence of an “emergency” which it had itself created. In that respect, Article XXI was analogous to the right of self-defence in international law. This provision could be invoked only by a party subjected to direct aggression or armed attack and not by the aggressor or by parties indirectly at risk. Nicaragua added that it must be borne in mind that GATT did not exist in a vacuum but was an integral part of the wider structure of international law, and that the General Agreement must not be interpreted in a way inconsistent with international law» (*United States - Trade Measures Affecting Nicaragua*, 1986, § 4.5).

19

Eso no nos impide, pensamos, advertir que los argumentos de Nicaragua son análogos a los nuestros: la disposición del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI tiene por objeto no mantener vinculada por las obligaciones del GATT a la víctima de una agresión respecto de su agresor, y no darle nuevas herramientas a este para consolidar su agresión.

La doctrina ha reparado poco en esta cuestión. Solamente Hahn (1991), en un anticuado pero muy completo estudio, se ha formulado un interrogante similar al nuestro, pero no lo responde¹⁰, por cuanto considera que tal interpretación atribuiría al GATT un rol que este instrumento técnico no tiene: cuando las relaciones interestatales descienden al nivel de la ley de la selva, los detalles del GATT no tienen un papel que desempeñar. En otras palabras, afirma, el GATT ni siquiera tuvo la intención de tener vigor en un conflicto armado, reconociendo así el papel limitado del derecho internacional económico una vez que los Estados han decidido ir a la guerra (p. 587). No podemos estar de acuerdo con esta opinión pues, si se formulara desde una visión realista, no es compatible con la defensa del orden jurídico, cuya vigencia no puede verse en juego por su propia violación. Al contrario, la propia disposición del artículo XXI implica la respuesta del ordenamiento particular del GATT/OMC para lidiar con situaciones de conflicto: las obligaciones del GATT no se suspenden en caso de «guerra», sino que el mismo acuerdo permite a los Estados tomar medidas para proteger sus intereses de seguridad, las cuales, insistimos, no pueden amparar a un agresor sin vulnerar las normas más fundamentales del derecho internacional.

El mismo principio inspira el artículo 15 del Proyecto de artículos de la CDI sobre Efectos de los conflictos armados en los tratados, titulado «Prohibición de beneficio para un Estado que cometa un acto de agresión», que dispone:

El Estado que cometa un acto de agresión en el sentido de la Carta de las Naciones Unidas y la resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas no podrá dar por terminado un tratado, retirarse de él ni suspender su aplicación como consecuencia de un conflicto armado resultante del acto de agresión, si ello redundase en beneficio de ese Estado.

Esta norma es en sí misma una aplicación del principio *ex iniuria ius non oritur* (CDI, 2016, p. 130) y confirma nuestras consideraciones

10 Más adelante en el mismo trabajo parece dar respuestas, pero en términos ambiguos y algo contradictorios. Así, sostiene que si incluso un agresor puede escapar del GATT en virtud del artículo XXI, entonces el Estado que actúa en legítima defensa debe ser liberado de tener que conceder beneficios comerciales a su atacante (Hahn, 1991, p. 589); pero luego, al comentar sobre los posibles conflictos entre la norma y el derecho internacional general, menciona que en una situación de guerra y de cualquier ataque armado que permita el uso lícito de la fuerza está claro que la «guerra» o el (incluso potencial) uso de la fuerza no plantean ninguna barrera (p. 603).

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

respecto de que la existencia de conflicto no solamente no implica *per se* la suspensión de las obligaciones de los Estados en virtud del GATT, sino que impide al agresor beneficiarse de su propia agresión.

De la misma forma, pensamos que una interpretación que permita al agresor valerse de la excepción del artículo XXI para justificar medidas adoptadas en defensa de su propia agresión implicaría reconocer que puede obtener un beneficio de esa violación grave de una norma de *ius cogens*, lo cual es inadmisibile.

En Rusia - Tráfico en tránsito, el grupo especial sostuvo:

Sería totalmente contrario a la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio establecido por el GATT de 1994 y los Acuerdos de la OMC, incluidas las concesiones que permiten desviaciones de las obligaciones en determinadas circunstancias, interpretar que el artículo XXI es una condición potestativa sin reservas, que supedita la existencia de las obligaciones de un Miembro en el marco del GATT y de la OMC a una simple expresión de la voluntad unilateral de ese Miembro (2019, § 7.79).

Si se consideró contraria al sistema la posibilidad de interpretar el artículo XXI como una condición potestativa sin reservas, *a fortiori* debe considerarse contrario que un Miembro inicie una guerra mediante una agresión para luego pretender usar al sistema en su beneficio.

En definitiva, una interpretación del artículo XXI, apartado b), inciso iii) del GATT en línea con el derecho internacional general y, en particular, con las normas de *ius cogens*, nos lleva a concluir que un Estado agresor no puede invocar válidamente la excepción en caso de una «guerra» que él mismo haya iniciado con un acto de agresión.

III.2. La dimensión procesal: la competencia los órganos del SSD para determinar la existencia y los efectos de un acto de agresión

Si bien, en lo sustancial, la cuestión parece tener una respuesta clara —al menos, desde el campo teórico—, en lo procesal son más las preguntas que las respuestas, en función de la limitada competencia de los órganos del SSD. ¿Debe un órgano como un grupo especial, el OA o el OSD pronunciarse sobre los efectos jurídicos de un acto de agresión en los acuerdos abarcados si ello es necesario para tomar una decisión sobre una diferencia que le es planteada? E, íntimamente relacionado a ello, ¿pueden tales órganos determinar la existencia de un acto de agresión, aunque no resulten expresamente competentes para ello en virtud del ESD?

Con relación al primer interrogante, debemos distinguir entre dos supuestos básicos: que algún órgano competente de las Naciones Unidas haya realizado la determinación de la existencia de un acto de agresión, o que tal determinación no haya sido realizada.

En el primer supuesto, si la determinación fue efectuada por el Consejo de Seguridad, nos encontramos ante el caso menos problemático: se ha producido una agresión y esta ha sido constatada por el órgano cuyo poder de determinación ha sido reconocido expresamente por el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas¹¹. En tal caso, no vemos que nada impida a los órganos del SSD la posibilidad de considerar la responsabilidad de la parte calificada como agresora por el Consejo de Seguridad en la existencia de la «guerra» en el sentido del artículo XXI, apartado b), inciso iii) del GATT a los fines de realizar su análisis de las medidas tomadas con relación a ella¹².

Creemos que la misma conclusión es aplicable al caso en el que la Asamblea General, reunida en virtud del procedimiento establecido en la resolución 377 (V) «Unión pro Paz», haya determinado la existencia de un acto de agresión ante la falta de unanimidad de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Kenny, 2016, pp. 27-28). Tampoco vemos obstáculo alguno en que se pueda proceder de esa forma en el SSD si existe una sentencia de la CIJ que determina la existencia de un acto de agresión, aunque sí observamos que podría existir un obstáculo de índole práctica, considerando que, en general, la tramitación de los litigios ante la CIJ tarda mucho más que las diferencias sometidas al SSD y sería difícil imaginar un escenario en el que la sentencia de la Corte precediera al informe de un grupo especial.

El segundo supuesto es mucho más complejo y nos lleva de inmediato al segundo interrogante: ¿podrían los órganos del SSD determinar, a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI del GATT, la existencia de un acto de agresión?

A priori, parecería que la negativa debe imponerse, toda vez que las consecuencias de la determinación de un acto de agresión exceden por mucho las cuestiones comerciales y no parece, por más extensiva

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

11 En este caso, recurrimos nuevamente a la analogía con el proyecto de artículos de la CDI sobre efectos de los conflictos armados en los tratados. La CDI (2016) indica, en su comentario al artículo 15: «La calificación del Estado como agresor dependerá, [...] desde el punto de vista del procedimiento, del Consejo de Seguridad. Si este órgano califica como agresor a un Estado que desee dar por terminado un tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, lo cual presupone que se ha acudido al Consejo, dicho Estado no podrá hacerlo o, en todo caso, únicamente podrá hacerlo en la medida en que no se beneficie de ello, teniendo en cuenta que este último aspecto puede ser apreciado eventualmente por el Consejo o por un juez o árbitro» (p. 130).

12 Es oportuno tener presente que, si el Consejo de Seguridad determina la existencia de un acto de agresión, probablemente adopte medidas contra el agresor en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, y las medidas que tomen los Estados en cumplimiento de estas disposiciones ya no se regirán por el apartado b) del artículo XXI, sino por el apartado c).

que pueda hacerse una interpretación de las normas del ESD, que los órganos del sistema tengan semejante competencia.

Al mismo tiempo, las consecuencias de la agresión operan de pleno derecho, con independencia de la determinación de su existencia. Eso significa que un órgano del SSD no podría ignorar la cuestión al tener que resolver una diferencia, máxime al tratarse del ejemplo paradigmático de la violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa de derecho internacional.

Estas consideraciones nos llevan a explorar tres alternativas a las que se puede enfrentar un órgano del SSD, en particular un grupo especial, en caso de invocación del artículo XXI del GATT por un agresor: a) omitir todo pronunciamiento sobre la agresión y resolver la cuestión solamente en base a los acuerdos abarcados; b) considerar que la determinación de la existencia del acto de agresión es imprescindible a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI; o c) declinar el ejercicio de su competencia en el caso. Ahora, analizaremos cada una de ellas.

III.2.1. El órgano no puede apartarse de su competencia *ratione materiae*

La competencia de los órganos está definida por el ESD, cuyo artículo 1 la limita a los denominados «acuerdos abarcados», que son los enumerados en el apéndice 1 del ESD y a los que nos referiremos genéricamente como «los acuerdos de la OMC». El artículo 3.2 explicita que el sistema «sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados» y que «Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados». El artículo 3.5 insiste en que «Todas las soluciones de los asuntos planteados [...] habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros». Por otra parte, el artículo 11 especifica que la función de los grupos especiales «es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados».

Es decir, el ESD es claro en cuanto limita la competencia de los órganos del sistema a los acuerdos abarcados. ¿Implica esta limitación también la imposibilidad de pronunciarse sobre la existencia de un acto de agresión cuando dicho acto afecta la interpretación y aplicación de una norma de los acuerdos abarcados, como el artículo XXI del GATT?

Un pasaje del informe del grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito* podría dar una respuesta afirmativa a este interrogante, veamos:

el Grupo Especial debe determinar si esta situación entre Ucrania y Rusia que existe desde 2014 constituye una grave tensión internacional

en el sentido del inciso iii) del apartado b) del artículo XXI. El Grupo Especial señala que para esta determinación no es pertinente saber qué actor o actores son internacionalmente responsables por la existencia de esta situación a que se refiere Rusia. Tampoco es necesario que el Grupo Especial caracterice la situación entre Rusia y Ucrania con arreglo al derecho internacional en general (2019, §§ 7.120-7.121).

¿Qué significa este pasaje con relación a la agresión? Podemos señalar al menos dos posibles interpretaciones. Según la primera, en la determinación de ninguna de las situaciones del inciso iii) sería pertinente saber qué actor o actores son internacionalmente responsables por la existencia de ellas. En tal caso, el grupo especial debería limitarse a constatar si existe o no una «guerra» como circunstancia objetiva y proseguir con su test para la aplicación del artículo XXI. Como sostiene Heath (2019):

by using the phrase “international responsibility”, appears to be stating that the panel will not decide whether Russia breached any of its obligations under general international law (such as Article 2(4) of the UN Charter on the use of force). [...] by using the phrase “characterize the situation”, seems to be saying that the panel is not going to make any authoritative statement about whether the Russia-Ukraine situation amounts to an “armed conflict” [...] Two legal results flow from this decision [...]. The explicit result is that the panel is refusing to make the invocation of GATT Article XXI(b)(iii) contingent on the invoking state’s legal responsibility — a party can invoke the “war” exception even if it started the war.

No obstante, Heath (2019) omite mencionar¹³ que, si se tratara de una violación de la prohibición del uso de la fuerza, estaría involucrado el *ius cogens* y esa circunstancia no puede ser inocua, como veremos.

Pero, para la segunda interpretación, el análisis de la responsabilidad por la existencia de la situación no podría ser obviado en caso de «guerra», en el sentido del inciso iii). Steve Charnovitz sostuvo que no puede ser irrelevante cuál Estado es responsable por la creación de la tensión internacional; de otra forma, la libertad de acción para actuar en una situación de tensión estipulada en el artículo XXI permitiría a los Estados crear esa tensión con el objeto de justificar cualquier acción comercial que quieran (Lester, 2019)¹⁴. Sin embargo, planteó la cuestión

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

13 Otros autores, en similar posición a la de Heath, también omiten esta circunstancia, incluso celebrando el hecho de que el grupo especial defienda la autoridad del sistema (Ioachimescu-Voinea, 2019, p. 23), como si se tratara de un sistema cerrado ajeno por completo a las normas imperativas del derecho internacional.

14 «It's just can't be irrelevant what state is responsible for the emergency. Otherwise, the leeway in Article XXI to act in an emergency would allow states to create an emergency in order to justify any trade action they want» (Lester, 2019). Vale la pena anotar que la cita proviene de un comentario de Steve Charnovitz a un post de Simon Lester sobre el informe del grupo especial.

en términos generales y no se refirió específicamente al concepto de «guerra» ni a la existencia de normas imperativas en tal contexto¹⁵. Por nuestra parte, sostenemos que hay cuatro argumentos que abonan esta segunda interpretación.

En primer lugar, el informe claramente establece que para «esta» determinación no es pertinente saber qué actor es el responsable, y tal determinación no es otra que la referida al comienzo del pasaje citado; es decir, si la situación entre Rusia y Ucrania «constituye una grave tensión internacional en el sentido del inciso iii)». Nada hay en el texto del informe que indique que la opinión del grupo especial acerca de la falta de pertinencia de la responsabilidad por la existencia de la situación se aplica también al caso de «guerra».

En segundo lugar, el propio grupo especial propone una distinción entre la guerra y la «grave tensión internacional», aun cuando reconozca que la primera es «un ejemplo característico» de la segunda, a la que califica como «una categoría más amplia», cuyos límites «son menos claros que [...] los de la guerra» (*Rusia - Tráfico en tránsito*, 2019, § 7.71). En otras palabras, considera que la guerra tiene un significado más preciso que la «grave tensión internacional». Al momento de definir la «guerra», como vimos, el grupo especial la equipara a la noción de «conflicto armado», un concepto jurídico con un significado concreto en el derecho internacional; mientras que para definir la «grave tensión internacional» debió recurrir al significado del diccionario (§ 7.72). Esta distinción, pensamos, no puede ser inocua para nuestra interpretación. Por otra parte, no consideramos que el haber recurrido a una noción propia del DIH —donde no se tiene en cuenta, en principio, la licitud del conflicto— sea relevante en esta discusión, toda vez que también recurrió al *ius ad bellum* al citar el artículo 2.4 de la Carta cuando hizo referencia a las «relaciones internacionales» (nota 151).

Por ser conceptos diferentes, uno susceptible de tener significado jurídico¹⁶ y el otro no, la determinación de la responsabilidad para el

15 Lapa (2020) sostiene que esta posición implicaría la posibilidad de utilizar la doctrina de las «manos limpias» en el derecho de la OMC. Dado que dicha doctrina ha sido escasamente usada en la práctica, la autora sostiene que «transposing it into the WTO might have brought additional arguments for a backlash against the WTO system» (p. 23). Si bien estamos de acuerdo en que la doctrina de las «manos limpias» no tiene mucho reconocimiento en la práctica jurisdiccional, no obstante —como la autora señala— haber sido propuesta en el contexto de la diferencia entre Rusia y Ucrania (Rice, 2015), no vemos cómo la determinación de la responsabilidad por la creación de la «guerra» en el sentido del artículo XXI podría ser considerada como una aplicación de dicha doctrina, que tiene un carácter más bien procesal relativo al *ius standi* (CDI, 2012, p. 2). Es por eso que pensamos que la crítica de Charnovitz está más cerca de nuestra posición que de tal doctrina, pero lo que ni él ni los otros autores parecen tener en cuenta es el rol del *ius cogens* en la cuestión, que es una cuestión central en nuestra argumentación.

16 Sostenemos esto a pesar de considerar, como dijimos, que la «guerra» como tal no es un concepto jurídico en el derecho internacional contemporáneo; sin embargo, como también hemos señalado, los términos «uso de la fuerza» y «conflicto armado», asociados a la noción de «guerra», sí tienen un significado jurídico preciso en el derecho internacional.

segundo puede ser válidamente considerada como no pertinente, pero no podría caber la misma consideración para el primero.

Ello se relaciona con nuestro tercer argumento, por cuanto las características propias de la prohibición del uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo hacen que, en caso de agresión, no pueda considerarse a los beligerantes en pie de igualdad. El agresor no está en el derecho internacional contemporáneo en la misma posición que la víctima de la agresión¹⁷, puesto que ha cometido una violación grave de una norma de *ius cogens* —lo que Heath (2019) no parece tener en cuenta en su análisis— y, a los fines de determinar las consecuencias jurídicas de la situación creada por la agresión —como la «guerra» del inciso iii)—, necesariamente habrá de determinarse quién tiene la responsabilidad por dicha agresión.

El cuarto argumento es de carácter procesal y ha sido destacado por Hill-Cawthorne (2019, pp. 797-798)¹⁸, aunque significativamente omitido por Heath: Ucrania no planteó la cuestión de la presunta responsabilidad rusa por la creación de la situación de grave tensión internacional, de allí que el grupo especial haya podido eludir el pronunciamiento sin mayores consecuencias.

En conclusión, pensamos que no es dable extrapolar las consideraciones que efectuó el grupo especial respecto de la determinación de la responsabilidad por la existencia de la «grave tensión internacional» a la posible determinación de responsabilidad por la «guerra», particularmente en casos de agresión. Esto no significa necesariamente que consideremos que los órganos del SSD tengan competencia para determinar la existencia de un acto de agresión; simplemente estamos afirmando que no vemos en ese pasaje del informe del grupo especial un argumento por la negativa.

Ello no impediría que, en los hechos, un grupo especial, haciendo una interpretación restrictiva de sus competencias en virtud del ESD y teniendo en cuenta lo resuelto por el OA en *México - Refrescos*, caso que analizaremos más adelante, considerara que puede realizar una determinación de la «circunstancia objetiva» de la «guerra» en el artículo XXI, sin pronunciarse sobre la responsabilidad en el inicio de tal guerra y determinar que las medidas adoptadas por un agresor para proteger sus intereses esenciales de seguridad —es decir, para mantener la agresión— no violan las disposiciones del GATT.

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

17 Al respecto, son muy ilustrativas las opiniones planteadas en la CDI (1967, pp. 66-67) durante la discusión del proyecto de lo que luego sería el artículo 75 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

18 No obstante, piensa que los órganos del SSD podrían seguir el criterio del caso *México - Refrescos* y que el pasaje comentado podría ser un indicio de esa posición (Hill-Cawthorne, 2019, pp. 797-798).

Sin embargo, entendemos que esta alternativa no puede ser considerada válida. El artículo 42.2 del Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales dispone: «Ningún Estado ni ninguna organización internacional reconocerá como lícita una situación creada por una violación grave en el sentido del artículo 41, ni prestará ayuda o asistencia para mantener esa situación». Es verdad que el artículo 41 del proyecto se refiere a «una violación grave por una organización internacional de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general», y no a una violación grave por un Estado —artículo 40 del Proyecto de 2001—, como sucedería en el supuesto bajo discusión; pero, en su comentario al artículo 42, la CDI (2016) sostuvo:

Aun cuando la práctica no ofrece ejemplos de casos en que las obligaciones enunciadas en el presente artículo se hicieron valer con respecto a una violación grave cometida por una organización internacional, no es baladí que se considerase que esas obligaciones se aplicaban a las organizaciones internacionales cuando un Estado supuestamente cometía una violación (p. 93).

De hecho, uno de los ejemplos de la práctica que aporta es relativo a un acto de agresión:

con respecto a la anexión de Kuwait por el Iraq, el Consejo de Seguridad, en el párrafo 2 de su resolución 662 (1990), de 9 de agosto de 1990, exhortó a «todos los Estados, organizaciones internacionales y organismos especializados a no reconocer esa anexión y a abstenerse de todo acto o transacción que pudiera interpretarse como un reconocimiento indirecto de la anexión» (CDI, 2016, p. 93).

El deber del artículo 42.2, por lo tanto, es aplicable a todo tipo de violación grave de una obligación emanada de una norma imperativa y es la solución más razonable de acuerdo a la naturaleza de este tipo de violaciones.

Pero la pregunta es: ¿implica un pronunciamiento de un grupo especial sobre la aplicación de medidas respecto de las que se invocó la excepción del artículo XXI por parte de un agresor un «reconocimiento»? Creemos que sí. Para ello debe tenerse presente que lo que la norma manda a las organizaciones internacionales es no reconocer como lícita «la situación creada», y no la violación grave en sí misma. En nuestro caso, «la situación creada» sería la «guerra», en el sentido del artículo XXI del GATT; mientras que la violación grave es el acto de agresión que le dio origen. Si un grupo especial¹⁹ realiza la «determinación objetiva» de la existencia de una «guerra» sin indagar en sus causas, y a partir de

19 En la medida en que los grupos especiales son creados en el ámbito del SSD de la OMC con gastos a cargo del presupuesto de la organización —artículo 8.11 del ESD—, y que su función es ayudar al OSD —artículo 11—, podemos considerar que son órganos de la OMC. Incluso si así no fuera,

ahí encuentra justificadas las medidas tomadas por el agresor, estaría reconociendo como lícita una situación creada por una violación grave de una norma imperativa en flagrante violación de su obligación de no reconocimiento.

En consecuencia, pensamos que un órgano del SSD no podría, en caso de agresión, interpretar y aplicar aisladamente las disposiciones del artículo XXI del GATT sin correr el riesgo de convalidar medidas tomadas por el agresor para consolidar su agresión, lo cual iría en contra de las obligaciones de la OMC ante casos de violación grave de obligaciones emanadas de normas imperativas. La primera alternativa, por lo tanto, nos resulta inadmisibles.

III.2.2. La determinación de la existencia del acto de agresión por los órganos del SSD es imprescindible a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI

La anterior conclusión parecería llevarnos inevitablemente, y en línea con nuestras consideraciones sustanciales, a sostener que la gravedad de la agresión, que impide al agresor beneficiarse de la situación ilícita creada por su acto, permitiría a un grupo especial —o en su caso, al OA y al OSD— pronunciarse sobre la responsabilidad en el comienzo de la «guerra», a los fines de interpretar y aplicar el artículo XXI del GATT.

Recordemos que, conforme al artículo 3.2 del ESD, el SSD sirve «para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público». Al disponer que la interpretación de los acuerdos abarcados se realice conforme a las normas del derecho internacional público, el ESD implica —en nuestra opinión— que el sistema de la OMC no es un régimen cerrado, sino que permite la penetración de otras normas del derecho internacional²⁰. El GATT no funciona en un vacío fáctico ni jurídico, es parte del sistema general de normas jurídicas que gobiernan las relaciones entre los Estados (Hahn, 1991, p. 560). Como lo ha sostenido con meridiana claridad el propio OA, «no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del derecho internacional público» (*Estados Unidos - Gasolina*, 1996, p. 20). El artículo XXI del GATT, por tanto, al recurrir al concepto de «guerra», debe interpretarse a la luz de las normas que regulan el uso de la fuerza en el derecho internacional, lo cual incluye el carácter imperativo de la prohibición de la agresión.

Sin embargo, no podemos negar que recurrir a otras normas con la finalidad de interpretar una disposición de uno de los acuerdos abarcados,

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

la adopción de sus informes por el OSD —artículo 16 del ESD— es, fuera de toda duda, un acto atribuible a la OMC y, por lo tanto, susceptible de generar su responsabilidad internacional.

²⁰ Así, compartimos la posición planteada por el Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional sobre la fragmentación del derecho internacional: «parece que casi no hay razones de principio para apartarse de la opinión de que el derecho internacional general complementa el derecho de la OMC» (CDI, 2006, p. 169).

y determinar la responsabilidad de una de las partes en la diferencia por la violación de normas ajenas a la OMC, son dos cuestiones muy diferentes entre sí (Pauwelyn, 2003, p. 444). Resulta claro, incluso para los que reconocemos que los órganos del SSD pueden y deben recurrir a normas internacionales, fuera de los acuerdos abarcados, en aras de obtener una interpretación armónica de estos con el derecho internacional, que la determinación de la responsabilidad por la comisión de un acto de agresión excede los límites de la competencia *ratione materiae* de dichos órganos en virtud del ESD. Como sostuvo el OA en el caso *México - Refrescos*, la interpretación que proponía México en su apelación:

conllevaría una determinación de si los Estados Unidos han actuado de forma compatible o incompatible con las obligaciones que les corresponden en virtud del TLCAN. No vemos en el ESD fundamento alguno para que los grupos especiales y el Órgano de Apelación resuelvan diferencias no relacionadas con la OMC. [...] Aceptar la interpretación de México supondría que el sistema de solución de diferencias de la OMC podría utilizarse para determinar derechos y obligaciones que estén fuera del ámbito de los acuerdos abarcados (*México - Refrescos*, 2006, § 56).

Pero, al mismo tiempo, no podemos perder de vista que no se trata de cualquier obligación ajena a la OMC, sino de —insistimos— una violación grave a una obligación emanada de una norma imperativa, y una determinación de un grupo especial que no tuviera en cuenta esta circunstancia iría en contra de lo que el *ius cogens* implica.

Queda claro que el supuesto que planteamos no se trata de la incompatibilidad entre una norma de la OMC (en este caso, el artículo XXI del GATT) y una norma de *ius cogens*. En ese caso —que no registra precedentes en la práctica internacional ni en la jurisprudencia²¹—, la mera aplicación de la jerarquía del *ius cogens* redundaría en la invalidez de la norma en oposición (CDI, 2006, p. 211). Nuestro caso, más bien, trata de una medida tomada por un agresor —es decir, un Estado que ha cometido una violación grave de una norma de *ius cogens*— que, para convalidarla, invoca la excepción del artículo XXI del GATT.

Marceau (2002) ha tenido en cuenta esta posibilidad al considerar el caso de que una disposición de la OMC fuera implementada por un miembro de manera tal que violara el *ius cogens*, y se pregunta si un grupo especial o el OA puede llegar a la conclusión de que una medida nacional que implementa un derecho u obligación de la OMC está en violación del *ius cogens*. Posiblemente, considera que podrían determinar solamente si una medida viola una disposición de la OMC, no el *ius cogens*; pero también sería posible que un órgano determine que cualquier violación

21 Sobre los precedentes relativos a las excepciones de seguridad, ver Vásquez Arango (2011).

del *ius cogens* resulta inconsistente con la verdadera interpretación/aplicación de la disposición de la OMC (p. 800)²².

¿Cómo podría, entonces, un órgano del SSD determinar que una agresión —una violación de una norma imperativa— sería inconsistente con la interpretación y aplicación del artículo XXI? Una vía posible sería la buena fe.

Al respecto, el grupo especial en *Rusia - Tráfico en tránsito* sostuvo:

la discreción de un Miembro para designar determinadas preocupaciones como “intereses esenciales de [...] seguridad” está limitada por su obligación de interpretar y aplicar el inciso iii) del apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994 de buena fe. [...] La obligación de buena fe exige que los Miembros no utilicen las excepciones previstas en el artículo XXI como un medio para eludir las obligaciones que les corresponden en virtud del GATT de 1994 (2019, §§ 7.132-7.133).

Cometer un acto de agresión y luego pretender valerse de la excepción del artículo XXI para justificar medidas destinadas a consolidar la agresión es un evidente comportamiento de mala fe, y el grupo especial podría considerar así que la invocación de la disposición no pudo realizarse válidamente.

Es verdad que en el caso revisado el grupo especial no cuestionó la buena fe de Rusia, pero ello habría sido posible si Ucrania hubiese planteado que la invocación del artículo XXI representaba un abuso del derecho, dada la ocupación de Crimea y las actividades en el este de Ucrania, lo cual, como dijimos, no sucedió (Hill-Cawthorne, 2019, p. 789).

No se nos escapa que los órganos del SSD podrían echar mano a la distinción —artificial y criticada— que la CIJ realizó en su sentencia en el caso *Inmunidades jurisdiccionales de los Estados* (2012) al sostener que no había conflicto entre las normas de *ius cogens* y las relativas a la inmunidad del Estado por tratar sobre diferentes materias y por la naturaleza procesal de estas últimas (§ 93). Así, los órganos del SSD podrían sostener que la naturaleza de *ius cogens* de la prohibición de la agresión no modifica su competencia conforme al ESD, puesto que estas son normas de naturaleza procesal y no sustancial. Sin embargo, la analogía llegaría hasta allí porque si, apelando a esa distinción, el grupo especial pretendiera interpretar y aplicar el artículo XXI del GATT sin tener en cuenta el *ius cogens*²³, caería nuevamente en la situación descrita en el punto anterior y el razonamiento de la CIJ ya no sería aplicable.

22 “Can a WTO panel or the Appellate Body reach a conclusion that a national measure implementing a WTO right or obligation is in violation of *ius cogens*? Arguably, a panel or the Appellate Body can only determine whether a national measure violates a WTO provision, not *ius cogens*. But it may be possible for a panel or the Appellate Body to determine that any violation of *ius cogens* would be inconsistent with the true interpretation/application of the WTO provision. The panel would then be reading the WTO provisions so as to avoid conflicts with *ius cogens*” (Marceau, 2002, p. 800).

23 Cabe recordar también lo que sostuvo el tribunal arbitral en la controversia entre Irlanda y el Reino Unido, en virtud del artículo 9 de la Convención para la Protección del Medio Ambiente Marino del

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

Es decir, tal distinción podría servir, en todo caso, para «declinar» la competencia del órgano, lo cual nos lleva a la tercera alternativa.

III.2.3. En un caso que requiera la determinación de la existencia de un acto de agresión, los órganos del SSD deben declinar el ejercicio de su competencia

¿Pueden los órganos del SSD declinar el ejercicio de su competencia? En el ya citado caso *México - Refrescos*, México había apelado el informe del grupo especial que, entre otras cosas, había rechazado su solicitud de declinar de ejercer jurisdicción a favor de un panel arbitral establecido de conformidad con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Analizando las disposiciones del ESD, el OA llegó a la conclusión de que un grupo especial no goza de facultades discrecionales para declinar el ejercicio de su jurisdicción en el asunto que se le haya sometido (*México - Refrescos*, 2006, §§ 47-54).

Sin embargo, no pensamos que el mismo análisis sea directamente trasladable al supuesto que estudiamos. El propio OA circunscribió el alcance de su pronunciamiento de la siguiente manera:

Teniendo presente el alcance preciso de la apelación de México, no nos pronunciamos sobre si puede haber otras circunstancias en que pudieran existir impedimentos legales que imposibilitarían a un grupo especial resolver los aspectos de fondo de las alegaciones que se le hayan sometido (*México - Refrescos*, 2006, § 54).

En un caso en el que se hubiese cometido un acto de agresión, es decir, que estuviera en juego una norma de *ius cogens*, pensamos que podría haber «otras circunstancias» que implican «impedimentos legales» que imposibilitarían resolver a un grupo especial²⁴, dada la situación que hemos descrito previamente.

¿Podría, en ese caso, un grupo especial declinar de su competencia ante la ausencia de cualquier norma expresa al respecto? Pauwelyn y Salles (2009) se inclinan por una respuesta afirmativa al considerar que el grupo especial puede ser competente para entender en el caso e, igual, declinar de ejercer esa competencia por considerar que es «inadmisible»

Atlántico del Nordeste (Ospar, por sus siglas en inglés): «It should go without saying that the first duty of the Tribunal is to apply the OSPAR Convention. An international tribunal, such as this Tribunal, will also apply customary international law and general principles unless an to the extent that the Parties have created a *lex specialis*. Even then, it must defer to a relevant *jus cogens* with which the Parties' *lex specialis* may be inconsistent» (*Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention*, 2003, § 84). En nuestro supuesto, un grupo especial está limitado, en virtud del ESD, a aplicar los acuerdos de la OMC, que constituyen la *lex specialis* en el caso; pero esa *lex specialis* debe ser consistente con el *ius cogens*, máxime cuando la inconsistencia no es manifiesta, sino que puede evitarse mediante la interpretación de la norma especial de la manera que aquí proponemos.

²⁴ En su informe del caso *India - Determinadas medidas sobre las importaciones de productos de hierro y acero*, el grupo especial sostuvo: «no se ha planteado ninguna cuestión que indique que haya un impedimento legal que imposibilite al Grupo Especial resolver los aspectos de fondo del asunto que se nos ha sometido» (§ 7.19).

31

ante la existencia de circunstancias que constituyan «impedimentos legales» (pp. 94 y ss.). Si un grupo especial llegara a la conclusión de que no puede interpretar y aplicar el artículo XXI, sin necesariamente pronunciarse sobre la responsabilidad por la comisión de un acto de agresión, por no ser competente para esta última determinación, podría válidamente considerar que ello constituye un «impedimento legal» para pronunciarse y así declinar de ejercer su competencia en el asunto.

¿Qué podemos considerar respecto del rechazo del pretendido «carácter político» de la cuestión en la diferencia *Rusia - Medidas en tránsito*? Como vimos, el grupo especial rechazó el argumento al vincularlo con la supuesta naturaleza «discrecional» del artículo XXI, y no con la necesidad de determinar la responsabilidad de una de las partes por la violación de una norma imperativa, como en el supuesto que planteamos. En un caso de esta naturaleza, un grupo especial se enfrentaría con una situación en la que la violación de una norma imperativa —jerárquicamente superior al GATT y a todos los acuerdos de la OMC— es determinante en la interpretación y aplicación de la disposición, por lo que puede constituir un «impedimento legal», en el sentido expresado por el OA; y, simultáneamente, configura una cuestión política de alto nivel que involucra el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por lo tanto, el argumento que el grupo especial empleó no sería directamente aplicable a nuestro supuesto y bien podría, por tales razones, declinar el ejercicio de su competencia.

Al respecto, debemos recordar que el artículo 86.3 de la Carta de La Habana preveía esta posibilidad al disponer:

Los Miembros reconocen que la Organización no deberá obrar de manera alguna que implique la emisión de un juicio, en cualquier forma, sobre cuestiones de orden esencialmente político. En consecuencia, y a fin de evitar un conflicto de competencia entre las Naciones Unidas y la Organización respecto de tales cuestiones, toda medida tomada por un Miembro, que tenga relación directa con una cuestión política sometida a las Naciones Unidas de conformidad con el Capítulo IV o VI de la Carta de las Naciones Unidas, será considerada como de la competencia de las Naciones Unidas y no estará sujeta a las disposiciones de esta Carta (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, 1948).

Es verdad, como apunta la doctrina (Pinchis-Paulsen, 2020, p. 187, nota 537), que ni el GATT ni los acuerdos de la OMC tienen una disposición similar a la apuntada; y que, a diferencia de la OIC, la OMC no fue concebida como un organismo especializado de las Naciones Unidas ni se buscó establecer una relación institucional formal con la ONU. También debe notarse que el Preámbulo del GATT no contiene disposiciones relativas a la paz internacional. Algunos autores consideran que la ausencia de una referencia a la paz es notable, dada su mención en el

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

artículo 1 de la Carta de La Habana y al artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, así como la importancia del *nexus* entre la estabilidad económica internacional y la paz internacional en los desarrollos que llevaron al establecimiento del GATT (Wolfrum *et al.*, 2010, p. 50).

Durante la Ronda Uruguay, la Argentina (Ronda Uruguay, 1988a) y Nicaragua (Ronda Uruguay, 1988b) —dos Estados en cuyo perjuicio se había adoptado medidas en virtud del artículo XXI— presentaron sendas propuestas para adoptar interpretaciones del artículo XXI que no dieran lugar a empleos abusivos de la norma por parte de los Estados. En la propuesta argentina se mencionaba la relación que la Carta de La Habana planteaba entre el artículo 86 y el artículo 99 —que contenía las excepciones de seguridad en un texto similar al artículo XXI—, y en la nicaragüense se hacía expresa referencia a los órganos competentes de las Naciones Unidas. Asimismo, en la discusión en el Grupo de Negociación sobre el GATT se insistió en que no debía traerse al GATT cuestiones políticas no procedentes (Ronda Uruguay, 1988c, § 6) y se sostuvo que «sería útil continuar observando la cláusula inicial del tercer párrafo del artículo 86» (Ronda Uruguay, 1988c, § 7). Como sabemos, el artículo XXI no fue modificado ni se adoptaron notas interpretativas, pero es interesante destacar que el espíritu del artículo 86 pareció haber permanecido en los Estados respecto de la improcedencia de llevar cuestiones políticas al ámbito del GATT.

En ese sentido, pensamos que no se ha llamado la atención sobre el acuerdo entre la OMC y las Naciones Unidas, celebrado mediante un canje de notas entre el director general y el secretario general en 1995. En dicho acuerdo, convinieron:

en que los acuerdos y las prácticas descritos en el adjunto documento (A/AC.179/5) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 9 de marzo de 1976, referentes a la relación entre las Naciones Unidas y el GATT, proporcionan una base adecuada sobre la que podrán seguir fundándose las relaciones entre las Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio (Consejo General, 1995, p. 2).

El mencionado documento, adjunto a las notas, contiene este significativo pasaje:

Con respecto a las cuestiones fundamentalmente políticas, las PARTES CONTRATANTES siguen el criterio fijado en el artículo 86 de la Carta de La Habana, es decir, evitar la emisión de juicio alguno sobre tales cuestiones y atenerse a las decisiones de las Naciones Unidas en lo que a ellas concierne (Consejo General, 1995, p. 7).

Aunque pudiera subsistir alguna duda respecto de la vigencia del criterio, indudablemente está inspirado en los mismos principios que llevaron a

33

la elaboración de la Carta de La Habana, y pensamos que podría ser utilizado por un grupo especial para declinar su jurisdicción en un caso de aplicación del artículo XXI en el que deba determinarse la existencia de un acto de agresión, pues esta corresponde primordialmente a los órganos de las Naciones Unidas y no a la OMC.

En definitiva, aunque es una solución que dista de ser la ideal, es a todas luces preferible a que, mediante un análisis aislado del artículo XXI del GATT, se llegue a la convalidación de un acto de agresión en manifiesta oposición con las normas de *ius cogens*.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

No creemos que sea posible realizar una lectura armónica del artículo XXI del GATT con el derecho internacional que implique la posibilidad de que un agresor se valga de las excepciones de la norma para consolidar su propia agresión. Una interpretación de ese tipo atentaría contra una de las normas más fundamentales sobre las que se asienta la comunidad internacional y, de esa forma, contra la unidad del orden jurídico.

A pesar de que estamos convencidos de la conclusión que antecede, no podemos decir lo mismo respecto de la forma en que podrían actuar los órganos del SSD ante una diferencia real en la que un Estado invoque la excepción y la otra parte lo acuse de ser un agresor. Aunque, en aras de la preservación de la unidad del orden jurídico internacional y del papel central que cumplen las normas de *ius cogens* —en particular, la prohibición de la agresión— en dicho orden, deseáramos que los órganos interpretaran el artículo XXI a la luz de tales normas y que, en virtud del principio de la buena fe, rechazaran la invocación de la excepción por parte del agresor, tanto la limitada competencia *ratione materiae* de los órganos como sus propios precedentes nos hacen ver tal escenario como poco probable, máxime en plena crisis del sistema, en la que una posición como la que proponemos podría redundar en un perjuicio para la confianza de los Estados en la solución de diferencias de la OMC.

Así, si se quiere evitar esa situación de *fiat iustitia pereat mundus*, creemos que existen razonables argumentos para sostener que, en caso de agresión, un grupo especial no estaría en la capacidad de analizar si se cumplen las condiciones del artículo XXI del GATT —o sus normas análogas del GATS y del Acuerdo ADPICP— sin determinar la responsabilidad por el inicio de la «guerra» a la que refiere la norma y, como dicha facultad excede los límites de su competencia, debería declinar el ejercicio de la misma e informar al respecto al OSD. Este, en todo caso, podrá decidir si comunica a los órganos competentes de las Naciones Unidas para que tomen las medidas pertinentes.

EL ARTÍCULO
XXI DEL GATT Y
LA AGRESIÓN:
HACIA UNA
INTERPRETACIÓN
COMPATIBLE CON
LA UNIDAD DEL
ORDEN JURÍDICO
INTERNACIONAL

GATT ARTICLE XXI
AND AGGRESSION:
TOWARDS AN
INTERPRETATION
COMPATIBLE WITH
THE UNITY OF THE
INTERNATIONAL
LEGAL ORDER

Aunque a muchos pueda parecer una solución insatisfactoria, pensamos que es la que mejor equilibra los intereses en juego. Así, desde lo estrictamente jurídico, los órganos del SSD no corren el riesgo de convalidar una violación grave de una norma imperativa —con las consecuencias que ello puede tener, no solamente para los derechos de la víctima y para la comunidad internacional en su conjunto, sino también para la responsabilidad internacional de la propia OMC— por pretender un análisis sesgado de las normas internacionales. Desde lo político, el SSD queda a salvo de eventuales acusaciones de actuación *ultra vires* que podrían hacer peligrar (aún más) la confianza que los Estados le han depositado.

No dejaremos de insistir, como hicimos desde el comienzo, en que los órganos del SSD no pueden convalidar una interpretación del artículo XXI del GATT que permita a un agresor beneficiarse de su propia agresión. Una interpretación de ese tipo, en aras de una autonomía a ultranza del SSD y de sus normas aplicables, en completo aislamiento del *ius cogens*, repugna a las más fundamentales normas del derecho internacional y atenta contra la unidad del orden jurídico. La gravedad de la agresión, con sus efectos incluso sobre las normas de comercio internacional, no deja de ser una demostración de esa unidad.

REFERENCIAS

Akande, D., & Williams, S. (2003). International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO. *Virginia Journal of International Law*, 43(2), 365-404.

Alford, R. P. (2011). The Self-Judging WTO Security Exception. *Utah Law Review*, 3, 697-759.

Arredondo, R., & Godio, L. M. (2019). La crisis del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, (13), 163-179. <https://doi.org/10.16890/rstpra7.n13.p163>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1974a). *Definición de la Agresión*, resolución 3314 (XXIX) [UN doc. A/RES/3314 (XXIX)].

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1974b). *Informe del Comité Especial sobre la cuestión de la Definición de la Agresión* [UN doc. A/9619]. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Baena Rojas, J. J. (2019). Proteccionismo inverso y política comercial dentro del sistema multilateral de comercio: el caso de las restricciones a la exportación. *Estudios internacionales*, 7(3), 28-50. <https://doi.org/10.5752/p.2317-773x.2019v7n3p28-50>

Bhala, R. (1998). National Security and International Trade Law: What the GATT Says, and What The United States Does. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 19(2), 263-317.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (1967). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1966* (vol. I, 2da parte). Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (1977). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 1976* (vol. II, 2da parte). Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2006). *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* [doc. A/CN.4/L.682]. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2012). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2005* (vol. II, 2da parte). Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2016). *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2011* (vol. II, 2da parte). Nueva York y Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Comisión de Derecho Internacional (CDI). (2019). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 71º período de sesiones* [doc A/74/10]. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (Cnucyd). (1948). *Acta final y documentos conexos* [UN doc. E/CONE.2/78]. Lake Success: Comisión Interina de la Organización Internacional de Comercio.

Consejo General de las Naciones Unidas. (1995). *Acuerdos de cooperación efectiva con otras organizaciones intergubernamentales. Relaciones entre la OMC y las Naciones Unidas* [comunicación del director general, doc. WT/GC/W/10]. Ginebra: Organización Mundial del Comercio.

Davis, S. (2020). Inherent Limits to the World Trade Organization's Article XXI Self-. *Maryland Journal of International Law*, 34(1), 364-387.

Federer, H. (2018). GATT Article XXI: Trade Sanctions and the Need to Clarify the Security Exceptions. *Cambridge Law Review*, 1, 212-233.

Hahn, M. J. (1991). Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception. *Michigan Journal of International Law*, 12(3), 558-620.

Heath, B. (6 de mayo de 2019). *Trade, Security, and Stewardship (Part II): Making Legal Space to Adjudicate Security Matters*. International Economic Law and Policy Blog. <https://ielp.worldtradelaw.net/2019/05/guest-post-trade-security-and-stewardship-part-ii-making-legal-space-to-adjudicate-security-matters.html> (consultado el 10 de octubre de 2020).

Hill-Cawthorne, L. (2019). International Litigation and the Disaggregation of Disputes: Ukraine/Russia as a Case Study. *International and Comparative Law Quarterly*, 68(4), 779-815. <https://doi.org/10.1017/s0020589319000411>

Ioachimescu-Voinea, M. (2019). National Security Exceptions in the WTO – A Carte Blanche for Protectionism? Part I – Introduction, Negotiating history of

Art. XXI of GATT, Russia – Traffic in Transit Panel's Report. *International Law Review*, X(2), 12-42.

Kenny, C. (2016). Responsibility to recommend: the role of the UN General Assembly in the maintenance of international peace and security. *Journal on the Use of Force and International Law*, 3(1), 3-36. <https://doi.org/10.1080/20531702.2016.1183970>

Lapa, V. (2020). The WTO Panel Report in Russia – Traffic in Transit: Cutting the Gordian Knot of the GATT Security Exception? *Questions of International Law*, 69, 5-27.

Lester, S. (5 de abril de 2019). *The Russia - Traffic in Transit Panel Report*. International Economic Law and Policy Blog. <https://ielp.worldtradelaw.net/2019/04/the-russia-traffic-in-transit-panel-report.html> (consultado el 10 de octubre de 2020).

Lindsay, P. (2003). The Ambiguity of GATT Article XXI: Subtle Success or Rampant Failure? *Duke Law Journal*, 52, 1277-1313.

Marceau, G. (2002). WTO Dispute Settlement and Human Rights. *European Journal of International Law*, 13(4), 753-814. <https://doi.org/10.1093/ejil/13.4.753>

Matsushita, M., Schoenbaum, T. J., Mavroidis, P. C., & Hahn, M. (2015). *The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy* (3ra ed.). Oxford: Oxford University Press.

Mavroidis, P. C. (2007). *Trade in Goods. The GATT and the Other Agreements Regulating Trade in Goods*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199552139.001.0001>

Mitchell, A. D. (2017). Sanctions and the World Trade Organization. En L. Van den Herik (ed.), *Research Handbook on UN Sanctions and International Law* (pp. 283-303). Cheltenham: Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781784713034.00021>

O'Connell, M. E., & Niyazmatov, M. (2012). What is Aggression? Comparing the Jus ad Bellum and the ICC Statute. *Journal of International Criminal Justice*, 10(1), 189-207. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqs003>

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2012). *Guide to GATT Law and Practice: analytical index*. Ginebra: Organización Mundial del Comercio.

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2019). *DS512: Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds512_s.htm (consultado el 10 de noviembre de 2020).

Organización Mundial del Comercio (OMC). (2020). *DS567: Arabia Saudita — Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual*. https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds567_s.htm (consultado el 10 de noviembre de 2020).

Pauwelyn, J. (2003). *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9780511494550>

Pauwelyn, J., & Salles, L. E. (2009). Forum Shopping before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im)Possible Solutions. *Cornell International Law Journal*, 42(1), 77-118.

Pinchis-Paulsen, M. (2020). Trade Multilateralism and U.S. National Security: The Making of the GATT Security Exceptions. *Michigan Journal of International Law*, 41(1), 109-193. <https://doi.org/10.36642/mjil.41.1.trade>

Ravikumar, S. (2016). The GATT Security Exception: Systemic Safeguards against its Misuse. *National University of Juridical Sciences*, 9, 321-340.

Rice, B. (25 de noviembre de 2015). Russia and the WTO: Is it Time to Pierce the Article XXI(b)(iii) Security Exception? SSRN. <https://ssrn.com/abstract=2695936> (consultado el 10 de octubre de 2020).

Ronda Uruguay. (1988a). *Ronda Uruguay. Comunicación de la Argentina* [doc. MTN.GNG/NG7/W/44. Ginebra: GATT.

Ronda Uruguay. (1988b). *Ronda Uruguay. Comunicación de Nicaragua* [doc. MTN.GNG/NG7/W/48. Ginebra: GATT.

Ronda Uruguay. (1988c). *Ronda Uruguay. Grupo de Negociación sobre los Artículos del Acuerdo General. Nota sobre la reunión de los días 27 y 30 de junio de 1988* [doc. MTN.GNG/NG7/8. Ginebra: GATT.

Schloemann, H. L., & Ohloff, S. (1999). Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence. *American Journal of International Law*, 93(2), 424-451. <https://doi.org/10.2307/2997999>

Vásquez Arango, C. (2011). La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo GATT. *Forum*, 1(2), 41-67.

Vidigal, G. (2019). WTO Adjudication and the Security Exception: Something Old, Something New, Something Borrowed – Something Blue? *Legal Issues of Economic Integration*, 46(3). <https://doi.org/10.2139/ssrn.3400717>

Wolfrum, R., Stoll, P.-T., & Hestermeyer, H. (eds.). (2010). *WTO - Trade in Goods*. Leiden: Brill. <https://doi.org/10.1163/ej.9789004145665.i-1228>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS) (1995).

Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (1994).

Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) (1947).

Acuerdo revisado sobre contratación pública (ACP) (OMC, 1994).

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) (OMC, 1994).

Arabia Saudita - Medidas relativas a la protección de derechos de propiedad intelectual. Informe del Grupo Especial (WT/DS567/R) (GATT/OMC, 16 de junio de 2020).

Carta de La Habana (Ginebra, 1 de enero de 1948).

Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945).

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo (1948).

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969).

Convenios de Ginebra (1949).

Dispute Concerning Access to Information under Article 9 of the OSPAR Convention (Ireland vs. United Kingdom). Laudo definitivo (tribunal arbitral, 2 de julio de 2003).

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD).

Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional. Informe del Órgano de Apelación (WT/DS2/AB/R) (GATT/OMC, 29 de abril de 1996).

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ONU, 17 de julio de 1988).

Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie; Grèce (intervenant)), arrêt. C.I.J. Recueil, 2012, p. 99.

India - Determinadas medidas sobre las importaciones de productos de hierro y acero. Informe del Grupo Especial (WT/DS518/R) (GATT/OMC, 6 de noviembre de 2018).

México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas. Informe del Órgano de Apelación (WT/DS308/AB/R) (GATT/OMC, 6 de marzo de 2006).

Protocolos Adicionales I y II a los Convenios de Ginebra (8 de junio de 1977).

Proyecto de artículos sobre los efectos de los conflictos armados (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2011).

Proyecto de artículos de la CDI sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, 2011).

Resolución 3314 (XXIX) (Asamblea General de la ONU, 14 de diciembre de 1974).

Resolución 377 (V) «Unión pro Paz» (Asamblea General de la ONU, 3 de noviembre de 1950).

Rusia - Medidas que afectan al tráfico en tránsito. Informe del Grupo Especial (WT/DS512/R) (GATT/OMC, 5 de abril de 2019).

Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (17 de diciembre de 1992).

United States - Trade Measures Affecting Nicaragua. Informe del Panel (L/6053) (GATT/OMC, 16 de octubre de 1986).

Recibido: 11/11/2020

Aprobado: 19/01/2021

La Alianza del Pacífico y el CPTPP: ¿alternativas para la solución de diferencias ante la OMC?*

The Pacific Alliance and the CPTPP as alternatives to
WTO dispute settlement

NATALIA GALLARDO-SALAZAR**

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

JAIME TIJMES-IHL***

Universidad de La Frontera (Chile)

Resumen: El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) está en crisis desde que su Órgano de Apelación dejó de funcionar en diciembre de 2019. Como consecuencia, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC no puede adoptar el informe de un grupo especial si una parte en la diferencia notifica su intención de apelar. En ese contexto, el presente artículo analiza qué factores pueden influir en la decisión de las partes reclamantes de recurrir a dos acuerdos comerciales regionales (ACR), la Alianza del Pacífico y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), como foros alternativos a la solución de diferencias de la OMC. Tras un análisis comparativo de las normas de solución de diferencias en ambos ACR, y en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, concluimos que los factores procesales e institucionales serán posiblemente relevantes para las partes reclamantes que deseen seleccionar un foro de solución de diferencias.

Palabras clave: Organización Mundial del Comercio (OMC), Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), acuerdo comercial regional (ACR), Alianza del Pacífico (AP), Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, CPTPPA, TPP-11, TPP11, TP, TPPA)

Abstract: The World Trade Organization (WTO) dispute settlement system is currently in crisis because the WTO Appellate Body ceased effectively functioning in December 2019. As a consequence, the WTO Dispute Settlement Body is unable to adopt a panel report if a party to the dispute notifies its intention to appeal. In this context, this article analyzes what factors may influence the complaining parties' decision on whether to recur to two regional trade agreements (RTA), namely the Pacific Alliance and

* Este artículo se basa en una selección de capítulos de la tesis de LLM de Natalia Gallardo-Salazar y contó con el financiamiento del proyecto de investigación ANID/Conicyt Chile Fondecyt Regular 1171085.

** Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LLM en Derecho Internacional por la misma casa de estudios y la Universidad de Heidelberg. Es además especialista en derecho comercial internacional y solución de controversias con arreglo a acuerdos comerciales preferenciales en Asia-Pacífico.

Código ORCID: 0000-0002-3669-242X. Correo electrónico: natalia.gallardo.s@outlook.es

*** Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, miembro del Centro de Investigación Desafíos Internacionales, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. Es abogado de la Universidad de Chile y Dr. iur. por la Universidad de Tübingen, Alemania.

Código ORCID: 0000-0003-1317-2015. Correo electrónico: jaime.tijmes@ufrontera.cl

the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), as alternative fora to WTO dispute settlement. After a comparative analysis of dispute settlement rules in both RTAs and the WTO Dispute Settlement Understanding, we conclude that procedural and institutional factors will arguably be relevant for complaining parties that wish to select a dispute settlement forum.

Key words: World Trade Organization (WTO), Dispute Settlement Understanding (DSU), regional trade agreement (RTA, RTAs), Pacific Alliance, Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP, CPTPPA, TPP-11, TPP11, TPP, TPPA)

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CRISIS DEL OA DE LA OMC Y LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LOS ACR.- III. COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC, EL PA-AP Y EL CPTPP.- III.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN.- III.2. LAS INSTITUCIONES.- III.3. LAS PARTES.- III.4. LAS ETAPAS PROCESALES.- III.4.1. CONSULTAS.- III.4.2. FASE POSTERIOR A LAS CONSULTAS.- III.4.3. EL GRUPO ESPECIAL O EL TRIBUNAL ARBITRAL.- III.4.3.1. ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL O DE UN TRIBUNAL ARBITRAL.- III.4.3.2. COMPOSICIÓN Y SELECCIÓN DEL GRUPO ESPECIAL O TRIBUNAL ARBITRAL.- III.4.3.3. NORMAS DE PROCEDIMIENTO.- III.4.3.4. INFORMES Y LAUDOS.- III.4.4. APELACIÓN.- III.4.5. APLICACIÓN Y VIGILANCIA.- III.4.6. NO APLICACIÓN, COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES.- III.4.7. RESUMEN.- IV. EVALUACIÓN DE LA AP Y DEL CPTPP COMO ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC.- IV.1. PERSPECTIVA PROCESAL.- IV.1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- IV.1.2. TRÁMITES PROCESALES.- IV.1.3. CUMPLIMIENTO.- IV.2. PERSPECTIVA INSTITUCIONAL.- IV.2.1. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL.- IV.2.2. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO.- IV.2.3. TRANSPARENCIA.- IV.2.4. RESUMEN.- V. CONCLUSIONES.- VI. ANEXO: CUADRO COMPARATIVO.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) enfrenta la mayor crisis desde su origen en 1995. En lo que pudiere ser el fin del sistema basado en normas (Brewster, 2019; Patch, 2019), Estados Unidos ha obstruido el nombramiento para las vacantes en el Órgano de Apelación (OA) de la OMC (Lehne, 2019; Bäumlér, 2020), el que, por tanto, no ha podido funcionar efectivamente desde diciembre de 2019.

Por lo anterior, las apelaciones quedarán pendientes y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC no podrá adoptar el informe del grupo especial, con arreglo al artículo 16.4 del Entendimiento de la OMC relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (comúnmente denominado Entendimiento sobre Solución de Diferencias [ESD]). Por tanto, el informe del grupo especial

41

no será vinculante y las partes no podrán exigir su cumplimiento. Se han explorado varias soluciones a esta situación; por ejemplo, un conjunto de miembros de la OMC ha acordado un procedimiento arbitral de apelación provisional¹. Otra opción podría ser que los acuerdos comerciales regionales (ACR) resolvieren las diferencias de forma vinculante.

En este artículo, nuestra muestra consiste en dos ACR: la Alianza del Pacífico (AP) y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés). Ambos son ACR de última generación que abarcan obligaciones sustantivas y sistemas de solución de diferencias. La AP es un proyecto de integración económica latinoamericana que comenzó en 2011 y entró en vigor en 2016 (Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, 2020). Sus cuatro miembros son Chile, Colombia, México y Perú. Por su parte, el CPTPP es un proyecto de integración económica entre varios Estados de la región Asia-Pacífico (Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam). En noviembre de 2020 entró en vigor para algunos miembros. El CPTPP se creó después de que Estados Unidos se retirara del Tratado de Asociación Transpacífico (TPP); de ahí que el CPTPP también se denomine a veces extraoficialmente TPP-11. El capítulo 17 del Protocolo Adicional de la AP (PA-AP) y el capítulo 28 del TPP (incorporado al CPTPP) incluyen sus respectivos sistemas de solución de diferencias entre Estados, que todavía no se han aplicado. Los artículos 17.4 del PA-AP y 28.4 del TPP (incorporado al CPTPP) permiten a las partes reclamantes elegir el foro. Cabe señalar que algunos ACR incluyen sistemas de solución de diferencias entre inversionistas y Estados (Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, 2021), pero en este artículo solo analizaremos los sistemas de solución de diferencias entre Estados.

Antes de que Estados Unidos abandonara el TPP, algunas autoras compararon la solución de diferencias del TPP y de la OMC, aunque de forma menos detallada y con un enfoque menos jurídico que el de este artículo, para explorar si el TPP podría satisfacer los intereses de sus miembros asiáticos (Toohey, 2017). En una publicación anterior hemos concluido que los patrones observados en el uso del mecanismo de solución de diferencias de la OMC indican que algunos miembros preferirían solucionar sus controversias en la AP y el CPTPP en vez de en la OMC (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020).

Nuestra pregunta de investigación es la siguiente: ¿qué normas jurídicas procesales e institucionales sobre la solución de diferencias en la OMC, la AP y el CPTPP podrían incidir cuando los demandantes elijan foro? Esta pregunta es importante porque de esas normas dependerá si las

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

¹ Procedimiento arbitral multipartito de apelación provisional de conformidad con el artículo 25 del ESD, Organización Mundial del Comercio, JOB/DSB/1/Add.12 (30 de abril de 2020).

partes reclamantes efectivamente elegirán solucionar sus diferencias en la AP o el CPTPP en vez de en la OMC, especialmente por la actual crisis del OA. Esta crisis constituye el contexto histórico que imprime urgencia a estas meditaciones, pero no la examinaremos en cuanto tal. De hecho, nuestra investigación también tendría sentido si la solución de diferencias en la OMC estuviese funcionando perfectamente.

En este artículo aplicaremos una metodología positivista y comparativa que incluye los métodos interpretativos literal y sistemático para interpretar y comparar el significado de las normas de solución de diferencias de la OMC, la AP y el CPTPP. Adoptaremos una perspectiva voluntarista y formalista, y analizaremos las normas de los tratados, pero no otras fuentes (por ejemplo, las normas internacionales consuetudinarias, las decisiones judiciales o la práctica de los Estados). En esa línea, otras autoras, como Marceau (1997), han realizado comparaciones normativas similares en materia de derecho internacional económico.

La sección II ofrece una breve introducción a los sistemas de solución de diferencias de los ACR en el contexto de la crisis del OA. La sección III compara los sistemas de solución de diferencias de la OMC, el PA-AP y el CPTPP en cuanto a su ámbito de aplicación, sus instituciones, las partes y las etapas procesales. La sección IV evalúa las fortalezas y debilidades de estos sistemas, y si el PA-AP y el CPTPP pudieren constituir alternativas a la solución de diferencias en la OMC. La sección V concluye el trabajo.

El artículo 1 del CPTPP incorpora por referencia las disposiciones del TPP (aunque con excepciones, mientras el artículo 2 suspende la aplicación de ciertas disposiciones), pero son tratados independientes. Para citar de manera inequívoca, sencilla y técnicamente correcta, las menciones de los capítulos y las disposiciones del TPP se refieren a dicho tratado tal como está incorporado al CPTPP. Por ejemplo, las referencias al artículo 28.1 del TPP se refieren al artículo 28.1 del TPP tal y como ha sido incorporado al CPTPP. Por otra parte, dado que el TPP solo existe incorporado al CPTPP, nos referiremos al sistema de solución de diferencias del CPTPP (no del TPP).

Por simplicidad, en este artículo nos referiremos indistintamente a los miembros o partes de la OMC, la AP y el CPTPP.

II. LA CRISIS DEL OA DE LA OMC Y LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LOS ACR

En esta sección resumiremos la crisis que afecta a la solución de diferencias de la OMC y el rol que pueden desempeñar los ACR en ella.

43

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Desde la creación de la OMC en 1995, su sistema de solución de diferencias ha sido fundamental para el sistema comercial multilateral. Según el artículo 3 del ESD, ese sistema fue concebido para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral, proporcionar un instrumento que aclare las disposiciones de los acuerdos y preservar los derechos y obligaciones.

La doctrina mayoritaria coincide en que el sistema de solución de diferencias de la OMC en general funciona muy bien (Porter, 2015). Sin embargo, principalmente los gobiernos de los presidentes estadounidenses Obama y Trump criticaron que la OMC no haya sido capaz de adaptarse a los cambios del comercio internacional (USTR, 2019) y que haya perdido su norte como foro de negociación para convertirse en una organización centrada en la litigación (USTR, 2017). Para forzar que los miembros de la OMC aborden esas cuestiones y reformen el sistema de solución de diferencias, Estados Unidos ha obstaculizado el consenso que requiere el artículo 2.4 del ESD para designar las vacantes del OA (Lehne, 2019, pp. 13-105). Así, el OA dejó de funcionar en diciembre de 2019.

En consecuencia, si un miembro apela el informe de un grupo especial de conformidad con el artículo 16.4 del ESD, la imposibilidad de tramitar esa apelación impide que el OSD de la OMC adopte la decisión del grupo especial. Por lo tanto, hay un incentivo evidente para que las partes perdedoras apelen. Además, las consecuencias sistémicas pueden ser de gran alcance: ante la imposibilidad de solucionar las diferencias, los miembros de la OMC podrían recurrir a las acciones unilaterales (Brewster, 2019).

La pregunta es si los sistemas de solución de diferencias incorporados en los ACR pueden resolver, con una decisión vinculante, las diferencias entre los Estados que son miembros de la OMC y de un determinado ACR.

La cantidad, cobertura, complejidad e importancia político-económica de los ACR ha aumentado en el último tiempo (Stoll, 2017). Hasta enero de 2021, se habían notificado a la OMC 335 acuerdos en vigor (WTO, 2021). Estos ACR han ampliado su ámbito de aplicación sustantivo al profundizar en asuntos ya incluidos en la OMC (llamados OMC+) o añadir asuntos no cubiertos por la OMC (llamados OMC-extra). Sus sistemas de solución de diferencias eran políticos, pero ahora son cada vez más jurídicos e instituyen procedimientos complejos (Chase *et al.*, 2016). Muchos ACR regulan la elección del foro a pesar de los problemas que plantea, como las sentencias contradictorias y la cosa juzgada (Hillman, 2009, pp. 202-204).

Tal como en el PA-AP y el CPTPP, es usual que, una vez que la parte reclamante elige un foro, se excluyan otros.

III. COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC, EL PA-AP Y EL CPTPP

En este capítulo compararemos y exploraremos las similitudes y diferencias entre las disposiciones relativas a la solución de diferencias entre Estados en el ESD de la OMC, el capítulo 17 del PA-AP y el capítulo 28 del TPP. Nos centraremos en el ámbito de aplicación, las instituciones, las partes y las etapas procesales. Una vez hecho esto, en el próximo capítulo podremos evaluar los motivos que pudieren tener las partes reclamantes para elegir el sistema de la OMC, la AP o el CPTPP para solucionar sus diferencias.

III.1. El ámbito de aplicación

Con arreglo a los artículos 1 y 3 del ESD, las normas y procedimientos se aplican a las consultas y diferencias planteadas de conformidad con los acuerdos abarcados enumerados en el Apéndice 1 del ESD. Según los artículos XXIII:1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) de 1994 y 26 del ESD, las partes pueden plantear una reclamación si otra parte ha anulado o menoscabado una ventaja o ha comprometido el cumplimiento de objetivos, a consecuencia de haber incumplido sus obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados (reclamaciones en los casos en que existe infracción). La anulación, el menoscabo o el incumplimiento también pueden ser consecuencia de una medida que no sea contraria a los acuerdos abarcados (reclamaciones en los casos en que no existe infracción) o de otras situaciones (reclamaciones en casos en que existe otra situación).

De conformidad con los artículos 17.3 del PA-AP y 28.3 del TPP, estos sistemas de solución de diferencias se aplicarán para prevenir o solucionar diferencias relativas a la interpretación o aplicación del respectivo tratado, y también se aplicarán a las reclamaciones por infracciones y no infracciones referidas a medidas vigentes o en proyecto. Sin embargo, el ámbito de aplicación de las reclamaciones sin infracción se reduce en ambos acuerdos a determinados asuntos. El anexo 17.3 del PA-AP incluye el acceso a mercados, las reglas y los procedimientos de origen, las medidas sanitarias y fitosanitarias, los obstáculos técnicos al comercio, la contratación pública y el comercio transfronterizo de servicios. El CPTPP incluye los capítulos sobre trato nacional y acceso de mercancías al mercado, reglas y procedimientos de origen, mercancías textiles y prendas de vestir, administración aduanera y facilitación de comercio, obstáculos técnicos al comercio, comercio transfronterizo de servicios y contratación pública. La inclusión del capítulo de propiedad intelectual está pendiente hasta que la OMC conceda el derecho a iniciar reclamaciones por anulación o menoscabo sin violación en virtud de su

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Es decir, la primera diferencia principal en cuanto al ámbito de aplicación se refiere a que estos ACR incluyen las medidas en proyecto (pero solo para la fase de consultas, de conformidad con los artículos 17.7.3 del PA-AP y 28.7.7 del TPP). Cabe señalar que, aunque la solución de diferencias de la OMC no se aplica explícitamente a las medidas en proyecto, estas pueden ser objeto de una reclamación en aquellos casos en los que existe otra situación, de conformidad con el artículo 26.2 del ESD.

La segunda diferencia principal se refiere a los asuntos OMC+ y OMC-extra. La AP y el CPTPP tienen un ámbito de aplicación más amplio que la OMC y, por lo tanto, la posibilidad de que se generen conflictos es mayor; sin embargo, estos ACR suelen limitar el alcance de estas diferencias. Por ejemplo, la aplicación del capítulo 28 del TPP sobre la solución de diferencias está condicionada o restringida a las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) (art. 7.18), los obstáculos técnicos al comercio (OTC) (art. 8.4.2) y el comercio electrónico (art. 14.18). Otros asuntos están excluidos de la solución de diferencias, como los derechos *antidumping* y compensatorios (art. 6.8.3) y la libre competencia (art. 16.9).

III.2. Las instituciones

Los tres tratados incorporan órganos vinculados con la solución de diferencias.

El OSD de la OMC administra las normas y los procedimientos en materia de solución de diferencias, de conformidad con el artículo 2 del ESD. Así, establece grupos especiales, adopta los informes de esos grupos especiales y del OA, vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, y autoriza la suspensión de concesiones y otras obligaciones. De conformidad con el artículo IV.3 del Acuerdo de la OMC, el OSD está compuesto por representantes de todos los miembros de la OMC, incluidos los que no tengan interés en una diferencia específica, lo que refleja el carácter multilateral de la solución de diferencias de la OMC.

Las principales instituciones de la AP y el CPTPP son la Comisión de Libre Comercio (CLC) y la Comisión de Asociación Transpacífica (CAT), respectivamente. La CLC contribuye a la solución de diferencias (art. 16.2.1(c) del PA-AP), por ejemplo, después de las consultas (art. 17.6). La CAT puede establecer o modificar las normas de procedimiento y establecer y revisar la lista de presidentes de los grupos especiales (TPP, arts. 27.2.1(f)- 27.2.1(g) y 28.13).

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

La Secretaría de la OMC presta asistencia a los grupos especiales y a los Miembros de la OMC (especialmente a los países en desarrollo), mientras que la Secretaría del OA le presta apoyo al OA, de conformidad con los artículos 27 y 17.7 del ESD. Las secretarías desempeñan un papel crucial porque proporcionan asistencia técnica especializada en materia procesal y aportan a la coherencia de los informes (Davey, 2006). La AP y el CPTPP, por su parte, no incluyen secretarías. En cambio, el artículo 17.24 de la AP requiere que las partes designen una oficina permanente para proporcionar apoyo administrativo a los tribunales arbitrales, mientras que los artículos 27.5.1 y 27.6 del TPP requieren puntos de contacto para facilitar las comunicaciones entre las partes, y oficinas que proporcionen asistencia administrativa a los grupos especiales.

III.3. Las partes

En general, las partes tienen el impulso procesal, por ejemplo, para elegir el foro.

El artículo 23 del ESD estatuye que el sistema de solución de diferencias de la OMC goza de jurisdicción obligatoria y exclusiva, aunque incorpora excepciones relacionadas principalmente con los ACR. Las partes reclamantes del PA-AP y del CPTPP pueden elegir el foro (PA-AP, art. 17.4; TPP, art. 28.4). Ha ocurrido que una misma diferencia ha sido sometida a los sistemas de solución de diferencias de un ACR y de la OMC (Pauwelyn, 2006, pp. 197-202) y es posible que eso le ocurra a la AP, el CPTPP y la OMC. No está claro si los grupos especiales de la OMC pueden excusarse de conocer diferencias que las partes hayan sometido previamente a un sistema regional (Hillman, 2016, pp. 197-198).

Las normas procesales son dispositivas (PA-AP, art. 17.14.2; TPP, art. 28.12.2; ESD, art. 12.1). Además, las partes pueden recurrir en cualquier momento a medios alternativos de solución de diferencias (buenos oficios, conciliación y mediación) (PA-AP, arts. 17.6.3(b) y 17.23; TPP, art. 28.6; ESD, art. 5).

La OMC considera la condición de país en desarrollo o menos adelantado durante la solución de diferencias (ESD, arts. 4.10, 8.10, 12.10, 12.11, 24 y 27.2), a diferencia del PA-AP y del CPTPP. Esto es sensato en la AP, ya que sus miembros tienen niveles de desarrollo similares. En cambio, los miembros del CPTPP son heterogéneos, por lo que sorprende la ausencia de un trato especial y diferenciado. Por lo tanto, la solución de diferencias en la OMC podría ser más favorable para los demandantes en desarrollo y menos desarrollados.

Los tres sistemas de solución de diferencias admiten las tercerías. El artículo 17.5.10 del PA-AP requiere que los terceros tengan un interés

47

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

en el asunto objeto de las consultas y el tribunal arbitral puede incluso autorizar solicitudes extemporáneas (art. 17.8.1). El artículo 28.5.3 del TPP exige que el tercero tenga un interés sustancial y que lo notifique en determinado plazo. En la OMC, la parte reclamante opta por iniciar su reclamación con arreglo a los artículos XXII:1 o XXIII:1 del GATT. El artículo 4.11 del ESD solo admite las tercerías en las consultas celebradas en virtud del artículo XXII:1 del GATT. Por lo tanto, para evitar las tercerías, basta con que el reclamante presente su reclamación con arreglo al artículo XXIII:1 del GATT (Pelc, 2017, pp. 206-208). El artículo 4.11 del ESD requiere que los terceros tengan un interés comercial sustancial para participar en las consultas, pero permite que la futura parte demandada lo evalúe y rechace la solicitud. Esto es sensato, ya que los terceros reducen drásticamente las probabilidades de alcanzar pronto un acuerdo (Busch & Reinhardt, 2006, pp. 464-471). En cambio, los miembros tienen derecho a participar como terceros en los asuntos sometidos a un grupo especial o al OA, siempre que tengan un interés sustancial y hayan cumplido ciertas formalidades procesales (ESD, arts. 10.2 y 17.4). Es decir, las tercerías en la OMC en ocasiones requieren el consentimiento del demandante y del demandado y están sujetas a requisitos más estrictos que en el PA-AP y el CPTPP.

El ESD no hace referencia a los escritos de *amicus curiae*, pero los grupos especiales y el OA los han acogido aun contra la oposición de algunos miembros (Gao, 2006). El PA-AP contempla los escritos *amicus curiae* en la solución de diferencias entre inversionistas y Estados (art. 10.20.3), pero no en el capítulo 17. Por lo tanto, los tribunales arbitrales, con arreglo al capítulo 17, podrían adoptar una interpretación similar a la de los grupos especiales y el OA de la OMC. En cambio, el TPP requiere que los grupos especiales consideren los escritos *amicus curiae* de entidades no gubernamentales ubicadas en el territorio de una parte contendiente (art. 28.13(e)). En consecuencia, la regulación es disímil, pero la práctica procesal podría converger.

III.4. Las etapas procesales

Esta sección compara las principales fases procesales de los tres sistemas de resolución de diferencias.

III.4.1. Consultas

Las consultas son confidenciales (ESD, art. 4.6; PA-AP, art. 17.5.8; TPP, art. 28.5.8) y comienzan con una solicitud por escrito, que debe identificar las medidas e incluir los fundamentos jurídicos de la reclamación (ESD, art. 4.4; PA-AP, art. 17.5.1; TPP, art. 28.5.1). Los plazos para las consultas son dispositivos y similares, aunque ligeramente más breves en el CPTPP (ESD, art. 4.3; PA-AP, art. 17.5.4; TPP, art. 28.5.2). Los plazos para las consultas son más breves

para casos urgentes, por ejemplo, productos perecederos (ESD, art. 4.8; PA-AP, art. 17.5.5; TPP, art. 28.5.4).

Como mencionamos antes, el ámbito de aplicación del PA-AP y del CPTPP abarca las medidas en proyecto. En consecuencia, las partes de la AP y del CPTPP pueden solicitar consultas al respecto (PA-AP, arts. 17.5.1 y 17.3; TPP, arts. 28.5.1 y 28.3), a diferencia de la OMC. Otra diferencia con el ESD radica en que las consultas pueden celebrarse en forma presencial o mediante cualquier medio tecnológico (PA-AP, art. 17.5.9; TPP, art. 28.5.5).

III.4.2. Fase posterior a las consultas

De los sistemas de solución de diferencias analizados, solo el PA-AP incluye una fase posterior a las consultas. La CLC procurará que las partes resuelvan la diferencia y convocará asesores técnicos o grupos de trabajo, recurrirá a métodos alternativos de solución de diferencias, e incluso formulará recomendaciones (PA-AP, art. 17.6).

III.4.3. El grupo especial o el tribunal arbitral

Los tres sistemas incluyen grupos especiales o tribunales arbitrales.

III.4.3.1. Establecimiento de un grupo especial o de un tribunal arbitral

La parte que solicitó las consultas puede pedir que se establezca un grupo especial (ESD, art. 6; TPP, art. 28.7) o un tribunal arbitral (PA-AP, art. 17.7). La parte solicitante debe identificar las medidas en litigio y exponer los fundamentos jurídicos de la reclamación. En la OMC, el órgano competente para establecer (o no) el grupo especial es el OSD.

Como ya destacamos, los sistemas de solución de diferencias del PA-AP y del CPTPP se aplican a las medidas en proyecto, a diferencia de la OMC. Sin embargo, los tribunales arbitrales del PA-AP y los grupos especiales del CPTPP no se podrán establecer para examinar medidas en proyecto (PA-AP, art. 17.7.3; TPP, art. 28.7.7); por tanto, respecto de ellas solo se pueden celebrar consultas. En cambio, las medidas en proyecto pueden ventilarse como reclamaciones en casos en que existe otra situación, de conformidad con el artículo 26.2 del ESD, mientras que el PA-AP y el CPTPP no admiten esas reclamaciones. Por lo tanto, a primera vista pareciera que el PA-AP y el CPTPP fuesen más aptos que la OMC para impugnar medidas en proyecto, pero no es así.

El mandato (también llamado «términos de referencia») estándar, contenido en los artículos 7 del ESD, 17.11 del PA-AP y 28.8 del TPP, es dispositivo.

III.4.3.2. Composición y selección del grupo especial o tribunal arbitral

La composición de los grupos especiales o del tribunal arbitral es similar. En cambio, los procesos de selección difieren mucho, pues los

hay sencillos (ESD, art. 8; PA-AP, art. 17.12-17.13) y complejos (TPP, art. 28.9).

La Secretaría de la OMC mantiene una lista indicativa de candidatos (ESD, art. 8). Los integrantes, por regla general, no deben ser nacionales de las partes en la diferencia. Las partes solo pueden oponerse a la designación por razones imperiosas. En caso de desacuerdo, el director general de la OMC establece la composición del grupo especial, en consulta con los presidentes del OSD y del Consejo o Comité correspondiente. La elección de los integrantes debe asegurar la independencia del grupo especial.

El artículo 17.13 del PA-AP establece que cada parte designa un árbitro, que puede ser su nacional. Si una parte no designa un árbitro, la otra puede designarlo de la lista indicativa de la OMC. A continuación, las partes en litigio eligen un presidente, que no podrá ser nacional de ninguna de las partes ni residir permanentemente en una de ellas. Si las partes no logran designar un presidente de común acuerdo, lo hará por sorteo la presidencia *pro tempore* de la AP.

La posibilidad de bloquear la designación del grupo especial fue un grave defecto de la solución de diferencias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), especialmente desde la diferencia sobre las restricciones al azúcar procedente de México (Lester *et al.*, 2019, pp. 64-69). El capítulo 28 del TPP subsana no solo esa, sino también otras deficiencias procesales del TLCAN (Toohey, 2017, pp. 94-99). En efecto, cada parte tiene un plazo para designar a un miembro del grupo especial (TPP, art. 28.9.2). Si la parte reclamante no lo cumple, el proceso expira. Si la parte reclamada no designa al miembro, la parte demandante lo seleccionará de la lista de la parte reclamada. Si la parte reclamada no ha establecido una lista, la parte reclamante propone tres candidatos y se selecciona uno por sorteo. Las partes nombran al presidente del grupo especial, quien, por regla general, no debe ser nacional de una parte ni de un tercero. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el presidente, lo designan los dos miembros. Si los dos miembros no acuerdan la designación del presidente, lo designarán con el acuerdo de las partes contendientes, o ellas lo seleccionarán al azar de la lista de candidatos, o una parte solicitará a un tercero independiente que lo seleccione de la lista. Si no se ha establecido la lista, las partes en litigio podrán designar tres candidatos y el presidente será seleccionado al azar o por un tercero independiente.

III. 4.3.3. Normas de procedimiento

Los tres tratados establecen que sus normas de procedimiento son dispositivas (ESD, art. 12.1; PA-AP, art. 17.14.2; TPP, art. 28.12.2).

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

El ESD solo bosqueja las normas de procedimiento y deja el resto a la decisión del grupo especial. Las normas deben propender a la flexibilidad y eficiencia procesal, así como a la calidad de los informes, y deben dar a las partes tiempo suficiente para preparar sus comunicaciones (arts. 12.2 y 12.4). Hay normas procesales especiales para las diferencias que involucren a los países en desarrollo (arts. 12.10-12.11).

Los artículos 17.14 del PA-AP y 28.13 del TPP establecen que la CLC de la AP y la CAT deberán aprobar normas de procedimiento. Estas deben incluir al menos una audiencia pública, una comunicación escrita y una réplica. Deben salvaguardar la información confidencial. Las deliberaciones de los tribunales arbitrales de la AP son confidenciales (PA-AP, art. 17.14.3 (e)), a diferencia del CPTPP. Este último admite los escritos *amicus curiae* y especifica el lugar donde se celebrarán las audiencias (TPP, art. 28.13(e) y 28.13(h)), a diferencia del PA-AP. De acuerdo con los artículos 17.14.7 del PA-AP y 28.12.4 del TPP, el grupo especial o tribunal arbitral buscará decidir por consenso; pero, si no puede alcanzarlo, podrá decidir por mayoría.

Por regla general, el plazo para que el tribunal arbitral o grupo especial emita su informe es de 120 días en el PA-AP y 180 días (o seis meses) en el CPTPP y el ESD. Los plazos pueden variar en ciertas circunstancias o por acuerdo de las partes (PA-AP, art. 17.15; ESD, arts. 3.12 y 12.8-12.9; TPP, arts. 28.17.3 y 28.18.1). Ahora bien, la práctica en la OMC indica que esos plazos no suelen cumplirse.

III.4.3.4. Informes y laudos

De acuerdo con el artículo 15 del ESD, el grupo especial comunica los capítulos expositivos de su proyecto de informe a las partes, luego un informe provisional y, finalmente, el informe final, que se distribuye a los miembros de la OMC. El artículo 19 del ESD dispone que, si el grupo especial concluye que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendará que el miembro afectado la ponga en conformidad con el acuerdo. Podrá sugerir la forma de aplicar las recomendaciones, pero sin aumentar o reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados. Según el artículo 16, el OSD considerará el informe final para su adopción, a menos que decida por consenso no adoptarlo o que una parte notifique su decisión de apelar.

Los tribunales arbitrales del PA-AP dictan un proyecto de laudo y un laudo final. El proyecto de laudo determinará si la parte demandada ha cumplido sus obligaciones, o si la medida causa anulación o menoscabo, e incluirá cualquier determinación solicitada en los términos de referencia (PA-AP, art. 17.15). Puede incluir recomendaciones para que la parte reclamada ponga sus medidas de conformidad con el PA-AP y también sugerir formas para implementar el laudo (art. 17.15.5). Al igual que en

51

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

el ESD, el tribunal arbitral del PA-AP no puede aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de las partes (art. 17.15.6). Las partes pueden presentar observaciones al proyecto de laudo y el tribunal arbitral podrá reconsiderarlo (art. 17.15.7-17.15.8). Después de treinta días, el tribunal arbitral notifica a las partes el laudo final, que es definitivo, inapelable y obligatorio (art. 17.16).

Los grupos especiales del CPTPP dictan un informe preliminar y otro final. El informe preliminar contendrá las conclusiones de hecho, la determinación de si la medida es incompatible con las obligaciones establecidas en el tratado, si la parte demandada ha incumplido sus obligaciones, si la medida causa anulación o menoscabo, cualquier otra determinación solicitada en los términos de referencia, y los razonamientos de las conclusiones y determinaciones (TPP, art. 28.17.4). Solo si las partes contendientes lo solicitan conjuntamente, puede el grupo especial hacer recomendaciones, a diferencia de lo estipulado por el ESD y el PA-AP. Al igual que en el PA-AP, las partes pueden presentar observaciones sobre el informe inicial y el grupo especial puede modificarlo (art. 28.17.7-28.17.8). A continuación, el grupo especial presenta un informe final público (art. 28.28.1).

III.4.4. Apelación

La apelación es la diferencia más importante del ESD con el PA-AP y el CPTPP. Es infrecuente que los ACR contemplen un recurso de apelación, aunque es el caso del artículo 12 del Protocolo de la ASEAN sobre el Mecanismo Reforzado de Solución de Controversias y el capítulo VII del Protocolo de Olivos del Mercosur. No lo incluyen el PA-AP y el CPTPP.

De acuerdo con el artículo 17.6 del ESD, las apelaciones se limitan a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y a sus interpretaciones jurídicas. El OA puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial (art. 17.13). Al igual que el grupo especial, el OA puede sugerir formas en que la parte demandada podría aplicar las recomendaciones, pero sin aumentar ni reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados (art. 19). El OSD adopta los informes del OA, salvo que decida por consenso no hacerlo (art. 17.14).

III.4.5. Aplicación y vigilancia

Según el artículo 21 del ESD, si no es factible cumplir de inmediato las recomendaciones y resoluciones del OSD, la parte demandada dispondrá de un plazo prudencial. La parte demandada puede proponer un plazo y el OSD puede aprobarlo (art. 21.3(a)); y, dado que el OSD decide por consenso (art. 2.4), da la impresión de que esta cuestión está sometida a un control multilateral. Sin embargo, si no lo aprueba, las partes contendientes pueden fijar un plazo de común acuerdo

(art. 21.3(b)); es decir, se trata de un asunto bilateral. A falta de acuerdo entre las partes, un árbitro determinará el plazo (art. 21.3(c)), con lo que la cuestión se vuelve multilateral. Si las partes contendientes discrepan sobre si el demandado ha cumplido con el informe del grupo especial y/o del OA, pueden recurrir de nuevo a un grupo especial y del OA (art. 21.5). Además, el artículo 21.6 del ESD prevé la vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas, ya que cualquier miembro puede plantear cuestiones de aplicación en el OSD y la parte demandada deberá presentar informes de situación.

Los procedimientos de aplicación, de conformidad con el artículo 21.5 del ESD, pueden dar lugar a un bucle interminable de procesos. Eso impediría pasar a las siguientes etapas procesales, lo que se denomina el problema de la secuencia, que fue muy debatido durante los inicios de la OMC. Hoy en día, las partes en una diferencia suelen solucionar la secuencia de mutuo acuerdo.

Las partes acordarán el cumplimiento del laudo con arreglo a las determinaciones, conclusiones y recomendaciones del tribunal arbitral (PA-AP, art. 17.19.1). El PA-AP no establece un plazo para el cumplimiento.

El artículo 28.19.3 del TPP establece que, en principio, el demandado deberá cumplir inmediatamente. Si no es posible, dispondrá de un plazo razonable, a menos que las partes acuerden algo diferente. Si las partes contendientes no llegan a acuerdo, el presidente determinará el plazo mediante arbitraje (TPP, art. 28.19.4).

En definitiva, las normas procesales para determinar un plazo razonable de cumplimiento difieren notablemente. Por ejemplo, el PA-AP y el CPTPP no prevén procedimientos relativos a la aplicación, con lo que evitan el problema de la secuencia. Los procedimientos de aplicación dependen del impulso procesal de las partes. A ello, el ESD añade un sistema de vigilancia multilateral, mientras que la vigilancia en el PA-AP y el CPTPP es bilateral. La presión grupal multilateral fortalece el sistema de solución de diferencias de la OMC y contribuye a su legitimidad, mientras que el PA-AP y el CPTPP dependen de las contramedidas para incentivar el cumplimiento.

III.4.6. No aplicación, compensación y suspensión de concesiones

Los artículos 3.7, 22.1 y 22.2 del ESD optan por que, de preferencia, las partes alcancen una solución mutuamente aceptable que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. A falta de lo anterior, el demandado debe aplicar plenamente las recomendaciones y suprimir las medidas incompatibles con los acuerdos abarcados. Si el demandado no las aplica de manera plena, puede compensar de manera voluntaria y temporal. Como última medida, puede solicitar al OSD una

53

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

autorización temporal para suspender el cumplimiento de obligaciones respecto del demandado. El nivel de la suspensión será equivalente al nivel de anulación o menoscabo (ESD, art. 22.4). El artículo 22.3 del ESD enuncia los principios y procedimientos para determinar qué obligaciones suspender. Si las partes contendientes no logran acordar el nivel de la suspensión, el OSD someterá la cuestión a arbitraje (art. 22.6) y la mantendrá bajo vigilancia multilateral hasta que el demandado ponga la medida en conformidad con los acuerdos abarcados (art. 22.8).

De conformidad con el artículo 17.20.1 del PA-AP, si las partes no llegan a un acuerdo sobre el cumplimiento del laudo final o a una solución mutuamente satisfactoria, pueden acordar una compensación temporal mutuamente aceptable. De lo contrario, o si el reclamante considera que el reclamado no ha cumplido el acuerdo, podrá suspender obligaciones respecto del demandado (art. 17.20.2). El nivel de suspensión será equivalente al nivel de anulación o menoscabo, de forma idéntica a lo que señala el artículo 22.4 del ESD. Los principios y procedimientos del artículo 17.20.4 del PA-AP para determinar cuáles obligaciones suspender son muy similares al artículo 22.3 del ESD, las principales diferencias son que el reclamante puede comenzar la suspensión en cualquier momento y que el reclamado solo puede pedir que el tribunal arbitral determine *ex nunc* el nivel de suspensión o si ha cumplido con el laudo final (PA-AP, arts. 17.22.1, 17.20.2, 17.22.6 y 17.22.7). En cambio, en la OMC el demandado puede invocar los procedimientos de solución de diferencias sobre el cumplimiento (ESD, art. 21.5) y el arbitraje sobre la suspensión de obligaciones (art. 22.6) antes de que el demandante pueda empezar a suspender obligaciones. Es decir, el PA-AP favorece al demandante, quien desde ya puede suspender obligaciones y solo después el tribunal arbitral podrá finalizarlas, mientras que el ESD favorece al demandado, quien puede recurrir a los artículos 21.5 y 22.6 del ESD para postergar las contramedidas del demandante.

De conformidad con el artículo 28.20.1 del TPP, una vez transcurrido el plazo razonable para cumplir (o, aunque improbable, si la reclamada notifica que no cumplirá lo indicado por el informe del grupo especial), el reclamante puede solicitar al reclamado que entable negociaciones con miras a desarrollar una compensación mutuamente aceptable. Si no llegan a un acuerdo, o si el reclamante considera que el reclamado lo ha incumplido, podrá suspender beneficios (art. 28.20.2). Los principios y procedimientos para determinar esa suspensión (art. 28.20.4) siguen el artículo 22.3 del ESD más de cerca que el artículo 17.20.4 del PA-AP, por ejemplo, respecto de la importancia del comercio en cuestión y de los elementos y consecuencias económicos más amplios.

Al igual que en el PA-AP, y a diferencia del ESD, recién una vez que el reclamante esté suspendiendo beneficios (TPP, arts. 28.20.3 y 28.20.6), podrá el demandado solicitar que se vuelva a constituir el grupo especial (art. 28.20.5). El grupo especial podrá revisar *ex nunc* el nivel de beneficios suspendidos, si el reclamante ha seguido los principios y procedimientos para determinar cuáles beneficios suspender, y si la reclamada ha cumplido con el informe del grupo especial. Es decir, estas disposiciones favorecen al reclamante, de modo análogo al PA-AP.

En el CPTPP, tal como en el ESD y el PA-AP, el criterio para determinar el nivel de suspensión es la equivalencia, pero con otro parámetro: la equivalencia debe referirse al efecto de la disconformidad, anulación o menoscabo (TPP, art. 28.20, nota 3). Ese énfasis en los efectos requerirá, pues, necesariamente cálculos econométricos. La jurisprudencia de los árbitros del artículo 22.6 del ESD en ciertos casos no se ha basado en los efectos, sino, por ejemplo, en el valor de las subvenciones (*Brasil - Aeronaves*, art. 22.6; *Estados Unidos - EVE*, art. 22.6; *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves*, art. 22.6). Sin embargo, han aplicado modelos econométricos para estimar los efectos de la anulación o menoscabo y de las contramedidas, como la disminución de flujos comerciales (*CE - Banano III (EE.UU.)*, art. 22.6; *CE - Hormonas (Estados Unidos, Canadá)*, art. 22.6), la disminución de transferencias netas (*Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor*, art. 25.3), los efectos económicos (*Estados Unidos - Algodón americano (Upland)*, art. 22.6), etc. Por tanto, el CPTPP exige al grupo especial que determine los efectos y descarte otros enfoques que han aplicado los árbitros de la OMC. Ahora bien, el CPTPP no especifica cuáles son esos efectos, por lo que los árbitros tendrán un margen de maniobra considerable.

El reclamante deberá suspender las contramedidas si el reclamado ofrece pagar una contribución monetaria (TPP, art. 28.20.7). Si las partes no llegan a un acuerdo sobre el monto, se fijará en un equivalente al 50 % del nivel de los beneficios que había determinado el grupo especial o, si no lo ha determinado, equivalente al 50 % del nivel que la parte reclamante pretende suspender. La contribución monetaria no es la solución preferida y no exime al demandado de presentar un plan para cumplir con el informe del grupo especial (art. 28.20.9). La evaluación monetaria es transitoria y en principio dura máximo doce meses (TPP, arts. 28.20.10-28.20.11). Si el reclamado no paga, no presenta el plan, o excede la duración de la compensación sin haber cumplido con el informe del grupo especial, el reclamante podrá aplicar contramedidas (art. 28.20.12). A modo de comparación, la doctrina ha debatido desde hace tiempo sobre la compensación monetaria para la OMC (Sutherland *et al.*, 2004; Bronckers & Van den Broek, 2005) y en ocasiones se ha aplicado (O'Connor & Djordjevic, 2005), pero no ha sido posible consagrarla en el ESD.

En resumen, el PA-AP y el CPTPP ofrecen soluciones originales que benefician al reclamante en comparación con el ESD; por ejemplo, la suspensión inmediata de las obligaciones y la compensación monetaria. En cambio, la OMC se destaca por la vigilancia multilateral respecto de la aplicación de los informes de los grupos especiales y del OA, lo que, como ya mencionamos, otorga legitimidad y refuerza la presión grupal.

III.4.7. Resumen

Los tres sistemas pueden solucionar diferencias interestatales que surjan de la aplicación e interpretación de los respectivos acuerdos, el incumplimiento de obligaciones, o cuando un miembro anule o menoscabe una ventaja o comprometa el cumplimiento de objetivos. A diferencia de la OMC, el PA-AP y el CPTPP abarcan las medidas vigentes y aquellas en proyecto, aunque solo durante las consultas. El sistema de solución de diferencias de la OMC incluye todos los acuerdos abarcados (Apéndice 1 del ESD), mientras que el CPTPP excluye determinadas materias. En este sentido, el CPTPP amplía el ámbito de aplicación al incluir las medidas proyectadas, pero lo reduce al excluir las materias que generan la mayoría de las diferencias en la OMC, como las medidas comerciales correctivas, los OTC y las MSF. Parece que la importancia del CPTPP radica en sus regulaciones sustantivas más que en la solución de diferencias.

Los tres sistemas incorporan una primera etapa de consultas para que las partes solucionen la diferencia de mutuo acuerdo, y, luego, una etapa de heterocomposición con un grupo especial o un tribunal arbitral imparcial. El PA-AP opta por el arbitraje, mientras que el ESD y el CPTPP optan por grupos especiales; sin embargo, es una diferencia terminológica, sin mayores efectos procesales. Los procedimientos para seleccionar el grupo especial o tribunal arbitral son disímiles, y el del CPTPP es el más complejo. Los tres sistemas incluyen términos de referencia similares, que son dispositivos para que las partes puedan delimitar la labor del grupo especial o tribunal arbitral. Los derechos procesales de las partes son análogos, como la presentación de una comunicación escrita y de una réplica, al menos una audiencia, y la protección de información confidencial. También admiten tercerías. Contemplan un informe inicial, respecto del cual las partes pueden formular observaciones, y un informe final.

En cuanto a la aplicación, los tres sistemas enfatizan el cumplimiento de la sentencia. El demandado puede obtener un plazo razonable para cumplirla. En caso de incumplimiento, los tres sistemas admiten compensar de manera transitoria y, como última opción, suspender las obligaciones. Incluyen principios similares para que el reclamante seleccione el sector al suspender las obligaciones. En la OMC, el demandante puede proponer una suspensión de obligaciones, pero si

55

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

el demandado se opone, debe seguirse un arbitraje antes de que pueda comenzarla y, en cualquier caso, el OSD debe autorizarla. En cambio, el PA-AP y el CPTPP permiten que el reclamante inicie la suspensión sin autorización previa, pero el grupo especial o tribunal arbitral puede revisarla. El CPTPP, por su parte, admite que el reclamado pague una contribución monetaria para evitar las contramedidas.

Las diferencias más significativas entre estos tres sistemas se refieren al carácter multilateral de la solución de diferencias (compárese con el OSD) y al recurso de apelación en la OMC.

La doctrina ha señalado que la robustez de la solución de diferencias en los ACR depende de la profundidad del acuerdo, la participación de Estados Unidos y la asimetría de poder entre los miembros (Allee & Elsig, 2016). Desde esa perspectiva, hubiésemos esperado grandes diferencias entre la AP y el CPTPP. Por el contrario, si bien hay diferencias, son menos gravitantes de lo esperado.

IV. EVALUACIÓN DE LA AP Y DEL CPTPP COMO ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC

En la sección anterior comparamos los sistemas de solución de diferencias interestatales de la OMC, el PA-AP y el CPTPP. En esta sección examinaremos algunas razones por las que las partes reclamantes podrían elegir el foro regional de la PA-AP o del CPTPP, en vez del foro multilateral de la OMC, para resolver una diferencia.

Clasificaremos las razones en procesales e institucionales. Las primeras abarcan el ámbito de aplicación, las etapas procesales y, por último, el cumplimiento y las acciones por incumplimiento. Desde la perspectiva institucional, evaluaremos la estructura de la solución de diferencias en ambos ACR, su trato especial y diferenciado, y su transparencia.

IV.1. Perspectiva procesal

IV.1.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la solución de diferencias es una cuestión central. Nos concentraremos en dos materias: las medidas en proyecto y los asuntos OMC+ y OMC-extra. La AP y el CPTPP admiten celebrar consultas respecto de medidas en proyecto. Estas consultas son un trámite procesal que fomenta la cooperación regulatoria proactiva cuando los Estados dictan medidas y, por tanto, disminuye la probabilidad de que se produzcan diferencias cuando las medidas entren en vigor. Sin embargo, la AP y el CPTPP no permiten que un grupo especial o tribunal arbitral examine las medidas en proyecto. En cambio, el ámbito de aplicación

57

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

de la solución de diferencias en la OMC no abarca las medidas en proyecto, a menos que se interpreten de manera amplia el artículo 26 del ESD y las reclamaciones en casos en los que existe otra situación. En consecuencia, pudiese ser una táctica procesal conveniente que el reclamante acuda al PA-AP o al CPTPP para celebrar consultas respecto de medidas en proyecto, y si no son satisfactorias, acuda a la OMC y entable una reclamación para casos en que existe otra situación.

Es evidente que el reclamante recurrirá a un ACR para solucionar una diferencia, si la materia en litigio se refiere a obligaciones más profundas (OMC+) o excluidas de la OMC (OMC-extra) (Chase *et al.*, 2016). La AP abarca pocas materias OMC-extra (sobre todo, el comercio electrónico y los servicios financieros), a diferencia del CPTPP (además de las materias mencionadas, por ejemplo, la libre competencia [llamada «política de competencia»], laboral y medio ambiente). Por tanto, la AP ofrece ventajas considerables en las materias OMC+, pero menos respecto de las OMC-extra. En cambio, el CPTPP abarca numerosas materias OMC-extra, pero varias de ellas están excluidas de la solución de diferencias del capítulo 28, como el *antidumping* y la libre competencia. Quizás las excluye para evitar colisiones de competencia procesal en materias que están reguladas de manera muy similar a nivel regional y multilateral, o tal vez los miembros del CPTPP esperaban poder incluirlas en la OMC (Stoll, 2017, pp. 15-16). De lo anterior, deducimos que el principal motivo para crear el CPTPP probablemente no haya sido resolver diferencias, sino cooperar y profundizar las regulaciones comerciales en el marco de un acuerdo megarregional.

IV.1.2. Trámites procesales

El PA-AP y el CPTPP incorporan innovaciones procesales notables respecto de las consultas. Las partes pueden decidir el lugar y momento para celebrarlas. Además, ambos tratados permiten celebrar consultas por cualquier medio tecnológico, lo que disminuye las costas procesales, aunque también puede entorpecer las negociaciones (Roberts & St. John, 2020). Esta flexibilidad podría incentivar que el reclamante prefiera invocar estos ACR (en vez de la OMC) para solucionar una diferencia, especialmente si prevé que la diferencia acabará en la fase de consultas. Por cierto, así han acabado la mayoría de las diferencias que los miembros de la AP han ventilado en la OMC, y algunas diferencias entre miembros del CPTPP (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 653-655).

La AP consagra tribunales arbitrales, a diferencia de los grupos especiales de la OMC y del CPTPP. Parte de la doctrina sostiene que los miembros de la AP querían seguir la línea de los tratados bilaterales que han suscrito con Estados Unidos (Álvarez Zárate & Beltrán Vargas, 2019); no obstante, discrepamos porque esos tratados bilaterales consagran grupos

especiales. Ahora bien, la diferencia entre los tribunales arbitrales de la AP y los grupos especiales de la OMC y el CPTPP es solo terminológica.

Es primordial que las partes no puedan obstruir el nombramiento de los integrantes del grupo especial o del tribunal arbitral (Lester & Manak, 2018). La OMC lo ha logrado, con la excepción del OA. En principio, el PA-AP y el CPTPP parecen bastante robustos al respecto². Será interesante observar cuánto se esforzarán las partes de la AP y del CPTPP para preparar las listas de integrantes, pues será un indicio de la importancia que atribuyan a estos sistemas de solución de diferencias y su futuro funcionamiento.

El ESD consagra el recurso de apelación, pero actualmente es estéril. Por tanto, si una parte no desea cumplir con el informe del grupo especial, puede impedir el curso de la causa de manera indefinida simplemente con interponer una apelación. Es decir, el demandante obtiene un informe del grupo especial, pero el OSD no puede adoptarlo y el demandado no puede ser forzado a cumplirlo. En cambio, en el PA-AP y el CPTPP el reclamado sí puede ser forzado. Ese es un incentivo para plantear las diferencias ante estos ACR, especialmente si el reclamante prevé que la causa llegaría al OA en caso de tramitarla ante la OMC (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 655-656).

Las diferencias que los miembros de la AP y el CPTPP han ventilado ante la OMC indican que la crisis del OA afecta de distinta manera a cada miembro. Las cinco diferencias entre los miembros de la AP se han resuelto mediante consultas o han acabado por desistimiento; es decir, no han finalizado la etapa del grupo especial. De continuar esta tendencia, la crisis del OA no debiese incidir cuando el reclamante elija foro, ya que la OMC y la AP ofrecen un sistema para solucionar diferencias por medios diplomáticos. En cambio, algunos miembros del CPTPP muestran una tendencia distinta, ya que sus causas ante la OMC han concluido la etapa del grupo especial. Cuando ellos demanden, probablemente preferirán elegir el foro del CPTPP en vez de la OMC debido a la crisis del OA. Sin embargo, a causa del reducido ámbito de aplicación de la solución de diferencias del CPTPP (en comparación con la OMC), no se podrán resolver eficazmente las diferencias respecto de numerosas materias en la OMC ni en el CPTPP (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 653-656).

IV.1.3. Cumplimiento

Otra faceta importante es el cumplimiento. El ESD y el CPTPP conceden al demandado un plazo prudencial para cumplir, a diferencia del PA-AP (lo que debiese abreviar el proceso de solución de diferencias).

² En la misma línea, ver Lester *et al.* (2019, pp. 70-72).

59

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

En su momento, la doctrina debatió si la OMC permitía que sus miembros incurrieran en un incumplimiento eficiente (Bello, 1996; Jackson, 1997), pero hoy está claro que tienen la obligación de cumplir con las decisiones jurisdiccionales. Por su parte, los artículos 17.20.1 y 17.20.4 del PA-AP y 28.20.15 del TPP consagran esa obligación de forma unívoca. La doctrina ha debatido si la suspensión de obligaciones en la OMC es eficaz para incentivar el cumplimiento (Tijmes-Ihl, 2014, pp. 32-35): si se dirige contra un país con un gran mercado, probablemente será imperceptible para el demandado, o incluso contraproducente para el demandante si aumenta el precio de importación en mercados nacionales que no estaban involucrados en la diferencia (Bronckers & Baetens, 2013, p. 282). Por esto, el CPTPP admite que el demandado, si no ha restablecido el equilibrio de concesiones, pague de manera transitoria una compensación monetaria para que el demandante no suspenda sus obligaciones (el artículo 28.20.15 del TPP subraya que no exime de cumplir con el informe del grupo especial). La evaluación monetaria puede ser interesante para reclamantes, ya que recompone el equilibrio de manera transitoria, no perjudica indirectamente sus intereses y es más que una mera victoria simbólica. También puede interesar a los reclamados que no pueden cumplir de inmediato con la decisión del grupo especial, por ejemplo, debido a presiones políticas o económicas nacionales. Sin embargo, no está clara la forma de calcularla (WTO, 2013, pp. 37 y 50-51) ni sus consecuencias, sobre todo entre Estados heterogéneos en términos de desarrollo económico y poder. En cambio, la OMC no admite la compensación monetaria, aunque al parecer las partes la han acordado en algunas diferencias, como *Estados Unidos -Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor y Estados Unidos -Algodón americano (Upland)* (p. 6 y nota 9).

En resumen, desde una perspectiva procesal, ambos ACR constituyen buenas opciones a la solución de diferencias en la OMC, sobre todo por la crisis del OA.

IV.2. Perspectiva institucional

IV.2.1. Estructura institucional

Una primera interrogante es si la estructura institucional de solución de diferencias de la OMC (sobre todo su Secretaría, el OSD y el OA) ofrecerá motivos suficientes para preferirla por sobre el PA-AP y el CPTPP. La principal ventaja de la Secretaría se refiere a la enorme influencia que ejerce en la cultura organizacional (Toohey, 2017, pp. 101-102). Por su parte, el OSD institucionaliza la vigilancia multilateral de las diferencias. Por el contrario, los principales beneficios de carecer de esas instituciones se refieren a agilizar los procesos (Hillman, 2016, p. 102) y al ahorro de costos administrativos y de infraestructura para las partes en

la diferencia (Toohey, 2017, pp. 101-102). Ese ahorro es especialmente gravitante si los miembros esperan que las diferencias sean infrecuentes o si la solución de diferencias no es el objetivo principal del ACR, como es el caso de la AP y el CPTPP (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020). Además, las estructuras institucionales más ligeras pueden deberse a una decisión consciente para solucionar las diferencias de manera que refleje las relaciones de poder (sobre todo, en caso de incumplimiento), y de manera bilateral sin la intervención de otros miembros. Por lo tanto, es probable que los miembros de la AP y el CPTPP, en vez de copiar las instituciones de la OMC, quisieran crear un sistema regional eficiente para solucionar sus diferencias bilaterales.

Es decir, si no fuera por la crisis del OA, la OMC sería la mejor vía para solucionar de manera multilateral las diferencias que trascienden lo bilateral. Por ejemplo, hay medidas que afectan a Estados que no son miembros del ACR, hay diferencias que tienen un marcado cariz político, el demandante puede querer sentar un precedente multilateral para diferencias futuras, etc. (Davis, 2006; Busch, 2007). Sin embargo, la crisis del OA casi siempre neutralizará esas ventajas multilaterales. Ahora bien, es probable que los Estados que han suscrito el procedimiento arbitral de apelación provisional de la OMC mencionado antes (Australia, Canadá, Chile, Colombia, México, Nueva Zelanda, Singapur y Perú) prefieran solucionar sus diferencias ante la OMC en vez de la AP y el CPTPP.

IV.2.2. Trato especial y diferenciado

Las disposiciones sobre solución de diferencias de la OMC contemplan un trato especial y diferenciado (TED) para los países en desarrollo, a diferencia del PA-AP y el CPTPP. ¿Llevará esta omisión a que los países en desarrollo prefieran solucionar sus diferencias ante la OMC? Tal vez no, porque la doctrina ha destacado que el sistema de solución de diferencias de la OMC no logra compensar las carencias de los países en desarrollo, especialmente por la duración y el costo de las diferencias (Walters, 2011). Ahora bien, sería interesante investigar a futuro por qué la AP y el CPTPP no incluyen TED.

IV.2.3. Transparencia

La apertura y la participación también son importantes. Los tres tratados requieren que las consultas sean confidenciales (ESD, art. 4.6; PA-AP, art. 17.5.8; TPP, art. 28.5.8). Parte de la doctrina ha sostenido que, después de las consultas, la apertura hacia el público es insuficiente en la solución de diferencias de la OMC (Charnovitz, 2004; Feeney, 2002), especialmente en lo que respecta a las audiencias y a los escritos de *amicus curiae*. Las deliberaciones de los grupos especiales de la OMC y los procedimientos del OA son confidenciales (ESD, arts. 14.1 y 17.10). Aparte de eso, no existe ninguna norma general sobre la apertura o

61

el secreto de las audiencias y han sido las partes en las diferencias de la OMC, los grupos especiales y el OA quienes han decidido en cada caso. En cambio, el PA-AP y el CPTPP exigen al menos una audiencia pública, aunque protegiendo la información confidencial. Las normas de procedimiento del CPTPP exigen que los paneles consideren (en determinadas circunstancias) las solicitudes de presentación de escritos *amicus curiae* (TPP, art. 28.13(e)); en cambio, el ESD y el PA-AP no se refieren a esta cuestión. No obstante, podría decirse que solo en circunstancias excepcionales estas normas relativas a la apertura y a los escritos de *amicus curiae* serían un factor decisivo a la hora de que el demandante elija el foro, quizás si el asunto tiene un impacto social muy elevado o si el demandante quiere utilizar la apertura y la participación como herramienta táctica contra el demandado.

En resumen, parece plausible que los denunciantes prefieran a menudo la solución de diferencias de la OMC por sus instituciones más sólidas, su carácter multilateral y el TED, mientras que los niveles relativamente bajos de apertura y participación muy probablemente no contrarresten esos puntos fuertes. En otras palabras, en circunstancias normales, es probable que los incentivos institucionales hubieran sido muy favorables a la solución de diferencias de la OMC frente al PA-AP y al CPTPP. Además, hay que tener en cuenta el efecto de pares de otros miembros que recurren a la solución de diferencias de la OMC, y la experiencia práctica en materia de litigios ya adquirida en esta organización, en contraste con los sistemas de solución de diferencias de la AP y el CPTPP, que aún no se utilizan. Sin embargo, la actual crisis del OA evidentemente compensa estas fortalezas institucionales.

IV.2.4. Resumen

¿Son el PA-AP y el CPTPP alternativas a la solución de diferencias de la OMC? Desde la perspectiva procesal, el ámbito de aplicación de la AP y el CPTPP abarca consultas respecto de medidas en proyecto, y abarca materias OMC+ y OMC extra (pero el sistema de solución de diferencias del CPTPP se les aplica con restricciones). La OMC actualmente no puede garantizar que la solución de una diferencia será definitiva y vinculante, a diferencia del PA-AP y el CPTPP. Evitar el OA mientras esté en crisis es especialmente importante para los miembros del CPTPP, ya que muchas de sus diferencias ante la OMC han involucrado una apelación (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 645-652). Los procedimientos del PA-AP y del CPTPP garantizan representatividad pues cada parte nombra a un integrante del grupo especial o tribunal arbitral, limitan las posibilidades de bloquear los nombramientos y garantizan su independencia del presidente. Respecto del cumplimiento, el CPTPP contempla la compensación monetaria. Por último, ambos ACR ofrecen flexibilidad logística para tramitar la causa, por ejemplo, respecto del lugar y los medios tecnológicos.

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Desde la perspectiva de la institucionalidad para la solución de diferencias, una de las principales fortalezas de la OMC es el TED. Ahora bien, eso tal vez sea irrelevante, ya que las diferencias que los miembros del CPTPP han ventilado ante la OMC han sido normalmente entre miembros con niveles de desarrollo económico similares. Obviamente, también ha sido así para los miembros de la AP. Otra ventaja de la OMC es la existencia del OSD y de la Secretaría. Por otro lado, ambos ACR consagran la publicidad de las audiencias y el CPTPP establece la obligación de considerar los escritos de *amicus curiae*, que pueden ser relevantes para diferencias sobre asuntos socialmente controvertidos.

En definitiva, los miembros de la AP y del CPTPP probablemente solucionarán en la OMC sus diferencias cuando el TED sea relevante, requieran la institucionalidad del OSD o la Secretaría, o cuando el demandante quiera multilateralizar la diferencia o sentar un precedente multilateral.

V. CONCLUSIONES

El sistema de solución de diferencias de la OMC fue exitoso, pero desde 2019 Estados Unidos ha obstruido los nombramientos para el OA, por lo que este último dejó de funcionar. En este contexto, nuestra pregunta de investigación ha sido: ¿qué normas jurídicas procesales e institucionales sobre la solución de diferencias en la OMC, la AP y el CPTPP podrían incidir cuando los demandantes elijan foro?

Hemos comparado las disposiciones de los tres sistemas de solución de diferencias, y los hemos evaluado desde la perspectiva procesal e institucional. Concluimos que la AP y el CPTPP incluyen incentivos destinados a que el demandante los elija para resolver diferencias interestatales. Ahora bien, podemos desglosar esta conclusión de la siguiente manera:

- La AP y el CPTPP ofrecen al reclamante altos niveles de seguridad jurídica gracias a sus decisiones vinculantes. En cambio, por la crisis del OA, las decisiones de la OMC no son vinculantes en la práctica.
- El ámbito de aplicación de la AP y del CPTPP abarca los asuntos OMC+ y OMC-extra. Además, ambos admiten consultas respecto de medidas en proyecto. Por otro lado, en primer lugar, la OMC obviamente solo incorpora las materias abarcadas en sus acuerdos. En segundo lugar, el CPTPP (pero no la AP) restringe la solución de diferencias interestatales del capítulo 28, por ejemplo, respecto de las MSE, los OTC y el comercio electrónico, y la excluye respecto de las medidas *antidumping*, los derechos compensatorios y la libre competencia. Por tanto, el ámbito de aplicación de la solución de diferencias del CPTPP está restringido.

- La AP y especialmente el CPTPP evitan que las partes obstaculicen el nombramiento de los integrantes del grupo especial o tribunal arbitral.
- La AP y el CPTPP son más flexibles en cuanto al modo y el lugar para tramitar el proceso. También admiten usar medios tecnológicos durante las consultas.
- La etapa de incumplimiento es bastante automática en ambos ACR y la suspensión de concesiones no requiere una autorización institucional. El CPTPP tiene la ventaja de admitir la compensación monetaria como alternativa transitoria a la suspensión, lo que da más flexibilidad al demandado.

Tras evaluar estos tres sistemas de solución de diferencias, podemos colegir que solo la OMC posee ciertos atributos. Su sistema de solución de diferencias incluye herramientas para compensar las diferencias de poder entre las partes, goza de la legitimidad que le da el multilateralismo y cuenta con el apoyo técnico que proporciona la Secretaría. Lo anterior es especialmente valioso, por ejemplo, en diferencias que tienen notorios ribetes políticos, o si el demandante quiere sentar un precedente multilateral. Sin embargo, la actual crisis del OA (y, por tanto, la imposibilidad de lograr una solución vinculante a la diferencia) neutraliza todas estas fortalezas institucionales. Ante ese contexto, los sistemas de solución de diferencias de la AP y el CPTPP se destacan por sus propias ventajas para los reclamantes, entre ellas las siguientes:

- La selección representativa de los integrantes del grupo especial o tribunal arbitral, quienes pueden tener la nacionalidad de alguna parte. Además, el presidente no debe tener la nacionalidad de ninguna parte, lo que le da independencia.
- Los tres sistemas contemplan consultas confidenciales. Ahora bien, la etapa del grupo especial es más transparente en ambos ACR, por ejemplo, respecto de las audiencias públicas. Además, el CPTPP requiere que se consideren los escritos de *amicus curiae*. Esto debiese ser especialmente relevante para las diferencias que despierten un gran interés social.

En resumen, aunque la solución de diferencias no parece haber sido el aspecto decisivo para crear la AP y el CPTPP, sostenemos que sus características institucionales y procesales podrán a futuro ser el motivo por el que las partes reclamantes recurran a ellos para resolver diferencias interestatales. Lo anterior es especialmente relevante por la actual crisis del OA de la OMC.

63

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

VI. ANEXO: CUADRO COMPARATIVO

Tabla N° 1. Principales diferencias procesales e institucionales

Criterios procesales	ESD de la OMC	PA-AP	CPTPP
Ámbito de aplicación	<ul style="list-style-type: none"> Acuerdo de la OMC y acuerdos abarcados (arts. 1 y 3) Reclamaciones en casos en los que existe infracción, reclamaciones en casos en los que no existe infracción, reclamaciones en casos en los que existe otra situación respecto de medidas en proyecto (art. 26) 	<ul style="list-style-type: none"> Medidas en vigor y en proyecto (consultas) (art. 17.7.3) Las reclamaciones en casos en los que no existe infracción tienen un ámbito reducido (art. 17.3) Incluye materias WTO+ y WTO-extra 	<ul style="list-style-type: none"> Medidas en vigor y en proyecto (consultas) (art. 28.7.7) Las reclamaciones en casos en los que no existe infracción tienen un ámbito reducido (art. 28.3) Incluye materias WTO+ y WTO-extra, pero la aplicación del capítulo 28 es condicional o está restringida para ciertas materias
Partes	<ul style="list-style-type: none"> Influencia relevante en la tramitación (por ejemplo, arts. 12.1 y 5) 	<ul style="list-style-type: none"> Gran influencia en la tramitación (por ejemplo, arts. 14.14.2, 17.6.3(b) y 17.23), especialmente para establecer el tribunal arbitral y su composición y para suspender obligaciones 	<ul style="list-style-type: none"> Gran influencia en la tramitación, especialmente para establecer el tribunal arbitral y su composición, y para suspender obligaciones. El demandado puede elegir compensar monetariamente en caso de incumplimiento (por ejemplo, arts. 28.12.2 y 28.5)
Elección de foro	<ul style="list-style-type: none"> Jurisdicción exclusiva, excepto para ACR (art. 23) 	<ul style="list-style-type: none"> Cláusula de bifurcación La elección de foro es excluyente (Arts. 17.4 del PA-AP y 28.4 del TPP) 	
Tercerías	<ul style="list-style-type: none"> Interés comercial sustancial (consultas, art. 4.11) / interés sustancial (arts. 10.2 y 17.4) 	<ul style="list-style-type: none"> Interés en el asunto (arts. 17.5.10 y 17.8.1) 	<ul style="list-style-type: none"> Interés sustancial (art. 28.5.3)
Amicus curiae	<ul style="list-style-type: none"> El ESD no los menciona. No existe una obligación de considerarlos 	<ul style="list-style-type: none"> El capítulo 17 no los menciona No existe una obligación de considerarlos 	<ul style="list-style-type: none"> Es obligatorio considerarlos si ayudan a evaluar las comunicaciones y argumentos de las partes contendientes (art. 28.13.e)

LA ALIANZA DEL PACÍFICO Y EL CPTPP: ¿ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC?

THE PACIFIC ALLIANCE AND THE CPTPP AS ALTERNATIVES TO WTO DISPUTE SETTLEMENT

Etapas procesales			
Consultas	<ul style="list-style-type: none"> Art. 4 	<ul style="list-style-type: none"> Flexibilidad para realizar las consultas (lugar y uso de medios tecnológicos, art. 17.5.9) Abarca medidas en proyecto (arts. 17.3 y 17.5.1) 	<ul style="list-style-type: none"> Flexibilidad para realizar las consultas (lugar y uso de medios tecnológicos, art. 28.5.5) Plazos más breves (art. 28.5.1) Abarca medidas en proyecto (arts. 28.3 y 28.5.1)
Trámites posteriores a las consultas	<ul style="list-style-type: none"> No los incluye 	<ul style="list-style-type: none"> Los realiza la CLC (art. 17.6) 	<ul style="list-style-type: none"> No los incluye
Etapas del grupo especial o tribunal arbitral	<ul style="list-style-type: none"> 180 días (art. 6) 	<ul style="list-style-type: none"> 120 días (art. 17.7) 	<ul style="list-style-type: none"> 180 días (art. 28.7)
a) Establecimiento de grupo especial o tribunal arbitral	<ul style="list-style-type: none"> Con el apoyo de la Secretaría (art. 8) 	<ul style="list-style-type: none"> Lo hacen las partes (arts. 17.13 del PA-AP y 28.9.2 del TPP) 	
b) Composición	<ul style="list-style-type: none"> Tres integrantes (opcionalmente cinco) (art. 8) 	<ul style="list-style-type: none"> Tres integrantes (arts. 17.12 del PA-AP y 28.9 del TPP) 	
c) Selección	<ul style="list-style-type: none"> Interviene la Secretaría y puede intervenir el director general Se selecciona de una lista Se excluye a quienes tengan la nacionalidad de alguna parte Oposición solo por razones imperiosas (Art. 8) 	<ul style="list-style-type: none"> Cada parte elige un integrante Los integrantes eligen al presidente de común acuerdo de una lista con ocho candidatos que no tienen la nacionalidad de los litigantes. Si no hay acuerdo, el presidente <i>pro tempore</i> lo elige al azar La oposición está permitida Mecanismo alternativo: la parte diligente selecciona de la lista de expertos para la OMC de la otra parte; si no se puede, selecciona de la lista de otro miembro (Arts. 17.12-17.13) 	<ul style="list-style-type: none"> Cada parte elige un integrante Si el reclamante no lo hace, expira el proceso. Si el reclamado no lo hace, el reclamante elige de la lista con arreglo al art. 28.11.9 La elección del presidente la hacen las partes, al azar o por un tercero imparcial (Art. 28.9)

Informes y laudos	<ul style="list-style-type: none"> Proyecto de informe, informe provisional e informe definitivo (art. 15) El grupo especial recomienda poner la medida en conformidad con el acuerdo y puede sugerir formas de aplicación (art. 19) Interviene el OSD (art. 16) 	<ul style="list-style-type: none"> Informe provisional y definitivo Puede recomendar poner la medida en conformidad con el acuerdo y puede sugerir formas de métodos de aplicación (Art. 17.15) 	<ul style="list-style-type: none"> Informe provisional y definitivo Solo recomienda si las partes lo piden de consuno (Art. 28.17)
Apelación	<ul style="list-style-type: none"> Lo incluye, pero actualmente no está operativo (Art. 17) 	<ul style="list-style-type: none"> No lo incluyen 	
Aplicación y vigilancia	<ul style="list-style-type: none"> Aplicación inmediata o plazo prudencial para cumplir (hasta quince meses) OSD vigila la aplicación (Art. 21) 	<ul style="list-style-type: none"> Las partes acuerdan los términos del cumplimiento (art. 17.19) 	<ul style="list-style-type: none"> Aplicación inmediata o plazo prudencial que acuerdan las partes en dos situaciones o por arbitraje, con un máximo de quince meses (art. 28.19)
No aplicación			
Compensación	<ul style="list-style-type: none"> Solo si las partes no acuerdan una solución mutuamente satisfactoria Es voluntaria (Art. 22) 	<ul style="list-style-type: none"> Treinta días después de notificar el laudo, las partes negocian para determinar una compensación temporal (art. 17.20.1) 	<ul style="list-style-type: none"> El reclamante puede solicitar negociaciones para determinar una compensación (art. 28.20.1)
Suspensión de obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> Es el último recurso (arts. 3.7, 22.1, 22.2) Requiere autorización previa del OSD (art. 22) Si el demandado objeta, el asunto se decide por arbitraje (art. 22.6) Procedimiento en caso de incumplimiento (art. 21.5) y arbitraje por suspensión de obligaciones (art. 22.6) 	<ul style="list-style-type: none"> Si las partes no llegan a un acuerdo respecto del cumplimiento o la compensación, o si incumplen el acuerdo Si hay objeción, el tribunal arbitral decide el asunto (Arts. 17.20 y 17.22) 	<ul style="list-style-type: none"> Si las partes no llegan a acuerdo respecto del cumplimiento o la compensación, o si incumplen el acuerdo Es necesario notificar al demandado Si hay objeción, se puede solicitar que el grupo especial solucione el asunto Método alternativo y temporal: el demandante propone compensación monetaria (Art. 28.20)

Críterios ins- titucionales	ESD de la OMC	PA-AP	CPTPP
Trato especial y diferenciado	<ul style="list-style-type: none"> Lo incluye (arts. 4.10, 8.10, 12.10, 12.11, 24 y 27.2) 	<ul style="list-style-type: none"> No lo incluyen 	
Institucionalidad	<ul style="list-style-type: none"> Órgano de Solución de Diferencias Intervención sustancial (por ejemplo, art. 2) 	<ul style="list-style-type: none"> Comisión de Libre Comercio No solo solución de diferencias. Intervención marginal. Funciones especiales (Art. 17.6) 	<ul style="list-style-type: none"> Comisión de Asociación Transpacífica (CAT) No solo solución de diferencias. Intervención marginal (Arts. 27.1.1(f) y 28.13)
Apoyo de la Secretaría	<ul style="list-style-type: none"> Lo incluye Varias funciones relativas a la solución de diferencias (art. 27) 	<ul style="list-style-type: none"> No lo incluyen Solo puntos de contacto, sobre todo con fines administrativos y comunicacionales (Arts. 17.24 del PA-AP; y 27.5.1, 28.5.2 y 28.7.2 del TPP) 	
Independencia vs. representa- tividad	<ul style="list-style-type: none"> Adjudicación por un tercero imparcial (arts. 8.2-8.3) 	<ul style="list-style-type: none"> Cada parte selecciona un integrante El presidente es elegido de un tercer miembro o de un tercero externo (Arts. 17.13-17.12) 	<ul style="list-style-type: none"> Cada parte selecciona un integrante El presidente es elegido de un tercer miembro o de un tercero externo (Art. 28.9)
Transparencia	<ul style="list-style-type: none"> No incluye obligaciones de transparencia hacia el público 	<ul style="list-style-type: none"> Por lo menos una audiencia pública, pero cautela información confidencial (art. 17.21) 	<ul style="list-style-type: none"> Por lo menos una audiencia pública, pero cautela información confidencial Incluye escritos de <i>amicus curiae</i> (Art. 28.13)

Fuente: elaboración propia.

REFERENCIAS

Allee, T., & Elsig, M. (2016). Why do some international institutions contain strong dispute settlement provisions? New evidence from preferential trade agreements. *The Review of International Organizations*, 11, 89-120. <https://doi.org/10.1007/s11558-015-9223-y>

Álvarez Zárate, J., & Beltrán Vargas, D. (2019). The Pacific Alliance Dispute Settlement Mechanism: One More for the Heap. En P. Sauvé, R. Polanco Lazo y J. Álvarez Zárate (eds.), *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements*. Cham: Springer. http://doi-org-443.webvpn.fjmu.edu.cn/10.1007/978-3-319-78464-9_13

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Bäumler, J. (Febrero de 2020). *The WTO's Crisis: Between a Rock and a Hard Place* [KFG Working Paper Series, N° 42, Berlin Potsdam Research Group 'The International Rule of Law - Rise or Decline?']. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3544022>

Bello, J. (1996). The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More. *American Journal of International Law*, 90(3), 416-418. <https://doi.org/10.2307/2204065>

Brewster, R. (2019). WTO Dispute Settlement: Can We Go Back Again? *AJIL Unbound*, 113, 61-66. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.4>

Bronckers, M., & Baetens, F. (2013). Reconsidering Financial Remedies in WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, 16(2), 281-311. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgt014>

Bronckers, M., & Van den Broek, N. (2005). Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, 8(1), 101-126. <https://doi.org/10.1093/jielaw/jgi006>

Busch, M. (2007). Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade. *International Organization*, 61(4), 735-761. <https://doi.org/10.1017/S0020818307070257>

Busch, M. L., & Reinhardt, E. (2006). Three's a Crowd: Third Parties and WTO Dispute Settlement. *World Politics*, 58(3), 446-477. <https://doi.org/10.1353/wp.2007.0000>

Charnovitz, S. (2004). Transparency and Participation in the World Trade Organization. *Rutgers Law Review*, 56, 927-959.

Chase, C., Yanovich, A., Crawford, J.-A., & Ugaz, P. (2016). Mapping of dispute settlement mechanisms in regional trade agreements - innovative or variations on a theme? En R. Acharya (ed.), *Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System* (pp. 608-702). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316676493>

Davey, W. (2006). Dispute Settlement in the WTO and RTAs. En L. Bartels y F. Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (pp. 343-357). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199206995.001.0001>

Davis, C. L. (2006). The politics of forum choice for trade disputes: Evidence from US trade policy. *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Philadelphia.

Feeney, S. (2002). The Dispute Settlement Understanding of the WTO Agreement: An Inadequate Mechanism for the Resolution of International Trade Disputes. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2(1), 104-115.

Gallardo-Salazar, N., & Tijmes-Ihl, J. (2020). Dispute Settlement at the World Trade Organization, the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, and the Pacific Alliance. *Journal of International Dispute Settlement*, 11(4), 638-658. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idaa021>

Gao, H. (2006). Amicus Curiae in WTO dispute settlement: Theory and practice. *China Right Forum*, 1, 51-57.

Hillman, J. (2009). Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO-What Should the WTO do? *Cornell International Law Journal*, 42, 193-208.

Hillman, J. (2016). Dispute Settlement Mechanism. En C. Cimino-Isaacs y J. J. Schott (eds.), *Trans-Pacific Partnership: An Assessment* (p. 213-231). Washington, D. C.: Peterson Institute for International Economics.

Jackson, J. (1997). The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation. *American Journal of International Law*, 91(1), 60-64. <https://doi.org/10.2307/2954140>

Lehne, J. (2019). *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?* Berlín: Carl Grossmann Verlag.

Lester, S., & Manak, I. (2 de octubre de 2018). *The Fundamental Flaw in the New NAFTA Deal*. Cato Institute. <https://www.cato.org/publications/commentary/fundamental-flaw-new-nafta-deal>

Lester, S., Manak, I., & Arpas, A. (2019). Access to Trade Justice: Fixing NAFTA's Flawed State-to-State Dispute Settlement Process. *World Trade Review*, 18(1), 63-79. <https://doi.org/10.1017/S147474561800006X>

Marceau, G. (1997). NAFTA and WTO Dispute Settlement Rules: A Thematic Comparison. *Journal of World Trade*, 31(2), 25-81.

O'Connor, B., & Djordjevic, M. (2005). Practical Aspects of Monetary Compensation: The US – Copyright Case. *Journal of International Economic Law*, 8(1), 127-142. <https://doi.org/10.1093/jielaw/jgi007>

Office of the United States Trade Representative (USTR). (11 de diciembre de 2017). *Opening Plenary Statement of USTR Robert Lighthizer at the WTO Ministerial Conference*. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/opening-plenary-statement-ustr>

Office of the United States Trade Representative (USTR). (Marzo de 2019). *2019 Trade Policy Agenda and 2018 Annual Report*. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2019/2019-trade-policy-agenda-and-2018>

Patch, C. (2019). A Unilateral President vs. A Multilateral Trade Organization: Ethical Implications In The Ongoing Trade War. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 32, 883-902.

Pauwelyn, J. (2006). Adding Sweeteners to Softwood Lumber: the WTO–NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking. *Journal of International Economic Law*, 9(1), 197-206. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgi060>

Pelc, K. (2017). Twenty Years of Third-Party Participation at the WTO: What Have We Learned? En M. Elsig, B. Hoekman y J. Pauwelyn (eds.), *Assessing the*

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

World Trade Organization: *Fit for Purpose?* (pp. 203-222). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108147644.010>

Porter, R. (2015). The World Trade Organization at Twenty. *Brown Journal of World Affairs*, 21 (2), 104-116.

Roberts, A., & St. John, T. (13 de October de 2020). *UNCITRAL and ISDS Reform (Online): Can You Hear Me Now?* EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law. <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-online-can-you-hear-me-now/>

Stoll, P.-T. (2017). Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions. En T. Rensmann (ed.), *Mega-Regional Trade Agreements* (pp. 3-24). Cham: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-56663-4_1

Sutherland, P., Bhagwati, J., Botchwey, K., FitzGerald, N., Hamada, K., Jackson, J., Lafer, C., & de Montbrial, T. (2004). *The Future of the WTO (Sutherland Report)*. Ginebra: World Trade Organization.

Tijmes-Ihl, J. (2014). Jurisprudential developments on the purpose of WTO suspension of obligations. *World Trade Review*, 13 (1), 1-38. <https://doi.org/10.1017/S1474745613000177>

Toohy, L. (2017). Dispute Settlement in the TPP and the WTO: Which Way Will Asian TPP Members Turn? En J. Chaisse, H. Gao y C.-f. Lo (eds.), *Paradigm Shift in International Economic Law Rule-Making: TPP as a New Model for Trade Agreements?* (pp. 87-104). Singapur: Springer. https://doi.org/10.1007/978-981-10-6731-0_6

Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-Ihl, J. (2020). The Pacific Alliance and the Belt and Road Initiative. *Asian Education and Development Studies* [ahead of print]. <https://doi.org/10.1108/AEDS-08-2019-0126>

Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-Ihl, J. (2021). Pacific Alliance, CPTPP and USMCA Investment Chapters: substantive convergence, procedural divergence. *Derecho PUCP*, 86.

Walters, J. (2011). Power in WTO Dispute Settlement. *Journal of Third World Studies*, 28 (1), 169-183.

World Trade Organization. (2013). *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements: Innovative or Variations on a Theme?* (WTO Working Papers [2013/17]). <https://doi.org/10.30875/93a8fc27-en>

World Trade Organization. (2021). *Regional trade agreements*. https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm

Jurisprudencia, normativa y otros documento legales

Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_s.ASP

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Framework_Agreement_Pacific_Alliance_s.pdf

Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Final_Texts/Spanish/TPP_Index_s.asp

Brasil - Aeronaves (art. 22.6): Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves. Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión de los árbitros. WT/DS46/ARB. 28 de agosto de 2000.

Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (art. 22.6): Canadá - créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales. Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión del árbitro. WT/DS222/ARB. 17 de febrero de 2003.

CE - Banano III (EE.UU.) (art. 22.6): Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Decisión de los árbitros. WT/DS27/ARB/ECU. 24 de marzo de 2000.

CE - Hormonas (Estados Unidos, Canadá) (art. 22.6): Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cármicos (hormonas). Reclamación inicial de los Estados Unidos. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Decisión de los árbitros. WT/DS26/ARB. 12 de julio de 1999.

Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias (Organización Mundial del Comercio, s.f.). https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm

Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor (art. 25.3): Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos. Recurso al Arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD. Laudo del Árbitro. WT/DS160/ARB25/1. 9 de noviembre de 2001.

Estados Unidos - Algodón americano (Upland) (art. 22.6): Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland). Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión del Árbitro. WT/DS267/ARB/1. 31 de agosto de 2009.

Estados Unidos - EVE (art. 22.6): Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero". Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión del árbitro. WT/DS108/ARB. 30 de agosto de 2002.

Procedimiento arbitral multipartito de apelación provisional de conformidad con el artículo 25 del ESD, JOB/DSB/1/Add.12 (OMC, 30 de abril de 2020).

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Index_Pacific_Alliance_s.asp

Recibido: 10/12/2020
Aprobado: 24/03/2021

¿Cómo enverdecer el derecho comunitario andino?: propuestas para insertar políticas de precios al carbono en un contexto de recuperación verde de la Comunidad Andina

How to green the Andean Community Law?: Proposals to insert carbon pricing policies in a context of green recovery in the Andean Community

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA*

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

CARLOS TRINIDAD ALVARADO***

Instituto de Políticas Climáticas (Perú)

Resumen: La crisis global de la pandemia ha generado una valiosa oportunidad para impulsar, a nivel de los bloques de integración regional, políticas de recuperación verde que estén estrechamente alineadas a las políticas climáticas, incluyendo la fijación de precios al carbono. El Pacto Verde de la Unión Europea (UE) es un ejemplo en este sentido. Este artículo propone que la Comunidad Andina (CAN) siga ese ejemplo, estableciendo políticas de precios al carbono dentro del marco normativo comunitario, adaptándolas a su nivel de integración regional y a las necesidades de sus países miembros. Planteamos cinco ideas de políticas de precios al carbono que los países andinos podrían adoptar en el marco de la CAN: eliminar progresivamente los subsidios a los combustibles fósiles, regular ajustes fiscales al carbono en frontera, crear un impuesto regional al carbono, definir un precio social al carbono de referencia y establecer un mercado regional de carbono. Para concretarlas, la CAN puede optar entre establecer legislación comunitaria de uniformización o de armonización. Consideramos que la armonización es el mejor camino porque permitiría fijar una meta realista y viable, dejando en libertad a los Estados para decidir cómo alcanzarla.

Palabras clave: Derecho internacional económico, Comunidad Andina, derecho comunitario, derecho ambiental, cambio climático, precios al carbono, Pacto Verde

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster de Gestión Ambiental por la Universidad de Yale. Es asociado sénior de Políticas Públicas del Instituto Global de Crecimiento Verde (GGI) y profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Código ORCID: 0000-0003-2452-9665. Correo electrónico: ppenaa@pucp.edu.pe

** Abogada por la PUCP, magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador) y doctora por la Universidad Complutense de Madrid. Es asesora en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (RREE) y profesora de la Facultad de Derecho de la PUCP. Código ORCID: 0000-0002-1630-5242. Correo electrónico: sasaki.ma@pucp.edu.pe

*** Bachiller en Derecho por la PUCP y candidato a magíster en Administración de Empresas con especialización en Energía Verde y Finanzas Climáticas por la Escuela de Economía y Derecho de Berlín. Investigador sénior del Instituto de Políticas Climáticas (IPC), Lima, Perú. Código ORCID: 0000-0002-3339-4363. Correo electrónico: ctrinidad@politicasclimaticas.com

Abstract: The global pandemic crisis has created a valuable opportunity to promote green recovery policies at the level of regional integration blocks that are tightly aligned to climate policies, including carbon pricing. The European Union's Green Deal is an example. We propose that the Andean Community (CAN, by its acronym in Spanish) follows that example by establishing carbon pricing policies in its community law framework, adapting it to its level of regional integration and to the needs of its member countries. We suggest five ideas of carbon pricing policies that Andean countries could adopt within the CAN: phasing out of fossil fuel subsidies, regulating a border-adjustment carbon tax, creating a regional carbon tax, defining a reference social carbon price, and establishing a regional carbon market. To achieve them, the Andean Community can choose between establishing community legislation of uniformization or harmonization. We argue that harmonization is the best option because it would allow for setting a realistic and viable goal, freeing each member country to decide how to attain it.

Key words: International economic law, Andean Community, community law, environmental law, climate change, carbon pricing, Green Deal

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN: EL PRECIO AL CARBONO EN EL CONTEXTO DE CRISIS CLIMÁTICA Y LA RECUPERACIÓN VERDE.- I.1. LAS POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO.- I.2. LOS PRECIOS AL CARBONO COMO PARTE DE LA RECUPERACIÓN VERDE.- II. POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO PARA ACOMPAÑAR LA RECUPERACIÓN VERDE EN LA COMUNIDAD ANDINA.- II.1. ESQUEMAS MULTILATERALES DE INTEGRACIÓN: ESPACIOS ADECUADOS PARA DESARROLLAR POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO.- II.2. LAS POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO EN LA RECUPERACIÓN VERDE COMUNITARIA EUROPEA.- II.3. PERFIL DE EMISIONES DE LA CAN Y LOS ANTECEDENTES DE LAS POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO.- II.4. PROPUESTAS DE POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO PARA LA CAN.- II.4.1. ESTABLECER LA ELIMINACIÓN GRADUAL Y PROGRESIVA DE LAS EXENCIONES, SUBSIDIOS Y BENEFICIOS TRIBUTARIOS A LOS COMBUSTIBLES FÓSILES.- II.4.2. ESTABLECER AJUSTES FISCALES AL CARBONO EN FRONTERA.- II.4.3. EVALUAR LA VIABILIDAD DE IMPONER UN PRECIO REGIONAL AL CARBONO COMO UN IMPUESTO PROPIO EN UN CONTEXTO DE CONSOLIDACIÓN DE LA CAN.- II.4.4. ESTABLECER UN PRECIO SOCIAL DEL CARBONO DE REFERENCIA.- II.4.5. ESTABLECER UN MERCADO REGIONAL DE CARBONO.- II.5. PROBLEMAS Y OPORTUNIDADES DE LAS POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO EN LA CAN.- III. CONSIDERACIONES PARA ENVERDECER EL MARCO JURÍDICO ANDINO E INSERTAR MEDIDAS DE PRECIOS AL CARBONO.- III.1. EL SISTEMA JURÍDICO DE LA CAN.- III.2. LA MODIFICACIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA Y LA DEFINICIÓN DE UN DERECHO COMUNITARIO AMBIENTAL ANDINO.- III.3. ¿ARMONIZACIÓN O UNIFORMIZACIÓN?.- III.4. LOS RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE PRECIOS AL CARBONO EN LA CAN.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: EL PRECIO AL CARBONO EN EL CONTEXTO DE CRISIS CLIMÁTICA Y LA RECUPERACIÓN VERDE

En la actualidad, los países vienen preparándose para crear las bases de una recuperación económica pospandemia y muchos están evaluando oportunidades para alinearse con otras metas globales, como las relacionadas con la protección ambiental y el cambio climático. El objetivo de este artículo es discutir las formas en las que la Comunidad Andina (CAN), como un esquema de integración regional, puede apoyar a Bolivia, Colombia, Ecuador y al Perú —sus Estados miembros— en este esfuerzo de alineamiento a través de la inclusión de políticas de «precios al carbono», tomando como referencia el Pacto Verde de la Unión Europea (UE).

Es importante recordar que la crisis de la pandemia y la crisis ambiental y climática están relacionadas. Por un lado, las causas de la crisis climática han favorecido la ocurrencia de la crisis de la pandemia. Por ejemplo, la ocupación humana de espacios silvestres y la destrucción de los ecosistemas —ambas responsables del 23 % de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) globales¹— exacerban las probabilidades de enfermedades causadas por zoonosis (IPCC, 2019, p. 10; UNEP, 2020). Por otro lado, las consecuencias de la pandemia han sido exacerbadas por las características de la crisis ambiental y climática. Un ejemplo es la contaminación del aire: un estudio calcula que el 15 % de las muertes totales en el mundo por COVID-19 pueden atribuirse a una exposición de largo plazo a este tipo de contaminación (Pozzer, 2020, p. 2249).

Esta crisis climática continuará siendo el mayor reto global en el escenario pospandemia. A pesar de que la brusca paralización económica de las cuarentenas en múltiples países provocó una reducción de GEI global sin precedentes —hasta 8,8 % menor durante el primer semestre del 2020, si se compara con el primer semestre de 2019—, esta es temporal y tiene el potencial de generar efectos de rebote, lo que significa que las reducciones a largo plazo deben basarse en cambios transformacionales y estructurales (Liu *et al.*, 2020, p. 2). Ya desde el 2018, el reporte especial sobre los impactos del calentamiento global de 1,5°C por encima de los niveles preindustriales elaborado por el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) advertía que tendría que haber cambios urgentes y sin precedentes para limitar el calentamiento a ese nivel (IPCC, 2018, p. 15). Para atender a la crisis climática, los países del mundo se comprometieron a reforzar esfuerzos conjuntos para reducir sustancialmente sus emisiones de GEI a través del Acuerdo de París, como parte de la arquitectura del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC).

75

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

1 Comprendido por el sector de Agricultura, Forestería y Otros Usos del Suelo (Afolu, por sus siglas en inglés).

Sin embargo, la implementación de este acuerdo no se da en el vacío, sino en el contexto social y económico mundial que, a partir del 2020, está directamente influenciado por los efectos de la pandemia. De ahí que sea necesario asegurar que las políticas y las normas nacionales y supranacionales que busquen la recuperación económica y la atención de la crisis climática caminen juntas.

1.1. Las políticas de precios al carbono

Una estrategia clave para avanzar hacia las metas climáticas globales y la reactivación económica pospandemia es ponerle un precio al carbono. El precio al carbono es una expresión del principio del derecho ambiental según la cual quien contamina debe pagar, también denominada «principio de internalización de los costos ambientales»². Este principio establece que la obligación de incurrir en los costos de prevención o remediación ambiental corre por cuenta de quien ocasiona el riesgo o el daño, porque no hacerlo impondría una externalidad negativa en el resto de la sociedad. La idea básica es que establecer un precio a las emisiones de GEI, a través de tarifas para emitir u ofrecer incentivos para emitir menos, envía una señal clara al mercado que genera cambios en los patrones de consumo o inversión, ocasionando, a su vez, reducciones en las emisiones totales (UNFCCC, 2020).

En esa línea, el precio al carbono es una política que fija un precio a las emisiones de carbono (precio al carbono implícito) o un vehículo de política pública, implementado a través de una infraestructura legal e institucional que impone un precio por las emisiones de carbono en sectores específicos (precio al carbono explícito) (Pizarro, 2020). Las formas más usuales que se han adoptado para fijar precios al carbono son dos: a través de sistemas de comercio de emisiones de CO₂, también conocidos como *cap and trade*; y por medio de impuestos al carbono (UNFCCC, 2020). Otras políticas de precios al carbono pueden ser la eliminación de subsidios a los combustibles fósiles o los precios hundidos en la evaluación de proyectos de inversión.

Si bien el texto del Acuerdo de París no habla explícitamente del precio al carbono, sí utiliza sus conceptos. Las reglas del Acuerdo de París sobre la posibilidad de realizar transacciones internacionales de títulos sobre emisiones reducidas de CO₂ —a través de enfoques de mercado— utilizan las bases conceptuales del precio al carbono³. Además, internamente, cada país puede aprovechar oportunidades de implementación de medidas de precios al carbono para cumplir con sus compromisos en el marco del Acuerdo de París como parte de las Contribuciones Nacionalmente Determinadas (NDC, por sus siglas en

2 Ver el Principio 16 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y del Desarrollo.

3 Ver el artículo 6, numerales 6.2, 6.4. y 6.5 del Acuerdo de París.

inglés) que debe presentar ante la Secretaría de la convención. Las NDC indican la meta de reducción de emisiones a la que se compromete cada país, la misma que tiene que ser actualizada cada cinco años, apuntando hacia una mayor ambición (Acuerdo de París 2015, art. 4). Las partes son libres de determinar la meta nacional y el cómo llegar a ella, pudiendo establecer mecanismos de diverso tipo, como impuestos alineados con metas climáticas o mercados internos de carbono.

En América Latina, son cuatro países los que han implementado políticas de precios explícitos al carbono: México, Argentina, Chile y Colombia. Estas políticas se han concentrado en impuestos al carbono relacionados al consumo o producción de combustibles fósiles (CLPC, 2020); mientras que el sistema *cap and trade* solo ha sido implementado en México mediante un programa piloto que contempla los sectores industrial y energético entre los años 2020-2021, y se espera que posteriormente se implemente a nivel nacional (ICAP, 2020, p. 5). Cabe resaltar que Colombia y Chile están considerando incorporar políticas más ambiciosas sobre sistemas de comercio de emisiones (SCE), mientras que Brasil está negociando el ingreso del precio al carbono como impuesto al carbono y como SCE.

Tabla N° 1. Impuesto al carbono (en USD por tCO₂)

País	Año	Metas	Entidades reguladas	Excepciones	Precio
Argentina	2017	<ul style="list-style-type: none">• Neutro para los ingresos	<ul style="list-style-type: none">• Productores e importadores de combustibles fósiles	<ul style="list-style-type: none">• Gas natural y jet fuel	10
Chile	2017	<ul style="list-style-type: none">• Fomentar la reforma educativa• Establecer el marco para otros impuestos ecológicos	<ul style="list-style-type: none">• Plantas con más de 50 MWt de capacidad potencial (calderas y turbinas)• Empresas que emiten más de 25 MtCO₂ o 100 t de MP anualmente		5
Colombia	2017	<ul style="list-style-type: none">• Desalentar el uso de combustibles fósiles	<ul style="list-style-type: none">• Productores e importadores de combustibles fósiles	<ul style="list-style-type: none">• Carbón• Consumidores de gas natural que no forman parte de la industria petroquímica o de gas natural• Consumidores de combustibles fósiles que son carbono neutrales	7

México	2014	<ul style="list-style-type: none"> • Reducir emisiones de GEI • Aumentar los ingresos del Gobierno 	<ul style="list-style-type: none"> • Productores e importadores de combustibles fósiles 		2,5
--------	------	--	--	--	-----

Fuente: elaboración propia con base en Velloso *et al.* (2019, p. 42) y CLPC (2020).

Con excepción de Colombia, los países de la CAN no tienen precios al carbono; sin embargo, la arquitectura de sus impuestos a los combustibles presenta algunos criterios ambientales. Tal es el caso del Perú, que tiene un impuesto al consumo (impuesto selectivo al consumo) que se determina por la nocividad de los combustibles para la atmósfera. Asimismo, el Perú ha previsto un precio al carbono «hundido» para la determinación de la rentabilidad de proyectos de inversión pública de USD 7,17.

1.2. Los precios al carbono como parte de la recuperación verde

El alineamiento de metas de recuperación económica con metas ambientales en general, y climáticas en particular, es el corazón de lo que se ha denominado como la «Recuperación Verde», que incluye beneficios económicos, sociales y ambientales tangibles. Por ejemplo, en el sector energía, las inversiones en fuentes renovables como parte de estos paquetes pueden crear más empleos directos en distintas etapas de la distribución, construcción e instalación, útiles en un contexto de recesión y bajo empleo. A su vez, estas inversiones demandan bienes y servicios de las industrias que están en la cadena de suministro, promoviendo la creación de empleos indirectos (Rijsberman *et al.*, 2020, p. 11). Además, a nivel urbano, la pandemia ha demostrado la importancia del acceso a espacios públicos de calidad, como las áreas verdes; de la inversión en infraestructura de medios alternativos de movilidad, como las ciclovías; y de servicios de gestión de residuos sólidos de calidad, como las plantas de valorización. Como parte de las políticas de recuperación verde, una mayor inversión en estos tres ámbitos promovería la resiliencia (por ejemplo, restaurando espacios naturales urbanos como los humedales que mitigan los riesgos de desastres naturales como las inundaciones), reduciría las emisiones de GEI y de contaminantes atmosféricos locales (por ejemplo, creando nuevos programas e infraestructuras de residuos sólidos basados en la economía circular y promoviendo el uso de medios alternativos de movilidad), y produciría cobeneficios a la salud física y mental. Estas y otras medidas podrían ser directamente incentivadas por las políticas de precios al carbono o financiadas por los fondos obtenidos por ellas.

En el contexto pospandemia, países como Suecia o Alemania ya han anunciado que las medidas de recuperación que implementarán tendrán

79

un contenido ambiental importante que impulsará políticas climáticas de precios al carbono, en línea con sus NDC. Por un lado, en Suecia, el Gobierno planea crear garantías de crédito para inversiones verdes, remover subsidios a los combustibles fósiles y hacer un giro de tributación verde para incrementar impuestos ambientales y compensarlo con menores impuestos corporativos y al trabajo (Carbonbrief, 2020). Por otro lado, en Alemania, el Gobierno propone incrementar a partir del próximo año la sobretasa de protección climática del impuesto a los nuevos vehículos a combustión para que los vehículos que consumen más combustibles (como las grandes camionetas) paguen hasta más del doble del impuesto⁴.

Sin embargo, algunos países planifican su recuperación en dirección opuesta a las medidas de descarbonización. Por ejemplo, México anunció que parte de su financiamiento de recuperación iría a sus refinerías y otros proyectos de infraestructura y energía intensivos en emisiones de GEI, sin atarle condiciones ambientales; y Sudáfrica ha diferido los pagos por su impuesto al carbono (Vivideconomics, 2020, p. 13). Es más, el reciente índice de «verdor» de los estímulos (Greenness of Stimulus Index) califica negativamente a la mayoría de los paquetes de recuperación que fueron hechos públicos hasta octubre de 2020 (p. 11).

II. POLÍTICAS DE PRECIOS AL CARBONO PARA ACOMPAÑAR LA RECUPERACIÓN VERDE EN LA COMUNIDAD ANDINA

Las políticas de precios al carbono también pueden ser planteadas a nivel supranacional en espacios de integración regional como la CAN, potenciando la recuperación verde de forma coordinada. En esta sección explicamos las razones por las que los esquemas multilaterales de integración como la CAN son apropiados para desarrollar políticas de precios al carbono y revisamos el ejemplo del Pacto Verde Europeo. La CAN puede utilizar este ejemplo para pensar en sus propias políticas comunitarias de precios al carbono que acompañen esfuerzos de recuperación verde a nivel regional andino y ayuden a sus países miembros a cumplir con sus obligaciones internacionales climáticas en el marco del Acuerdo de París. Para esto, es clave considerar las circunstancias, las necesidades y las capacidades diferentes de la CAN y de sus países miembros. En ese sentido, revisamos el perfil de emisiones de los países andinos y sus avances a nivel nacional, y proponemos cinco medidas de políticas de precios al carbono concretas.

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

4 Para un mayor detalle, véase Reuters (2020).

II.1. Esquemas multilaterales de integración: espacios adecuados para desarrollar políticas de precios al carbono

Aun cuando hay avances institucionales y experiencias efectivas de políticas de precios al carbono alrededor del mundo, existen algunos problemas estructurales que limitan su alcance. En efecto, la última Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (COP25) no cumplió con las expectativas de crear las condiciones habilitantes para un mercado global de emisiones, lo cual evidenció la complejidad de este problema en términos de falla de mercado de los bienes públicos.

Los bienes públicos expresan un desequilibrio entre la oferta y la demanda por la falta de incentivos (Stiglitz, 2000, p. 95). Debido al carácter global y de libre acceso a los beneficios que provienen de las reducciones de emisiones de GEI de algunos países, no es posible establecer exclusiones o limitaciones a su aprovechamiento. De ahí que surjan los *free riders* o polizones: si cualquier país puede acceder libremente, sin costo, a los beneficios de reducciones de GEI, no hay incentivos para adoptar medidas individuales o multilaterales de reducción de emisiones. De ese modo, los Estados que no tienen incentivos para internalizar sus costos de emisión tratan de mejorar los objetivos globales de reducción de emisiones a costa de las otras partes que sí internalizan sus costos. El resultado es que todas las partes terminan peor (Nordhaus, 2020).

Para superar este problema, Nordhaus (2020) propone el diseño de un nuevo orden climático denominado el «Club del Clima». Este club tendría un requisito de entrada para sus países miembros: fijar un precio al carbono a sus emisiones de acuerdo con un estándar internacional, ya sea mediante impuestos nacionales o sistemas *cap and trade*. Los países que no estén en este club pagarían aranceles altos sobre todas sus exportaciones. Los beneficios de este acuerdo radican en su simplicidad en la negociación y adopción, pues no se necesita una arquitectura compleja de verificación y fiscalización; y en la creación de incentivos que movilicen las preferencias de los países, además de eliminar la asimetría de información, pues se establecería un solo estándar internacional sobre el valor de las emisiones.

Cuadro N° 1. Cobeneficios de un precio al carbono

Un precio al carbono puede tener otros impactos positivos para los países de la CAN. Trinidad y Soberón (2020, p. 11) sintetizan los principales beneficios de un precio al carbono en la reactivación económica, en el contexto de la pandemia de COVID-19 para los países de América Latina, que podrían tenerse en cuenta para el caso de la CAN:

- Cierre de brechas de financiamiento sanitarias y sociales: ante el impacto de la pandemia de COVID-19, un eventual impuesto al carbono regional podría contribuir a financiar el cierre de estas brechas.

- Optimización del gasto público: la eliminación de los subsidios podría contribuir a la efectividad de los recursos fiscales. Por ejemplo, diversas investigaciones han encontrado que los subsidios a los combustibles en la Amazonía del Perú no han cumplido con los objetivos sociales y económicos para los que fueron creados (APEC, 2015, p. 36).
- Reducción de la informalidad: a diferencia de los impuestos a la renta o sobre el valor añadido, los impuestos al carbono, sobre todo si son *upstream*, pueden contribuir a reducir la informalidad, pues tendrían la opción de apoyarse en la experiencia de los tradicionales impuestos a los combustibles y recaer sobre algunos contribuyentes (Parry, 2019, p. 54; Liu, 2013, p. 38).
- Impactos ambientales: otro impacto positivo podría ser la disminución de contaminación atmosférica local (Edenhofer *et al.*, 2015, p. 136). De acuerdo con el *Informe mundial sobre la calidad del aire* (2019), el Perú tiene la exposición anual promedio a la contaminación del aire más alta de la región (IQAir, 2020). Además, Lima ocupa el puesto 28 a nivel mundial de concentración media anual de PM (2,5 $\mu\text{g}/\text{m}^3$).

Fuente: elaboración propia.

Como veremos a continuación, las estructuras comunitarias o los espacios internacionales de integración comercial podrían ser vehículos de políticas ambientales (Lucas *et al.*, 2019, p. 396) de precios al carbono, pues ya cuentan con un marco normativo aparente, con normas de aplicación directa e intereses económicos, políticos y sociales comúnmente alineados⁵. Usando estos espacios de integración es posible potenciar lo que hasta ahora son respuestas mixtas de recuperación verde de los países; y, además, se puede reforzar la efectividad y el cumplimiento del marco internacional climático⁶.

II.2. Las políticas de precios al carbono en la recuperación verde comunitaria europea

Actualmente, el ejemplo más ambicioso es el europeo. Antes de la pandemia, la UE había planteado su Pacto Verde Europeo⁷ como:

una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la UE en una sociedad equitativa y próspera [...] en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará dissociado del uso de los recursos (Comisión Europea, 2019, sec. 1).

En este marco, la UE propuso una nueva meta para reducir sus GEI en 55 % al 2030, con respecto a los niveles de 1990 (sec. 2.1.1).

5 Por ejemplo, en junio de 2017, los países miembros de la Alianza del Pacífico se comprometieron a intensificar sus esfuerzos para medir, brindar informes y verificar las emisiones de CO₂ con el fin de identificar posibles mecanismos voluntarios de mercado entre los países de la región (Jakob *et al.*, 2019, p. 21).

6 El derecho internacional ambiental, en el que se insertan los regímenes internacionales sobre cambio climático, es un ejemplo de la presencia de normas del tipo *soft law* (Nava, 2016, p. 110); es decir, normas con un carácter aspiracional, programático o declarativo. Como menciona Juste (1999, p. 47), este tipo de normas ha sido un fenómeno predominante en el derecho internacional ambiental, donde los intereses y expectativas de los Estados difícilmente pueden alinearse y expresarse en incentivos y penalidades concretas. Esto puede aumentar las oportunidades de incumplimiento e ineffectividad.

7 Comunicado de la Comisión Europea del 11 de diciembre de 2019 sobre el Pacto Verde Europeo (COM(2019)0640), apoyado por el Parlamento Europeo mediante la Resolución del 15 de enero de 2020 sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)).

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

Recientemente, el Parlamento Europeo votó por aumentar aún más la ambición a 60 %, meta a ser incluida en la propuesta de Ley del Clima que es parte del paquete del Pacto Verde Europeo⁸.

Varios factores explicarían el origen de una política comunitaria tan ambiciosa, como los impactos cada vez más tangibles del cambio climático, los resultados electorales europeos que favorecieron a los partidos verdes en los últimos años, el nacimiento de varios movimientos juveniles de protesta climática, y la necesidad de contrarrestar el discurso negacionista de presidentes como Trump en los Estados Unidos de América y Bolsonaro en Brasil (Siddi, 2020, p. 6). Esto no quiere decir, sin embargo, que todos los países europeos demuestren el mismo nivel de apoyo, en tanto las implicancias de la implementación nacional serán disímiles (por ejemplo, Polonia, que no suscribió la meta de neutralidad al 2050). Uno de los temas más importantes es la transición energética hacia las energías renovables. La estrategia europea asume que para el 2030 casi un tercio de la energía debería ser producida con estas fuentes (el año pasado la producción fue del 20 %), pero hay una gran diversidad entre los países, tanto en relación a los logros como en las metas que deberían asumir por separado (Brodny & Tutak, 2020, p. 3). Para hacer frente a los retos de los países que más dependen del carbón y los combustibles fósiles, el Pacto Verde propone un Mecanismo de Transición Justa, acompañado de un fondo económico (Siddi, 2020, p. 6). Este es un valioso ejemplo de la importancia de considerar el principio de solidaridad en la implementación del Pacto Verde Europeo (Sikora, 2021, p. 687).

Dicho pacto no es propiamente parte del marco jurídico de la UE, sino una hoja de ruta, una estrategia de políticas públicas climáticas clave en forma de *soft law*, cuyo seguimiento por los países europeos se enmarca en el deber de cooperación sincera del Tratado de la UE (Sikora, 2021, p. 688). La idea es que este instrumento de política pública dé lugar a una serie de nuevas normas y reformas legislativas comunitarias que implementen cada aspecto del pacto. Pero tampoco es cualquier estrategia comunitaria; es, más bien, un ejemplo de que la protección ambiental, en particular en relación a la lucha contra el cambio climático, se ha convertido en una condición habilitante para todo el proyecto de la UE en el futuro (p. 687). Dada su ambición y lo que esta demanda de todos los actores —Estados, ciudadanos y empresas—, queda por determinarse si será tomado, eventualmente, como parte del núcleo duro constituyente de la UE (p. 690).

Este instrumento plantea medidas importantes asociadas a los principios de precios al carbono. Por ejemplo, incluye revisar y proponer mejoras

8 Véase Euronews (2020).

al sistema europeo de Comercio de Derechos de Emisión (ETS, por sus siglas en inglés), así como evaluar ampliarlo a más sectores, establecer metas de los Estados miembros para reducir emisiones por fuera del ETS y regular emisiones provenientes del uso del suelo, cambio del uso del suelo y la silvicultura (Uscuss) (Comisión Europea, 2019, sec. 2.1.1.). Además, para el 2021, la UE plantea un mecanismo de ajuste de carbono en frontera para algunos sectores que, respetando las reglas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), atienda al riesgo de fuga de carbono por importaciones que, efectivamente, traslada las emisiones a los países productores que no tienen medidas ambiciosas de reducción de emisiones (Mehling, 2019, p. 435). En una línea similar, en octubre de 2020, el Parlamento Europeo adoptó por una amplia mayoría un reporte, solicitando a la Comisión Europea que proponga un nuevo marco jurídico comunitario para establecer mecanismos obligatorios de *due diligence* y trazabilidad de productos agrícolas o forestales que se importen a la zona europea, buscando así asegurar que no se haya incurrido en deforestación para producirlos⁹.

Además, la UE realizará ajustes hacia una tributación verde y alinearán el sistema tributario con los objetivos climáticos de la UE, para lo cual buscará que se adopten ajustes a las normas comunitarias sobre el impuesto al valor añadido (IVA) con el objeto de que cada país miembro pueda incorporar mejores criterios ambientales. Asimismo, la UE revisará la Directiva sobre tributación de la energía¹⁰, buscando incorporar aspectos ambientales, y propondrá simplificar el proceso legislativo para aprobar normas relacionadas por mayoría calificada en vez de necesitar la unanimidad (Comisión Europea, 2019, sec. 2.1.1.). Además, como parte de los esfuerzos para enverdecer los presupuestos nacionales de los países miembros, la UE promoverá reformas tributarias que «envían las señales de precios correctas y ofrecen los incentivos adecuados para que los productores, los usuarios y los consumidores adopten comportamientos sostenibles» (sec. 2.2.2). En consecuencia, este nuevo marco europeo permitirá que los países miembros realicen reformas fiscales amplias que incluyan desde la eliminación de subsidios a los combustibles fósiles hasta el cambio del peso de la carga tributaria, haciendo que se apoye más en la contaminación que en el trabajo (sec. 2.1.2).

El paquete del Pacto Verde Europeo se ha renovado con el compromiso para adoptar una recuperación verde a nivel comunitario. Recientemente, la presidenta de la Comisión Europea indicó que este paquete estará en el centro de la estrategia económica europea para salir de la crisis de

83

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

9 El impacto potencial de una medida como esta en países como el Perú, exportadores de productos agrícolas asociados a procesos de deforestación como el café o el cacao, podría ser muy grande. Al respecto, revisar el comunicado del Parlamento Europeo (2020).

10 Véase la Directiva del Consejo 2003/96/EC.

la pandemia¹¹. Un ejemplo es el Fondo de Innovación, que cuenta con mil millones de euros en su primer llamado a propuestas para financiar nuevas tecnologías de energías limpias, y que es alimentado con los ingresos de las subastas de permisos de emisiones en el marco del ETS¹².

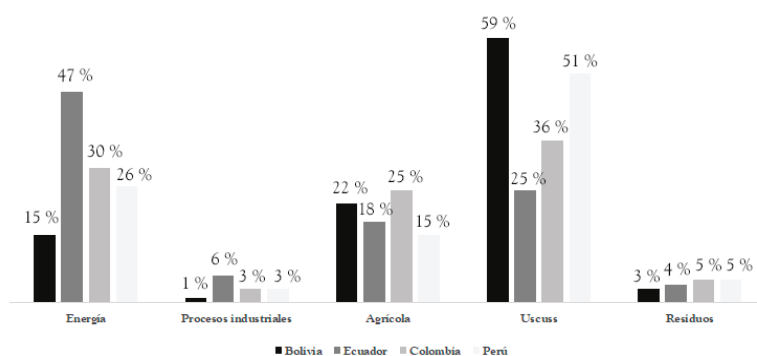
11.3. Perfil de emisiones de la CAN y los antecedentes de las políticas de precios al carbono

Las medidas de precios al carbono de la UE dentro del Pacto Verde, y en el contexto actual de la recuperación pospandemia, se desarrollaron considerando las características sociales, económicas y ambientales de sus países miembros. De allí que, si queremos pensar en medidas de este tipo para un espacio como la CAN, sea necesario evaluar primero cuáles son esas características de los cuatro países andinos.

A diferencia de la UE, la principal fuente de emisiones de los países de la CAN es el sector Uscuss (Ortiz, 2020, p. 3). No obstante, las emisiones del sector energía tienen una participación importante en la composición de las emisiones de los países andinos, representando, en promedio, el 30 % de las emisiones de la CAN.

Ecuador tiene la participación más alta del sector energía en sus emisiones totales (47 %), mientras que la participación de este sector en las emisiones de Bolivia es la más reducida (15 %).

Gráfico N° 1. Emisiones por categorías de los países de la CAN (porcentaje del total)



Fuente: elaboración propia con base en Ortiz (2020, p. 3).

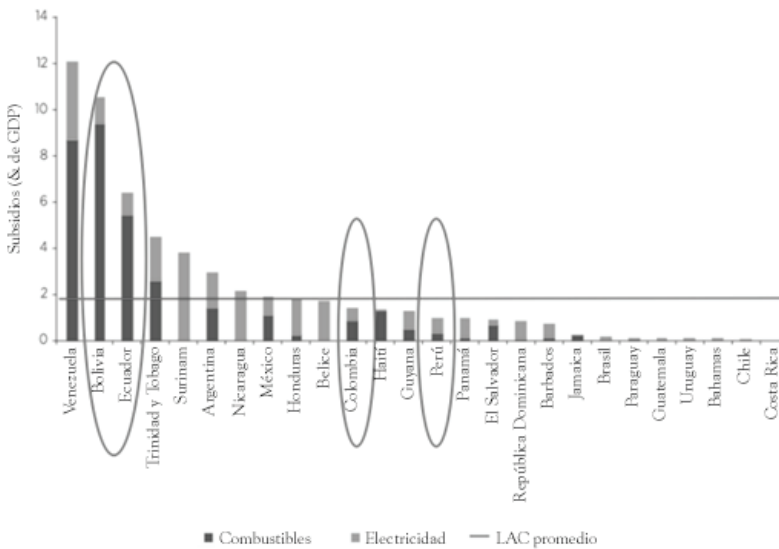
Si bien todos los países de la región tienen impuestos a los combustibles fósiles, solo Colombia tiene un precio específico a sus emisiones de

¹¹ Véase Boston Consulting Group (2020).

¹² Para un mayor detalle, véase Comisión Europea (2020).

carbón, que cubre el 24 % de sus emisiones totales. Contrariamente, los subsidios a los combustibles fósiles entre los países miembros están profundamente arraigados. Bolivia y Ecuador presentan uno de los mayores niveles de subsidios energéticos en América Latina. Y aunque el Perú y Colombia están por debajo del promedio regional, sus subsidios representan el 1,5 % del PBI.

Gráfico N° 2. Subsidios a la energía por país (% del PIB), promedio 2008-2014



Fuente: adaptado de Marchán et al. (2017, p. 64).

Esto es un indicador de cuáles deberían ser las prioridades de las políticas de precios al carbono en la región. Los subsidios económicos a los combustibles fósiles tienen la naturaleza de precios negativos a los combustibles y generan muchas consecuencias negativas, pues suponen un alto costo fiscal para el Estado, aumentando el gasto público y reduciendo los ingresos públicos disponibles (Salassa Boix, 2018, p. 188).

Una reforma fiscal verde debería tener en consideración este importante aspecto, sobre todo por las oportunidades que se pueden generar en el contexto de la pandemia de COVID-19 para acelerar las transiciones energéticas internas y las estrategias de diversificación económica (Monge, 2020, p. 9). Sin embargo, es importante tener en cuenta las consideraciones de Salassa Boix (2018, p. 186), quien menciona que las dos razones que podrían limitar una reforma fiscal verde en América Latina son las siguientes: a) los tributos verdes imponen una carga tributaria mínima y no afectan el comportamiento de los contribuyentes;

85

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

y b) los impuestos ambientales se aplican a productos o servicios que tienen una demanda inelástica para los consumidores.

Además, en la discusión sobre cómo acelerar la transición energética en los países de la CAN es importante tomar en cuenta la tasa de crecimiento de las emisiones del sector energético en este bloque de países. Por ejemplo, en el Perú las emisiones del sector energía se incrementaron en 57,3 puntos porcentuales entre los años 2000 y 2012 (Trinidad & Ortiz, 2019, p. 277).

Aparte del caso europeo, las discusiones de políticas de crecimiento verde en el marco de la Alianza del Pacífico —una iniciativa de integración de Colombia, Chile, México y el Perú— son un antecedente interesante para la CAN. En efecto, en el marco del Grupo de Trabajo de Medio Ambiente y Crecimiento Verde, los países miembros han estado explorando medidas de precios al carbono, como mecanismos de mercado o políticas fiscales para reformar los subsidios (Cisneros, 2019, p. 23). En la XIII Cumbre de la Alianza del Pacífico (2018), este grupo recibió también el mandato de explorar el fortalecimiento de sistemas de medición, reporte y verificación (MRV) de emisiones de GEI, e identificar oportunidades para establecer medidas de precios al carbono a nivel regional (p. 34). En particular, el estandarizar sistemas de contabilidad de emisiones y de MRV sería un cimiento importante sobre el cual construir otras medidas, como un mercado de carbono regional o la integración a otros mercados de carbono. En esa línea, un informe del 2019 recomendó que la Alianza del Pacífico explore ampliar el comercio de reducciones de emisiones de CO₂ a mercados internacionales, construyendo sobre lo que México y Chile ya han avanzado con sus mecanismos domésticos (p. 31).

II.4. Propuestas de políticas de precios al carbono para la CAN

Teniendo en cuenta las posibilidades que brinda el concepto de fijación de precios al carbono, la experiencia y ejemplos de la UE y el perfil de emisiones de los países miembros de la CAN, planteamos cinco ideas de políticas concretas que podrían desarrollarse en la legislación comunitaria de este bloque regional dentro de un contexto de recuperación verde y alta ambición climática.

Es importante mencionar que estas ideas se articulan a partir de la institucionalidad comunitaria existente en materia de tributación. La CAN tiene diversos instrumentos tributarios, pero los avances más notables tienen que ver con la eliminación de la doble tributación (Decisión 578) y la armonización de los impuestos al valor agregado y al consumo (Decisiones 599 y 600), además de contar con varias herramientas arancelarias y aduaneras.

Estas cinco ideas de políticas concretas representan oportunidades y retos particulares, así como varias posibilidades de desarrollo más extenso, por lo que aquí se presentan como una primera aproximación que busca fomentar un debate más amplio a futuro.

II.4.1. Establecer la eliminación gradual y progresiva de las exenciones, subsidios y beneficios tributarios a los combustibles fósiles

A la fecha, la CAN no tiene una política de armonización de subsidios fiscales en temas energéticos (por ejemplo, en los combustibles). No obstante, considerando las diferencias económicas y sociales de los países, una opción para introducir políticas de precios al carbono sería modificar la Decisión 600, «Armonización de los Impuestos Tipo Selectivo al Consumo», para limitar el otorgamiento de beneficios fiscales en este tipo de impuestos.

Disposiciones de este tipo no son nuevas; por ejemplo, el artículo 7 de esta Decisión dispone:

La base gravable de los impuestos tipo selectivo al consumo estará definida en la legislación interna de los Países Miembros, asegurando que no se produzca un tratamiento discriminatorio entre productos nacionales e importados. Tratándose de tarifas ad valorem no se incorporará en ellas los impuestos tipo valor agregado ni los impuestos tipo selectivo al consumo.

En ese sentido, se podría disponer que la base de impuesto tipo selectivo al consumo esté definida por la legislación interna, pero asegurando la incorporación gradual del principio contaminador pagador o la internalización de costos hasta una fecha en la que este principio pueda aplicarse plenamente. Esta incorporación es una de las propuestas más sencillas porque utiliza la infraestructura institucional de los impuestos al consumo de las legislaciones internas de los cuatro países miembros.

II.4.2. Establecer ajustes fiscales al carbono en frontera

Otro mecanismo relevante sería establecer un marco normativo para limitar las exenciones impositivas a la importación de combustibles fósiles en sus países miembros. Como menciona Falcão (2019), este mecanismo permitiría que los países andinos mantengan sus precios nacionales al carbono sin necesidad de otorgar exenciones en la frontera cuando el producto llega a ser exportado (p. 330). De esa manera, se otorga un tratamiento congruente con la imposición nacional y la exportación de bienes altos en emisiones, como los combustibles (Delbeke & Vis, 2020, p. 3).

En el caso específico de los ajustes de frontera, la CAN podría modificar el capítulo IX, «Devolución y compensación de saldos a favor», de la Decisión 599 (Armonización de Aspectos Sustanciales y

87

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

Procedimentales de los Impuestos Tipo Valor Agregado) para limitar la posibilidad de devolución del IVA en el caso de la importación de combustibles fósiles.

Sin embargo, uno de los desafíos es que los países miembros tengan políticas expresas de precios al carbono para evitar que las disposiciones solo afecten a los países que tienen impuestos al carbono. En ese sentido, se podría establecer una norma complementaria que establezca la fijación gradual de un impuesto al carbono por parte de los países miembros.

II.4.3. Evaluar la viabilidad de imponer un precio regional al carbono como un impuesto propio en un contexto de consolidación de la CAN

Si bien a la fecha la CAN no cuenta con impuestos propios, el modelo de la UE podría servir de derrotero para impulsar e incrementar la ambición climática dentro de este bloque. Así, la CAN podría diseñar un precio al carbono regional, bajo la forma de un impuesto al carbono, que se alinee con la sustitución o remoción de subsidios a los combustibles y la creación de un fondo comunitario climático. Para ese fin, se requeriría de un nuevo marco normativo, como una Decisión específica.

Sin embargo, esta propuesta requiere de una infraestructura institucional que, a la fecha, no existe en la CAN. Por ejemplo, un mecanismo de gestión de fondos internos —incluyendo potestades de recaudación y fiscalización tributaria— implicaría la transformación del tipo de integración que se ha venido impulsando.

II.4.4. Establecer un precio social del carbono de referencia

La CAN podría establecer un precio común andino por emisión de tonelada de GEI que sirva de manera referencial para el desarrollo de políticas públicas a nivel interno de cada país miembro. Un precio social que funcione como un estándar de «piso» para todos los países sería útil para evaluar adecuadamente los costos y beneficios de proyectos de inversión públicos y privados, o de políticas públicas que están siendo evaluadas (por ejemplo, a través del análisis del impacto regulatorio), incorporando el perjuicio causado por las emisiones en los cálculos (o los beneficios resultantes de evitarlas).

Un mecanismo de este tipo debería dar suficiente flexibilidad como para que cada país lo ajuste hacia arriba si lo considera necesario. El peligro es que, en la búsqueda de un precio de «piso», los países tengan el incentivo de buscar un precio muy bajo de referencia que, efectivamente, subvalúe el costo de esas emisiones para la sociedad por debajo de lo que cada país hubiera podido establecer de forma individual.

Por eso, idealmente, el precio social del carbono se debería establecer sobre la base de los mejores estimados actuales, que lo colocan en al

menos USD 100 por tonelada¹³, y habría que tener un mecanismo que permita su actualización periódica cada cierto tiempo, según los nuevos estimados. Adicionalmente, siguiendo las recomendaciones de un grupo de expertos para actualizar este precio de referencia en la nueva Administración Biden en los Estados Unidos de América, se debería considerar revisar las funciones de daño (observándolas sector por sector), evaluar la probabilidad de ocurrencia de riesgos climáticos, añadir «pesos» que balanceen preocupaciones sobre efectos en poblaciones vulnerables, considerar tasas de descuento (entre 1 % y 3 % a largo plazo), evaluar las trayectorias socioeconómicas (como predicciones del PBI), y además permitir aportes y una discusión pública (Wagner *et al.*, 2021, pp. 549-550).

II.4.5. Establecer un mercado regional de carbono

La CAN podría establecer un mecanismo de comercio de emisiones a nivel regional que permita transacciones de créditos de carbono para reducir las emisiones globales del ámbito andino en su conjunto, con topes progresivamente menores. Un aspecto principal es determinar los sectores que estarían cubiertos (típicamente, el sector energía, pero podrían ser otros). Estos sectores cubiertos tendrían topes máximos de emisiones, por encima de los cuales las empresas se verían obligadas a limitar sus operaciones o comprar créditos de empresas más eficientes que no lleguen a esos mismos topes. También se deberá analizar, con un enfoque de equidad, si habría segmentos de la población o sectores económicos particularmente vulnerables para los cuales deberían preverse mecanismos de compensación o de atención diferenciada.

Por otro lado, un mercado de carbono regional andino tendría que aprovechar la experiencia y las lecciones aprendidas del mercado de carbono de la Unión Europea (EU ETS). Además, debería construirse sobre la base de los mercados de carbono que ya existen a nivel nacional (como el de Colombia) para facilitar una integración con los demás países. Con un diseño que permita una consolidación progresiva y salvaguardas adecuadas, este mecanismo podría, incluso, conectarse más adelante con los mercados de carbono regulados en otros ámbitos, como el EU ETS. Asimismo, se pueden aprovechar los avances de la Alianza del Pacífico con miras a una estandarización metodológica y de medición, de reporte y verificación. A su vez, un mecanismo de este tipo debería diseñarse en el marco del artículo 6 del Acuerdo de París, que permite un enfoque de mercado y cooperativo, calzándolo con las futuras decisiones sobre la materia de la Conferencia de las Partes (COP), en el marco de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

89

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

13 Véase Project Syndicate (2021).

Todo este diseño requerirá no solo de reglas, sino de un nuevo arreglo institucional, en la forma de una nueva agencia supranacional que gestione y controle el sistema. Crear y manejar una instancia de este tipo presentaría de por sí retos para el modelo de funcionamiento de la CAN, que tiene en este momento una integración bastante menos profunda que la UE.

II.5. Problemas y oportunidades de las políticas de precios al carbono en la CAN

Las políticas de precios al carbono contribuyen con la reducción de emisiones del sector energético, pero a diferencia de los países desarrollados o de bloques multilaterales, como la UE, las emisiones de la CAN están muy por debajo del promedio global. Ello puede explicar que, salvo Ecuador, las prioridades climáticas de los países andinos estén dirigidas a reducir sus emisiones provenientes de la deforestación y la extensión de la frontera agrícola.

Un segundo problema tiene que ver con los impactos distributivos. Las políticas de precios al carbono, como la remoción de subsidios a los combustibles, podrían tener un impuesto en el precio del transporte y en los bienes de consumo, como los alimentos, siendo regresivas para los más pobres. Esto, sobre todo, porque para ser efectivas y reducir las emisiones, requieren de otras condiciones habilitantes, como la diversificación de alternativas de transporte o políticas compensatorias.

Un tercer problema es la presencia de los grupos de poder y las influencias de las élites empresariales, en especial del sector hidrocarburífero. Jakob (2017, p. 95), y Trinidad y Ortiz (2019, pp. 303-304), mencionan que la adopción de políticas de precios al carbono en algunos países de la CAN, como el Perú y Ecuador, se dificulta porque las políticas energéticas están altamente politizadas y tienen umbrales normativos altos. Otro de los escollos, menciona Jakob (2019, p. 230), son los conflictos socioambientales entre las empresas extractivas y las poblaciones locales.

Por el lado de las oportunidades, las políticas de precios al carbono pueden ser beneficiosas para reducir las emisiones provenientes del Uscuss, pues la conservación de bosques y la reducción de presiones asociadas a la deforestación es costosa, en especial por la presencia de costos de oportunidad para las comunidades indígenas y rurales (Trinidad & Ortiz, 2019, p. 311). Por ejemplo, la sustitución de subsidios a los combustibles fósiles en la Amazonía peruana podría destinarse a un fondo de pagos por servicios ecosistémicos que contribuya con la reducción de la deforestación.

Asimismo, un precio al carbono puede financiar políticas sociales más agresivas. De acuerdo con una investigación del Banco Interamericano de

Desarrollo, si tan solo se destinara el 30 % de los ingresos de impuestos al carbono en América Latina para compensar —mediante transferencias directas— a familias pobres, se podrían mitigar los efectos regresivos, permitiendo que el 70 % restante se destine para otras prioridades nacionales (Vogt-Schilb *et al.*, 2019, p. 947). Un estudio similar se hizo con relación a los subsidios en el Ecuador y los resultados demostraron que se podría lograr una política distributiva si la eliminación de los subsidios viene acompañada por políticas compensatorias (Schaffitzel *et al.*, 2020, p. 12).

Finalmente, las políticas de precios al carbono en los países de la CAN pueden ser una oportunidad para alinear sus políticas de promoción de energías renovables, electromovilidad y transición energética. Así, por ejemplo, promover un impuesto al carbono podría complementar los esfuerzos nacionales para renovar su parque automotor e impulsar la electromovilidad del transporte público.

A continuación, brindamos algunos alcances normativos sobre cómo enverdecer el derecho comunitario andino y ajustar el marco jurídico comunitario para implementar estas ideas de políticas de precios al carbono.

III. CONSIDERACIONES PARA ENVERDECER EL MARCO JURÍDICO ANDINO E INSERTAR MEDIDAS DE PRECIO AL CARBONO

No basta con determinar que la CAN puede ser un espacio propicio para desarrollar políticas de precios al carbono, planteando propuestas concretas y adecuadas a las características sociales, económicas y ambientales de sus países miembros; también es necesario revisar cómo crearlas al interior del marco institucional y jurídico comunitario. Esta sección explica brevemente cómo funciona el sistema jurídico andino y sus avances para incorporar «lo ambiental». Además, planteamos dos vías para incluir las políticas de precios al carbono: la armonización y la uniformización, para luego discutir los diferentes retos que implican.

III.1. El sistema jurídico de la CAN

La CAN representa un proceso de integración de carácter supranacional —al igual que la UE— donde rigen los principios del efecto directo, la aplicación inmediata y la primacía del derecho comunitario sobre las normativas nacionales de los países miembros¹⁴. Asimismo, en el ámbito andino se ha jurisdiccionalizado el sistema de solución de controversias donde participan, en pie de igualdad, los Estados miembros, las

91

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

14 Actualmente, los países miembros de la CAN son Bolivia, Colombia, Ecuador y el Perú. Chile se retiró del Acuerdo de Cartagena en 1976 y Venezuela en el 2006.

instituciones comunitarias y las personas naturales y jurídicas afectadas en sus derechos. Precisamente, este entramado normativo y jurisdiccional es un activo único e inexistente en los demás procesos de integración latinoamericanos (Sasaki Otani, 2019, p. 1).

Además, debemos destacar que los países andinos han transferido competencias soberanas —desde normativas y de dirección política hasta jurisdiccionales, ejecutivas o deliberantes— a la CAN. He ahí donde radica su gran valor, en haber conseguido lo que ningún otro bloque pudo: que sus miembros estén dispuestos a renunciar a un cierto grado de soberanía en pos de la consecución de objetivos colectivos, comunes y superiores (Sasaki Otani, 2019, p. 1).

Así, el marco jurídico andino, capaz de generar normas supranacionales, puede ser un instrumento óptimo para implementar acciones y programas ambientales prioritarios para la región; y más aún cuando la salvaguardia del medio ambiente, por su propia naturaleza, reclama una acción en conjunto. El hecho de que la contaminación no pare en las fronteras, sumado a que la acción de un determinado país puede impactar al vecino, es una de las razones que hacen indispensable una actuación a nivel comunitario en esta materia (Mateu *et al.*, 1986, p. 132).

En la estructura del Sistema Andino de Integración (SAI) existen órganos o espacios que no están siendo utilizados en todo su potencial y que podrían ser aprovechados para la proposición, estudio y discusión de proyectos normativos ambientales. El derecho derivado de los órganos comunitarios comprende las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores (Camre) y la Comisión, así como las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA), de conformidad con el artículo 1 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA).

Entrando en las fuentes de derecho derivado obligatorias para los países miembros, en primer lugar se encuentran las Decisiones, que pueden ser adoptadas por el Camre por consenso o por la Comisión por mayoría absoluta (artículos 17 y 26 del Acuerdo de Cartagena). Las Decisiones tienen efectos jurídicos generales, es decir, una naturaleza normativa (*Proceso 1-AN-97*, 1998, pp. 18-19); y pueden establecer un régimen armonizado o uno común (Sasaki Otani, 2017, p. 185).

III.2. La modificación del Acuerdo de Cartagena y la definición de un derecho comunitario ambiental andino

El 1 de diciembre de 2020, los países miembros de la CAN aprobaron la Carta Ambiental Andina, la cual permitirá el desarrollo de acciones

conjuntas para hacer frente a los problemas ambientales. Dicha Carta establece como principios generales:

La necesidad de promover acciones coordinadas en el marco de la Comunidad Andina para hacer frente a los problemas derivados del cambio climático, teniendo en cuenta la globalidad y transversalidad de sus efectos a través de medidas adecuadas de adaptación y mitigación.

Entre los objetivos comunes resalta:

Acelerar la implementación de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Acuerdo de París, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y los demás acuerdos ambientales suscritos por nuestros países, a través de acciones, medidas y proyectos que se desarrollen *a través de los comités y grupos de trabajo de la Comunidad Andina*, que puedan tener incidencia en los asuntos ambientales y de desarrollo sostenible¹⁵.

En consecuencia, sería recomendable activar dichos mecanismos para iniciar el debate en torno a enverdecer el marco jurídico andino e insertar medidas de precios al carbono. En esa misma dirección, el derecho comunitario andino podría pivotar y constituir el medio idóneo para implementar políticas de precios al carbono en la región, teniendo en cuenta el contexto global tendente hacia la recuperación verde y el marco internacional del cambio climático, anclados en los compromisos y las reglas del Acuerdo de París.

Actualmente, el asunto ambiental no cuenta con una existencia propia en el Acuerdo de Cartagena. Es decir:

los artículos que se refieren a los recursos naturales y al medio ambiente aparecen ligados a otros programas (agropecuario, liberación comercial e industrial) o integrados al área económica y social (capítulo XIV del Acuerdo de Cartagena), con las consecuentes limitaciones jurídicas y de acción que implica esta dependencia (Ponce de León, 2000, p. 102).

Al aprovechamiento y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente como acción independiente no ligada a otros programas solo se le dedica un artículo dentro del capítulo XIV, «Cooperación económica y social» (Sasaki Otani, 2012, p. 1). En efecto, el artículo 128 del Acuerdo de Cartagena establece: «Los países miembros emprenderán acciones conjuntas que permitan un mayor aprovechamiento de sus recursos naturales renovables y no renovables y la conservación y mejoramiento del medio ambiente», lo cual podría incluir la implementación normativa de políticas de precios al carbono en la CAN.

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA
HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

¹⁵ Énfasis añadido por los autores.

La ubicación de «lo ambiental» en el texto del Acuerdo de Cartagena denota que no se le brinda aún una entidad suficiente como para destinarle un capítulo autónomo¹⁶, como es el caso de los programas agropecuario, de liberación comercial e industrial. Sin embargo, la protección ambiental no guarda sentido si se esboza exclusivamente como una de «las políticas sectoriales comunitarias» (Sasaki Otani, 2012, p. 1). Como complemento, «el principio de globalidad indica que la propia política ambiental ha de predicarse también desde una visión de conjunto de todos los sectores donde intervienen los poderes públicos» (Manteca, 2003, p. 84).

Así, en líneas generales, en la CAN no existe un cuerpo normativo global que cubra de manera específica los temas ambientales. En su lugar, existen diferentes Decisiones andinas aisladas entre sí que se refieren de manera directa e indirecta al medio ambiente (Vigil, 2011, p. 218). En efecto, el acervo normativo ambiental de la CAN se encuentra compuesto por aproximadamente cuarenta Decisiones y trescientas Resoluciones de la SGCA. Sin embargo, dichas normas y actos tienen un carácter mayormente programático, lo que resulta manifiestamente insuficiente, ya que posterga la consecución de una regulación integral y global del tema ambiental en la CAN (Sasaki Otani, 2012, p. 1).

Es importante precisar que, en el campo energético, la CAN ya cuenta con un «Marco General para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad» (Decisión 536), y un «Marco regulatorio para la interconexión subregional de sistemas eléctricos e intercambio intracomunitario de electricidad» (Decisión 816). Si bien este marco normativo ha contribuido al intercambio de energía entre los países, aún se encuentra pendiente el desarrollo de tres reglamentos de la Decisión 816 (los reglamentos Operativo, Comercial y del Coordinador Regional) que permitan la simplificación de las reglas para la optimización de excedentes una vez abastecido el mercado interno, así como el uso eficiente de los recursos energéticos en los países que conforman la región andina. Cabe advertir que los instrumentos mencionados no establecen ninguna regulación sobre los combustibles fósiles, ni desarrollan criterios relativos a la mitigación de las emisiones del sector eléctrico andino. Por tanto, en la CAN se hace extrañar la existencia de una normativa comunitaria relacionada a los combustibles fósiles, tal como sucede en la UE.

En consecuencia, tras analizar las Decisiones andinas que se refieren de manera directa e indirecta al medio ambiente, podemos proponer la creación de un capítulo ambiental independiente en el Acuerdo de

16 Mediante la aprobación del Acta Única Europea (AUE), se estableció un marco integral de política ambiental comunitaria («capítulo autónomo») con capacidad de influir en las demás políticas comunitarias.

Cartagena y, al mismo tiempo, el reverdecimiento de los demás programas con consideraciones ambientales. Si bien se considera conveniente adoptar las dos estrategias mencionadas, debemos reconocer que este asunto requiere un debate a fondo, ya que su definición incidirá de forma importante en la formación de un derecho comunitario ambiental andino (Ponce de León, 2000, p. 103).

Se necesita promover un debate al interior de la CAN que evalúe la conveniencia de modificar el Acuerdo de Cartagena con el objetivo de «reverdecerlo» y «ecologizarlo» al incluir referencias precisas sobre desarrollo sostenible y protección de los recursos naturales de la región (Ponce de León, 2000, p. 157).

En definitiva, ya es hora de crear un derecho comunitario andino con verdaderas implicancias ambientales, y que una de esas políticas transversales sea la fijación de precios al carbono.

III.3. ¿Armonización o uniformización?

La naturaleza jurídica normativa de las Decisiones andinas puede presentar una mayor o menor intensidad, según contengan una regulación completa o bien se limiten a fijar un objetivo y dejen libertad a los Estados para decidir cómo alcanzarlo. Esto es, las Decisiones pueden contener tanto regulaciones exhaustivas (régimen común) como limitarse a señalar un objetivo que los Estados luego deberán alcanzar (régimen armonizado) (Sasaki Otani, 2017, p. 190).

Sobre el régimen armonizado, la jurisprudencia andina ha señalado que:

tiene como característica fundamental la aproximación de las legislaciones [...] la reducción de diferencias de las legislaciones de los países miembros a partir de la identificación de elementos comunes [...] sin que ello conlleve la imposición [...] de un régimen común [...] en tanto que los países miembros mantienen un margen de maniobra [...]. Por lo expuesto, un régimen armonizado implica que los Estados van a ir modificando sus legislaciones de manera independiente a la de los otros países miembros en el marco de una estrategia diseñada por éstos o por la Comisión (*Proceso 1-AN-2010*, 2013, p. 23).

Por otro lado, sobre el régimen común, la jurisprudencia andina ha precisado que:

resulta ser propio de la naturaleza supranacional de la Comunidad, debido a que la Comisión no es ya la llamada a establecer una estrategia de aproximación de las legislaciones [...] sino que se constituye en el órgano comunitario encargado de emitir una norma común para ellos, la cual no permite variaciones entre cada país ni concede un margen de maniobra a los Estados sobre el modo de emplear la misma. Dado que

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

se trata de una norma aplicable a todos los países miembros, esta debe ser entendida y aplicada en un solo sentido por parte de ellos (*Proceso 2-AN-2007*, 2009, pp. 19-20; *Proceso 1-AN-2010*, 2013, pp. 23-24).

En la UE, se identifican los efectos unificador en el caso de los Reglamentos y armonizador en el caso de las Directivas. En palabras de Alonso García (2012):

[u]nificador en el caso de los Reglamentos, con un Derecho igual para todos los Estados miembros, excluyente de variedades internas al respecto, susceptible de incidir por sí en la esfera de los ciudadanos; armonizador en el caso de las Directivas, en el sentido de aproximación de normativas nacionales que, conservando su especificidad propia, convergerían hacia esa normativa básica común, lo que implica un Derecho también igual para todos los Estados miembros, pero de carácter más general, referido al objetivo a alcanzar, permitiendo, por tanto, particularidades (p. 127)¹⁷.

Por su parte, en la CAN, una Decisión que obliga a los países miembros a adaptar su derecho interno a la misma sería equivalente a una Directiva de la UE, pero una Decisión podría, por su alcance uniformizador, equipararse también a un Reglamento. Como estamos viendo, el derecho derivado de la UE es, en este sentido, mucho más claro por esta distinción entre los Reglamentos y las Directivas¹⁸, aunque también hay que atender al contenido efectivo de la medida en cuestión (Sasaki Otani, 2017, pp. 193-194).

Sin embargo, en la CAN no se produce esta correspondencia entre la figura (genérica) de la Decisión y sus efectos jurídicos para los Estados. Constituye un verdadero problema que todas las Decisiones andinas se denominen de esta manera (Decisión) sin tomar en cuenta si uniformizan o armonizan, más aún cuando en la CAN no existe un estudio pormenorizado sobre las distintas Decisiones que uniformizan o armonizan (Sasaki Otani, 2017, p. 194).

Sobre este punto, Montaña Galarza (2013) fue de los primeros autores en alertar que adjudicar los principios de aplicación inmediata y primacía de la norma comunitaria a la Decisión 388, «Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes», resultaría:

¹⁷ Énfasis añadido por los autores.

¹⁸ El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prescribe: «Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán reglamentos, directivas, decisiones, recomendaciones y dictámenes. El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para estos. Las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes».

[p]olémico, pues por una parte, se defiende la aplicación directa e inmediata de las normas de armonización por sobre las nacionales incompatibles —criterio reiterado en fallos posteriores— y, por otro lado, se confunde al régimen de armonización con un régimen uniforme, casos obviamente disímiles (p. 12).

Montaño Galarza (2013) continúa señalando que el hecho de que la CAN adopte un régimen de armonización demuestra justamente que aquella no posee la competencia en la materia, por lo que no es dable que mediante la interpretación y la aplicación de la Decisión 388, titulada «Armonización de los impuestos indirectos como incentivos a las exportaciones de bienes», el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) otorgue a la CAN competencias que no tiene, lográndose indebidamente un resultado que es imposible de concretar mediante normas de armonización de naturaleza incompleta (Sasaki Otani, 2017, p. 196).

En conclusión, la previa y clara distinción entre los regímenes armonizado y común resulta imprescindible, puesto que únicamente las Decisiones normativas armonizadoras dejarían margen de apreciación a los países miembros; mientras que las uniformizadoras no. Sin embargo, puede suceder que se trate de una Decisión en apariencia armonizadora que sea tan detallada y exhaustiva que constituya, en los hechos, una norma uniformizadora; o, por el contrario, que se trate de una Decisión uniformizadora que, no obstante, en algún aspecto concreto, deje margen de apreciación a los países miembros.

Aun cuando no existe jurisprudencia andina, ni tampoco se ha tomado en cuenta el concepto del «margen de apreciación» en las Decisiones andinas respecto de las que armonizan, la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCA) y el TJCA deberían controlar que su ejecución y transposición sea realizada dentro del plazo y de manera correcta.

III.4. Los retos de la implementación de medidas de precios al carbono en la CAN

La recién adoptada Carta Ambiental Andina (2020) dispone que «Cada Comité Técnico de la Comunidad Andina identificará los aportes que pueda realizar a la implementación de la Carta Ambiental Andina y presentará, según proceda, un plan de trabajo a la Secretaría General». Asimismo, dicha Carta establece que la SGCA consolidará la información sobre los avances y remitirá las recomendaciones o proyectos de Decisión a la Comisión, la que podrá evaluarlos en reunión ampliada con los ministros de Ambiente de los países miembros con miras a acordar las medidas que se estimen pertinentes.

97

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

Por consiguiente, bajo el paraguas de la Carta Ambiental Andina, se podría activar un Comité Técnico —conformado por funcionarios de los ministerios del Ambiente de los países miembros— encargado de consensuar y diseñar el proyecto de Decisión que implemente las medidas de precios al carbono en la subregión andina.

A continuación, esbozaremos algunos de los retos que enfrentaría dicho Comité Técnico:

1. Valorar y decidir si la normativa sobre políticas de precios al carbono se daría mediante una armonización o una uniformización. Para ello, es recomendable iniciar el proceso de implementación mediante la armonización, puesto que esta permitiría:

- Fijar un objetivo que sea realista, alcanzable y viable.
- Dejar libertad a los Estados para decidir cómo alcanzarlo.

Esta libertad de medios para lograr el objetivo y resultado final permitirá empezar la aproximación y la reducción de diferencias entre las legislaciones nacionales, sin que ello conlleve —por ahora— la imposición o el establecimiento de un régimen común ambicioso, más aún cuando no existe la evidencia ni la experiencia necesaria para ello.

En definitiva, la armonización redundaría en beneficio de los países andinos porque gozarían de un mayor margen de apreciación al poder actuar, por ejemplo, entre pisos mínimos y topes máximos. Dadas las sensibilidades que podría tener cada país miembro, creemos que en la CAN se podría empezar a avanzar con un enfoque gradual, progresivo y flexible acorde a las emisiones de cada país.

En caso el Comité Técnico decida que la normativa se dará mediante una armonización, los países andinos deberán modificar dos aspectos:

- Sus legislaciones nacionales en el marco de la estrategia de armonización diseñada por la CAN.
 - La normativa andina actual, tales como las Decisiones 599 y 600, a fin de adecuarlas al nuevo régimen armonizado que se aspira adoptar.
2. Diseñar un sistema a nivel comunitario sobre la base de lo ya avanzado en la materia por cada país, ya que aprovechar dicha experiencia acumulada redundaría en beneficio del proyecto de armonización. Al efecto, se pueden tomar en cuenta las siguientes consideraciones:

- El hecho de que Colombia cuenta con un impuesto al carbono cuyos sujetos pasivos gozan de los incentivos necesarios para adoptar patrones de consumo más racionales y sostenibles, dando lugar a la cooperación entre la empresa, la sociedad y el Estado para la materialización de los objetivos de la política ambiental nacional y aquellos establecidos dentro del marco de acuerdos internacionales (Aristizábal & González, 2019, p. 179).
 - Las experiencias de Colombia y el Perú en el marco de las discusiones de políticas de crecimiento verde en la Alianza del Pacífico son insumos valiosos que podrían servir de base para establecer medidas de monitoreo y verificación, o rangos de precio al carbono, con miras a construir un mercado de carbono regional.
3. Incluir el enfoque cooperativo del artículo 6 del Acuerdo de París. En efecto, el régimen armonizado andino debería desarrollar y concretizar los siguientes objetivos:
- Promover la mitigación de las emisiones de GEI, fomentando al mismo tiempo el desarrollo sostenible.
 - Incentivar y facilitar la participación en la mitigación de las emisiones de GEI de las entidades públicas y privadas que cuenten con la autorización de las partes.
 - Contribuir a la reducción de los niveles de emisión en las partes de acogida, las cuales se beneficiarán de actividades de mitigación por las que se generarán reducciones de las emisiones que podrá utilizar también otra parte para cumplir con su contribución determinada a nivel nacional.
 - Producir una mitigación global de las emisiones mundiales.

Tras esbozar algunos de los retos que enfrentaría el Comité Técnico encargado de diseñar el proyecto de Decisión normativa armonizadora, cabe admitir que, en cualquier caso, «el tema ambiental debe ir más allá de un cambio o propuesta normativa, para lo cual se requiere una actuación estratégica a todos los niveles que incluya, además, instrumentos económicos, de mercado, financieros y fiscales» (Manteca, 2003, p. 85). Más aún, el ente legislativo andino deberá seleccionar los sectores que tienen incidencia en los precios al carbono a fin de introducir los cambios necesarios que desemboquen en un balance positivo a favor de la protección ambiental en la CAN (Sasaki Otani, 2012, p. 1).

99

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

IV. CONCLUSIONES

Los países del mundo necesitan alinear sus políticas y marcos jurídicos para hacer frente a las causas y consecuencias de dos crisis globales: la pandemia y el cambio climático. Algunos países europeos ya se vienen preparando, alineando ambos esfuerzos en una recuperación verde que incluye la implementación de una política climática clave como la de los precios al carbono. Sin embargo, actualmente los planes de recuperación pospandemia de la mayoría de países tienen evaluaciones mixtas sobre su potencial para alinearse con políticas climáticas adecuadas.

Estos planes de recuperación podrían ser enverdecidos y potenciados por esfuerzos conjuntos regionales. En ese sentido, los bloques de integración regionales, como la UE o la CAN, pueden ayudar a sus países miembros a incrementar sus esfuerzos de recuperación verde con una mayor ambición climática, en la que el precio al carbono tome un lugar preponderante. Este es el ejemplo del Pacto Verde Europeo.

Los países andinos podrían tomar nota de la experiencia europea para enverdecer el derecho comunitario andino y alinear sus esfuerzos de recuperación y reactivación pospandemia con las políticas climáticas. A modo de una primera aproximación, hemos propuesto cinco ideas concretas y ambiciosas de políticas de precios al carbono que podrían ser discutidas e integradas al marco jurídico andino. Estas cinco ideas buscan que los cuatro países miembros de la CAN incorporen a la sociedad el costo que causan las emisiones de GEI en sus economías y políticas públicas. Las ideas plantean reformas fiscales, tributarias y arancelarias, así como la creación de mercados de emisiones. Las mismas presentan también retos de diseño —institucionales y de implementación— que deberán ser evaluados adecuadamente.

El Acuerdo de Cartagena y, en general, el ordenamiento jurídico andino, ofrecen un espacio aparente para el desarrollo de políticas ambientales y la regulación de temas como la implementación normativa de políticas de precios al carbono. En efecto, a fin de lograr dicha implementación normativa, será necesario que el ente legislativo andino defina, primero, si la normativa andina que establezca dicha política sería una de armonización o de uniformización. En definitiva, el desafío ambiental requiere de parte de los países andinos soluciones —armónicas o uniformes— para lograr la esperada definición de un derecho comunitario ambiental andino.

En el caso andino, sería recomendable iniciar el proceso de implementación mediante la armonización, puesto que esta permitiría:

1. Fijar un objetivo que sea realista, alcanzable y viable.

2. Dejar libertad a los Estados para decidir cómo alcanzarlo.

Esta libertad de medios para lograr el objetivo y resultado final permitirá empezar la aproximación y la reducción de diferencias entre las legislaciones nacionales, sin que ello conlleve —por ahora— la imposición o el establecimiento de un régimen común ambicioso, más aún cuando no existe la evidencia ni la experiencia necesaria para ello.

Finalmente, mediante un protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena, podría crearse un capítulo ambiental independiente y, al mismo tiempo, permear los demás programas con consideraciones ambientales que integren, en un espacio importante, políticas de precios al carbono.

REFERENCIAS

Alonso García, R. (2012). *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Pamplona: S. L. Civitas Ediciones.

Aristizábal Alzate, C. E., & González Manosalva, J. L. (2019). Impuesto al carbono en Colombia: un mecanismo tributario contra el cambio climático. *Semestre Económico*, 22(52), 179-202. <https://doi.org/10.22395/seec.v22n52a8>

Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC). (2015). *Peer Review on Fossil Fuel Subsidy Reforms in Peru. Final Report*. <https://bit.ly/2ZJg8J0>

Boston Consulting Group. (30 de junio de 2020). *How an EU Carbon Border Tax Could Jolt World Trade*. <https://www.bcg.com/en-au/publications/2020/how-an-eu-carbon-border-tax-could-jolt-world-trade> (consultado el 10 de noviembre de 2020).

Brodny, J., & Tutak, M. (2020). Analyzing Similarities between the European Union Countries in Terms of the Structure and Volume of Energy Production from Renewable Energy Sources. *Energies*, 13(4). <https://doi.org/10.3390/en13040913>

Carbonbrief. (2020). *Coronavirus: Tracking how the world's 'green recovery' plans aim to cut emissions*. <https://www.carbonbrief.org/coronavirus-tracking-how-the-worlds-green-recovery-plans-aim-to-cut-emissions>

Carbon Pricing Leadership Coalition. (2020). *Carbon pricing in action*. <https://www.carbonpricingleadership.org/who>

Cisneros, N. (2019). *Crecimiento Verde en la Alianza del Pacífico: avances y oportunidades de cooperación (resumen ejecutivo)*. <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/28679/Alianza-Crecimiento-verde.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Comisión Europea. (2019). COM (2019) 640 final: El Pacto Verde Europeo. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0640&from=EN>

101

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

Comisión Europea. (2020). *Boosting the EU's Green recovery: Commission invests € 1 billion in innovative clean technology projects*. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_1250 (consultado el 10 de noviembre de 2020).

Delbeke, J., & Vis, P. (2020). *A way forward for a carbon border adjustment mechanism by the EU*. STG Policy Briefs. : <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/69155>

Edenhofer, O., Jakob, M., Creutzig, F., Flachsland, C., Fuss, S., Kowarsch, Lessmann, K., Mattauch, L., Siegmeier, J., & Steckel, J. C. (2015). Closing the emission price gap. *Global Environmental Change*, 31, 132-143. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2015.01.003>

Euronews. (7 de octubre de 2020). El Parlamento europeo enmienda la Ley del Clima para pedir más ambición. <https://es.euronews.com/2020/10/07/el-parlamento-europeo-enmienda-la-ley-del-clima-para-pedir-mas-ambicion> (consultado el 17 de noviembre de 2020).

Falcão, T. (2019). Epílogo. En Carlos Trinidad (ed.), *Precio al carbono en América Latina. Tendencias y oportunidades*. Lima: SPDA, KAS. https://spda.org.pe/wpfb-file/precio-al-carbono-en-al_digital_6nov_2-pdf/

International Plant Protection Convention (IPCC). (2018). Summary for Policymakers. En *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/05/SR15_SPM_version_report_LR.pdf

International Plant Protection Convention (IPCC). (2019). Summary for Policymakers. En *Climate Change and Land: an IPCC special report on climate change, desertification, land degradation, sustainable land management, food security, and greenhouse gas fluxes in terrestrial ecosystems*. https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/4/2020/02/SPM_Updated-Jan20.pdf

International Carbon Action Partnership (ICAP). (2020). *Emissions Trading Worldwide: Status Report 2020*. Berlín.

Jakob, M., Soria, R., Trinidad, C., Edenhofer, O., Bak, C., Bouille, D., Buira, D., Carlino, H., Gutman, V., Hübner, C., Knopf, B., Lucena, A., Santos, L., Scott, A., Steckel, J. C., Tanaka, K., Vogt-Schill, A., & Yamada, K. (2019). Reforma fiscal verde para una transición energética justa en América Latina. *Economics*, 13. <https://doi.org/10.5018/economics-ejournal.ja.2019-17>

Jakob, M. (2017). Ecuador's climate targets: A credible entry point to a low-carbon economy? *Energy for Sustainable Development*, 39, 91-100. <https://doi.org/10.1016/j.esd.2017.04.005>

Jakob, M. (2018). Can carbon pricing jointly promote climate change mitigation and human development in Peru? *Energy for Sustainable Development*, 44, 87-96. <https://doi.org/10.1016/j.esd.2018.03.005>

Juste, J. (1999). *Derecho internacional del medio ambiente*. Madrid: McGrawhill.

Liu, Z., Ciais, P., Deng, Z., Ciais, P., Deng, Z., Lei, R., Davis, S. T., Feng, S., Zheng, B., Cui, D., Dou, X., Zhu, B., Guo, R., Ke, P., Sun, T., Lu, C., He, P., Wang, Y., Yue, X., Wang, Y., Lei, Y., Zhou, H., Cai, Z., Wu, Y., Guo, R., Han, T., Xue, J., Boucher, O., Boucher, E., Chevallier, F., Tanaka, T. K., Wei, Y., Zhong, H., Kang, C., Zhang, N., Chen, B., Xi, F., Liu, M., Bréon, F. M., Lu, Y., Zhang, Q., Guan, D., Gong, P., Kammen, D. M., He, K., & Schellnhuber, H. J. (2020). Near-real-time monitoring of global CO₂ emissions reveals the effects of the COVID-19 pandemic. *Nature Communications*, 11, 5172. <https://doi.org/10.1038/s41467-020-20254-5>

Liu, A. A. (2013). Tax Evasion and Optimal Environmental Taxes. *Journal of Environmental Economics and Management*, 66(3), 656-670. <https://doi.org/10.1016/j.jeem.2013.06.004>

Lucas Garín, A., Tijmes-Ihl, J., Salassa Boix, R., & Sommer, C. (2019). Un diálogo entre la gobernanza comercial global y las políticas ambientales y tributarias internacionales. *Derecho PUCP*, (83), 387-414. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.013>

Manteca Valdelande, V. (2003). Política de medio ambiente en la Unión Europea. *Noticias de la Unión Europea*, (223/224).

Marchán, E., Espinasa, R., & Yépez-García, A. (2017). *The Other Side of the Boom. Energy Prices and Subsidies in Latin America and the Caribbean During the Super-Cycle*. <https://doi.org/10.18235/0000916>

Mateu Isturiz, J. F., Cepas Palanca, R., & Pedernal Peces, M. J. (1986). *La protección de los consumidores y el Medio Ambiente en la Comunidad Económica Europea*. Madrid: Editorial Trivium.

Montaño Galarza, C. (2013). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en materia de armonización legislativa: el caso del impuesto al valor agregado. *Boletín Informativo Spondylus*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Mehling, M., Van Asselt, H., Das, K., Drooge, S., & Verkuil, C. (2019). Designing border carbon adjustments for enhanced climate action. *The American Society of International Law*, 113(3), 433-481. <https://doi.org/10.1017/ajil.2019.22>

Monge, C. (2020). *Coronavirus, Oil and Latin America: The Urgency of Economic Diversification and Energy Transition*. Natural Resource Governance Institute. https://resourcegovernance.org/sites/default/files/documents/coronavirus_oil_and_latam_urgency_of_economic_diversification_and_energy_transition.pdf

Nava, C. (2016). El Acuerdo de París: predominio del soft law en el régimen climático. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 147. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2016.147.10641>

Nordhaus, W. (2020). *The Climate Club. How to Fix a Failing Global Effort*. Foreign Affairs. <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-04-10/climate-club>

Ortiz, E. (2020). *Reactivación económica post Covid y la mitigación del Cambio Climático en los países de la CAN*. Konrad Adenauer Foundation. <https://www.konrad-adenauer-foundation.org/es/publicaciones/2020/04/2020-04-10-climate-club>

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

kas.de/es/web/energie-klima-lateinamerika/einzeltitel/-/content/reactivacion-economica-post-covid-y-la-mitigacion-del-cambio-climatico-en-los-paises-de-la-can

Parry, I. (2019). ¿Qué es la tributación del carbono? Los impuestos sobre el carbono son cruciales para reducir los gases de efecto invernadero. *Finanzas y Desarrollo*, (junio), 54-55. <https://bit.ly/2kqQASs>

Parlamento Europeo. (22 de octubre de 2020). *Legislation with binding measures needed to stop EU-driven global deforestation*. <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20201016IPR89560/legislation-with-binding-measures-needed-to-stop-eu-driven-global-deforestation> (consultado el 17 de noviembre de 2020).

Pizarro, R. (2020). *Defining carbon pricing and policy instruments*. <https://www.carbonpricingleadership.org/blogs/2020/4/20/defining-carbon-pricing-policy-and-instruments>

Ponce de León, E. (2000). *Temas de Derecho comunitario ambiental andino*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Pozzer, A., Dominici, F., Haines, A., Witt, C., Münzel, T., & Lelieveld, J. (2020). Regional and global contributions of air pollution to risk of death from COVID-19. *Cardiovascular Research*, 116(14), 2247-2253. <https://doi.org/10.1093/cvr/cvaa288>

Project Syndicate. (15 de febrero de 2021). *Getting the Social Cost of Carbon Right*. <https://www.project-syndicate.org/commentary/biden-administration-climate-change-higher-carbon-price-by-nicholas-stern-and-joseph-e-stiglitz-2021-02> (consultado el 26 de febrero de 2021).

Reuters. (8 de junio de 2020). *Germany to double climate protection surcharge on gas guzzlers from 2021 – draft*. <https://www.reuters.com/article/uk-germany-emissions/germany-to-double-climate-protection-surcharge-on-gas-guzzlers-from-2021-draft-idUKKBN23F18N?edition-redirect=uk> (consultado el 17 de julio de 2020).

Rijsberman, F., Acosta, L., Bhardwaj, N., Dickinson, C., Gibson, M., Grafakos, S., Solvang, I., & Storey, D. (2020). *GGGI Technical Report No. 13: Achieving Green Growth and Climate Action Post-COVID-19*. <https://gggi.org/site/assets/uploads/2020/07/GGGI-Technical-Report-Achieving-Green-Growth-and-Climate-Action-Post-COVID-19.pdf>

Sasaki Otani, M. Á. (2012). *La protección del medio ambiente en la Comunidad Andina (CAN): Avances y perspectivas*. Mercojuris. <https://www.mercojuris.com/2237/la-proteccion-del-medio-ambiente-en-la-comunidad-andina-can-avances-y-perspectivas-maria-angela-sasaki-otani/>

Sasaki Otani, M. Á. (2017). *La responsabilidad patrimonial de los países miembros de la Comunidad Andina frente a los particulares por incumplimiento del Derecho comunitario* [tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid].

Sasaki Otani, M. Á. (28 de mayo de 2019). Por una potenciación de la CAN. *El Comercio*. <https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/potenciacion-can-maria-angela-sasaki-noticia-639207-noticia/?ref=ecr>

Salassa Boix, R. (2018). The Environmental Taxation in Latin America. En R. Mann y T. Roberts (eds.), *Tax and Environment* (pp. 175-195). Nueva York: Lexington Books.

Schaffitzel, F., Jakob, M., Soria, R., Vogt-Schilb, A., & Ward, H. (2020). Can government transfers make energy subsidy reform socially acceptable? A case study on Ecuador. *Energy Policy*, 137. <https://doi.org/10.1016/j.enpol.2019.111120>

Siddi, M. (2020). *The European Green Deal: Assessing its current state and future implementation* [documento de trabajo FIA 114]. https://www.researchgate.net/publication/341701815_The_European_Green_Deal_Assessing_its_current_state_and_future_implementation

Sikora, A. (2021). European Green Deal – legal and financial challenges of the climate change. *ERA Forum*, 21, 681-697. <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00637-3>

Stiglitz, J. E. (2000). *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA). (2011). *Memorias del "II Encuentro de Magistrados de la CAN y del MERCOSUR"*. Quito: TJCA.

Trinidad, C., & Ortiz, E. (2019). Precio al carbono en el Perú: transición energética y justicia climática. En C. Trinidad Alvarado (ed.), *Precio al carbono en América Latina. Tendencias y oportunidades*. https://spda.org.pe/?wpfb_dl=4161

Trinidad, C., & Soberón, D. (2020). ¿Puede un precio al carbono ayudar a mitigar los efectos económicos y sociales del Covid-19? *Serie EKLAC: Cambio Climático en tiempos de Coronavirus*, (13). https://www.kas.de/documents/273477/8706787/Puede+Precio+al+Carbono+mitigar+los+efectos+economicos+y+sociales+del+COVID+19_vf.pdf/d85ac3d6-a45e-3d05-ee45-b01f1cf5f4b2?version=1.1&t=1596495067479

United Nations Environment Programme (UNEP). (2020). *Coronaviruses: are they here to stay?* <https://www.unenvironment.org/news-and-stories/story/coronaviruses-are-they-here-stay>

United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). (2020). *About Carbon Pricing*. <https://unfccc.int/about-us/regional-collaboration-centres/the-ci-aca-initiative/about-carbon-pricing#eq-1>

Velloso, G., Vilas Boas, B., Lefèvre, G., & Nicolletti, M. (2019). Instrumentos de fijación de un precio al carbono en América Latina. En C. Trinidad Alvarado (ed.), *Precio al carbono en América Latina. Tendencias y oportunidades*. Lima: SPDA, KAS. https://spda.org.pe/?wpfb_dl=4161

Vigil Toledo, R. (2011). *La estructura jurídica y el futuro de la Comunidad Andina*. Madrid: Thomson Reuters.

Vivideconomics. (2020). *Greenness of Stimulus Index (updated to October 2020). An assessment of COVID-19 stimulus by G20 countries and other major economies in relation to climate action and biodiversity goals*. https://www.vivideconomics.com/wp-content/uploads/2020/10/201028-GSI-report_October-release.pdf

¿CÓMO
ENVERDECER
EL DERECHO
COMUNITARIO
ANDINO?:
PROPUESTAS
PARA INSERTAR
POLÍTICAS DE
PRECIOS AL
CARBONO EN UN
CONTEXTO DE
RECUPERACIÓN
VERDE DE LA
COMUNIDAD
ANDINA

HOW TO GREEN
THE ANDEAN
COMMUNITY LAW?:
PROPOSALS TO
INSERT CARBON
PRICING POLICIES
IN A CONTEXT OF
GREEN RECOVERY
IN THE ANDEAN
COMMUNITY

PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA /
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI /
CARLOS TRINIDAD ALVARADO

Vogt-Schillb, A., Walsh, B., Feng, K., Di Capua, L., Liu, Y., Zuluaga, D., Robles, M., & Hubacek, K. (2019). Cash transfers for pro-poor carbon taxes in Latin America and the Caribbean. *Nat Sustain*, (2), 941-948. <https://doi.org/10.1038/s41893-019-0385-0>

Wagner, G., Anthoff, D., Cropper, M., Dietz, S., Gillingham, K. T., Groom, B., Kelleher, J. P., Moore, F. C., & Stock, J. H. (2021). Eight priorities for calculating the social cost of carbon. *Nature*, 590, 548-550. <https://doi.org/10.1038/d41586-021-00441-0>

World Air Quality Index (AQI). (2020). *Ranking - AirVisual IQAir*. <https://www.iqair.com/world-air-quality-ranking>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acuerdo de Cartagena (1969).

Acuerdo de París (2015).

Directiva 2003/96/EC por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad.

Protocolo de Kyoto (1997).

Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático.

Proceso 1-AN-97 (TJCA, 26 de febrero de 1998).

Proceso 2-AN-2007 (TJCA, 17 de noviembre de 2009).

Proceso 1-AN-2010 (TJCA, 19 de junio de 2013).

Resolución del Parlamento Europeo sobre el Pacto Verde Europeo (2019/2956(RSP)).

Recibido: 18/11/2020

Aprobado: 08/03/2020

El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción*

International investment arbitration and the international fight against corruption

CHRISTIAN CARBAJAL VALENZUELA*

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Brasil)

YOLANDA MENDOZA NEYRA**

Universidad de Lima (Perú)

Resumen: En los arbitrajes internacionales de inversión, usualmente se niega la protección internacional a las inversiones efectuadas mediante actos de corrupción al declararse la mayoría de tribunales arbitrales de inversión sin jurisdicción o inadmisibles las demandas. Estas decisiones, inevitablemente, en forma indirecta, conllevan a la exoneración de responsabilidad internacional de los Estados demandados por la corrupción de sus funcionarios públicos, aun cuando estos delitos no se configuran de manera unilateral pues existe, en la mayoría de los casos, responsabilidad compartida entre el inversionista y el Estado. Al no sancionarse la corrupción, se agrava la actual crisis del sistema de solución de controversias de inversión, la misma que, por el contrario, requiere de soluciones consensuadas y urgentes que garanticen una reforma seria y sostenible.

Ante este preocupante escenario, se examinan en este artículo mecanismos para lograr la confluencia entre el derecho internacional de las inversiones, el derecho internacional anticorrupción y las normas internacionales sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos.

Sostenemos que si se comprueban comportamientos ilícitos de funcionarios públicos, dependiendo de las circunstancias de cada caso, los tribunales arbitrales de inversión deben pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de los Estados demandados por incumplir las obligaciones emanadas de los tratados internacionales anticorrupción y de inversión. Asimismo, dependiendo del caso, deben sancionar a inversionistas y Estados, puesto que ambas partes podrían ser responsables de la comisión de delitos de corrupción.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Warwick, Inglaterra. Asesor legal en arbitrajes internacionales Ciadi y CCI. Profesor de los cursos de Derecho Comercial Internacional y Arbitraje Internacional de Inversiones en universidades de Perú y Brasil. Socio de Wöss & Partners S.C. (W&P) en México y Washington D. C., Estados Unidos; y de Braz Gama Monteiro Advogados (BGM) en São Paulo y Curitiba, Brasil. Director de arbitraje de la Cámara de Arbitraje y Mediación de Santa Catarina (Camesc), Brasil.

Código ORCID: 0000-0002-2918-5550. Correo electrónico: ccarbajal@woessetpartners.com

** Abogada por la Universidad de Lima con segunda especialidad en Derecho Internacional Público por la PUCP.

Código ORCID: 0000-0002-3025-5018. Correo electrónico: a20183609@pucp.edu.pe

Reconociendo las limitaciones propias de las facultades de los tribunales arbitrales, es posible afirmar que estos no deben mantenerse al margen de la lucha internacional contra la corrupción, conforme a lo acordado por la comunidad internacional en los tratados existentes sobre la materia, siendo esto lo que ocurre cuando se declaran sin jurisdicción, evitando pronunciarse sobre los actos de corrupción identificados en el caso concreto.

Palabras clave: Corrupción, responsabilidad internacional de los Estados, derecho internacional de las inversiones, tratados de inversión, cláusula anticorrupción, doctrina de *clean hands*, abuso de derechos, principio general del derecho internacional, arbitraje internacional de inversiones

Abstract: Within international investment arbitrations, international protection is usually denied to investments that have been made through acts of corruption as the majority of the investment arbitration tribunals do not assume jurisdiction or the claims are considered inadmissible. These decisions, inevitably and indirectly, lead to the exoneration of international responsibility of the defendant States due to the corruption of their public officials, even when these illicit acts are not configured unilaterally, existing, in most cases, shared responsibility between the investor and the State. By not sanctioning corruption, the current crisis in the investment dispute resolution system is aggravated, which, on the contrary, requires urgent and consensual solutions to guarantee a viable reform.

Faced with this worrying scenario, this article examines mechanisms to achieve the confluence between International Investment Law, International Anti-Corruption Law and the international standards concerning the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.

We argue that if illicit behavior by public officials is found, depending on the circumstances of each case, the investment arbitration tribunals should rule on the international responsibility of the defendant States for failing to comply with the obligations arising from the International Anti-Corruption and Investment Treaties. Likewise, depending on the case, they must sanction investors and States, since both parties may be responsible for committing the illicit acts of corruption.

Recognizing the limitations inherent to the powers of arbitral tribunals, it is possible to affirm that they cannot remain outside the international fight against corruption, as it has been agreed by the international community in the treaties that exist on this matter, being this the situation when the tribunals declare their lack of jurisdiction, avoiding to decide on the acts of corruption identified within the specific case.

Key words: Corruption, international responsibility of States, international investment law, investment treaties, Anticorruption Clause, doctrine of clean hands, abuse of rights, general principle of international law, international investment arbitration

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL.- II.1. EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN.- II.2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CON CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN EXPRESAS.- II.3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES CON CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN TÁCITAS.- II.4. INICIATIVAS INTERNACIONALES NO VINCULANTES EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.- III. LA DOCTRINA DE *CLEAN HANDS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES.- III.1. CORRUPCIÓN COMO ACUSACIÓN Y COMO OBJECCIÓN EN LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES DE INVERSIÓN.- III.2. PRINCIPIO DE ABUSO DEL DERECHO Y LA DOCTRINA DE *CLEAN HANDS*.- III.3. PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL Y LA DOCTRINA DE *CLEAN HANDS*.- IV. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.- IV.1. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR CORRUPCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.- IV.2. ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES DE INVERSIÓN EN LOS QUE SE TRATÓ EL TEMA CORRUPCIÓN EN LA RELACIÓN INVERSIONISTA-ESTADO.- IV.2.1. CASO CIADI *WORLD DUTY FREE CO. LTD. VS. REPÚBLICA DE KENIA*.- IV.2.2. CASO CIADI *METAL-TECH LTD. VS. REPÚBLICA DE UZBEKISTÁN*.- IV.2.3. CASO CIADI *SPENTEX NETHERLANDS VS. UZBEKISTÁN*.- IV.2.4. CASO CIADI *F-W OIL INTERESTS, INC. VS. REPÚBLICA DE TRINIDAD Y TOBAGO*.- IV.2.5. CASO CIADI *EMPRESAS LUCCHETTI, S.A. Y LUCCHETTI PERÚ, S.A. VS. REPÚBLICA DE PERÚ*.- V. REFLEXIONES FINALES.

EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES
Y LA LUCHA
INTERNACIONAL
CONTRA LA
CORRUPCIÓN

INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION AND
THE INTERNATIONAL
FIGHT AGAINST
CORRUPTION

I. INTRODUCCIÓN

Para que los Estados y los inversionistas extranjeros logren sus propósitos en una relación contractual de inversión a largo plazo y obtengan sus beneficios, necesitan de un eficiente sistema de solución de controversias de inversión que los respalde en casos de incumplimiento de acuerdos, abusos de facultades regulatorias estatales o inconductas de los inversionistas. La forma en que los tribunales arbitrales conduzcan, discutan y resuelvan estas controversias no solo afectará los intereses de las partes que participan directamente en los arbitrajes internacionales de inversión, sino también —positiva o negativamente— los objetivos y lineamientos que guían a la comunidad internacional en la lucha contra la corrupción.

Sobre este razonamiento, se advierte que la gran mayoría de los tratados de inversión vigentes no disponen de obligaciones expresas y vinculantes en materia de lucha contra la corrupción. A causa de este defecto, podría entenderse equivocadamente que los tribunales internacionales de inversión no tendrían competencia para discutir los argumentos sobre corrupción del inversionista extranjero y del Estado receptor. Por el mismo motivo, podría entenderse que estos tribunales no podrían investigar la existencia de corrupción en la relación inversor-Estado y tampoco evaluar de manera incidental la responsabilidad internacional del Estado por los actos de corrupción de sus agentes o funcionarios, en

el caso de que existiesen elementos de convicción de la comisión de este delito y/o participación de funcionarios públicos en el mismo.

Con el objetivo de desarrollar estos supuestos, el presente artículo se estructura de la siguiente manera: en la sección II se desarrollará la lucha contra la corrupción en el marco del derecho internacional. Además, se explorarán las cláusulas anticorrupción expresas y tácitas contenidas en los tratados de inversión suscritos por los Estados de América Latina y el Caribe, así como el aporte significativo de los actores no estatales en la lucha contra la corrupción. En la sección III se analizará y criticará el empleo de la doctrina de *clean hands* y del principio de abuso de derecho en el sistema de solución de controversias entre inversores y Estados, sus fortalezas y limitaciones. En la sección IV se examinará la eventual responsabilidad compartida del Estado con el inversionista y se explicará bajo qué circunstancias se debe considerar la responsabilidad internacional de los Estados demandados. Por último, se propone un enfoque pragmático sobre las sanciones que los tribunales arbitrales podrían determinar a fin de cumplir con el derecho internacional.

II. LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Como sabemos, mediante los tratados de inversión se protege a los inversores extranjeros en caso de que el Estado receptor de la inversión (en adelante, el Estado receptor) realice alguna conducta arbitraria o discriminatoria que dañe sus inversiones, en violación de los principios de trato nacional, trato justo y equitativo, protección y seguridad plena, prohibición de expropiación sin compensación y demás derechos del inversor. Actualmente, existen más de 3000 tratados de inversión entre bilaterales, multilaterales y acuerdos con disposiciones sobre inversión (Cnucyd, 2020, p. 1). Además, nueve de cada diez de estos tratados contemplan como mecanismo de solución de conflictos al arbitraje internacional (Giorgetti *et al.*, 2020, p. 304). Hasta ahora, el número de arbitrajes internacionales de inversión sobrepasa los 1020 casos, involucrando a casi 120 Estados y una organización supranacional: la Unión Europea (Cnucyd, 2020a, p. 1).

En vista de que las inversiones extranjeras promueven y facilitan el crecimiento económico y desarrollo de los Estados, resulta indispensable eliminar los obstáculos que alteran su normal desenvolvimiento o que las ponen en riesgo. Hoy es aceptado que uno de los tantos problemas que perjudican el libre flujo de inversiones, y que necesita de una rápida y segura solución por parte de la comunidad internacional, es la corrupción. Vista como un fenómeno transnacional que deteriora los valores de la sociedad y que genera una gran preocupación por su efecto negativo y sus altos costos para los Estados, en especial los que

se encuentran en vías de desarrollo o con economías emergentes, se entiende que la corrupción contraviene la política pública internacional (Low, 2019, p. 341). Por tanto, las consecuencias de esta, como la destrucción de la confianza, del respeto por las instituciones públicas y del funcionamiento democrático de los Estados, no solo pueden ser atribuibles a los actores no estatales o inversionistas privados, sino también a los agentes estatales, de ser el caso.

Si bien la corrupción es percibida como un comportamiento deshonesto, inmoral e ilegal por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, su prohibición para algunos aún no es norma imperativa de derecho internacional general o *ius cogens* (Wood, 2017, p. 3). En efecto, podría pensarse que en el derecho internacional no se ha explorado ni discutido a profundidad dicha conducta condenable, especialmente en el ámbito del derecho internacional de las inversiones, en donde aún existe debate en diversos temas relacionados.

Al respecto, debemos señalar que la prohibición de la corrupción fue recogida por primera vez en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), cuyo artículo 50 menciona lo siguiente:

si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado (p. 24).

Desde entonces, ya sea por alcanzar un fin superior como el bien común o por otros intereses ajenos a la erradicación de la corrupción, los Estados se han esforzado por diseñar distintos instrumentos internacionales vinculantes o no vinculantes con el objetivo de luchar contra ella (Rose, 2015, pp. 3-4). Esta tendencia se debe a que los Estados han asumido políticas anticorrupción con el objetivo de transparentar la toma de sus decisiones. Por ello, se entiende que sus regulaciones carecerán de transparencia «si existe corrupción y no es investigada y perseguida por los organismos oficiales» (Saco & Torres, 2018, p. 229).

De igual forma, actores no estatales han participado en el movimiento anticorrupción mediante recomendaciones, lineamientos, reglas, códigos de conducta o estándares, muchos de los cuales son regularmente empleados por los Estados, dada la ausencia de obligaciones. Sin embargo, no todos ellos recogen un significado preciso sobre corrupción y tampoco mencionan las situaciones precisas en que esta se tipifica. Tales observaciones serán desarrolladas en los siguientes puntos de esta sección desde un enfoque latinoamericano.

II.1. El concepto de corrupción

El término corrupción carece de una definición común y construir una de alcance universal es un desafío para las diversas disciplinas académicas (Bonell & Meyer, 2015, p. 5). En el campo del derecho, el interés general por encontrar alguna medida importante que prevenga y combata la corrupción posibilitó la creación y ratificación de instrumentos internacionales con obligaciones vinculantes. Casi todos ellos califican a una variedad de conductas como actos delictivos de corrupción —soborno, abuso de funciones o cargo, peculado, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, entre otros—. Además, estos instrumentos recomiendan a los Estados introducir un marco legal anticorrupción con el objetivo de armonizar las legislaciones nacionales.

Entre los tratados más relevantes tenemos a la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 (artículos VI, VIII, IX, y XI), la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de 1997 (artículos 1.1 y 1.2), el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999 (artículos 2 al 15), el Convenio Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa de 1999 (artículo 2), la Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y Lucha contra la Corrupción de 2003 (artículo 4) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (artículos 15 al 28).

Aunque poseen obligaciones internacionales de distinto alcance y no son autoejecutables, todos estos instrumentos multilaterales cumplen el mismo objetivo de promover la prevención, detección y criminalización de la corrupción. De tales ejemplos, el Convenio Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa (1999/2010) define de forma expresa a la corrupción como:

el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida (p. 29968).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2018) considera a la corrupción como:

un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad [...], así como al derecho al desarrollo; debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad [...] se caracteriza por el abuso o desviación del poder, que puede ser público o privado, que desplaza el interés público por un beneficio privado

(personal o para un tercero), y que debilita las instituciones de control tanto administrativas como judiciales (Resolución 1/18).

Cabe señalar que algunas organizaciones no gubernamentales han dotado de significado básico al término corrupción (Rose, 2015, p. 7). Por ejemplo, Transparencia Internacional (2009) la define como «el abuso del poder para beneficio propio» (p. 14); y la Cámara de Comercio Internacional (2011), mediante el artículo 1 de sus Reglas para Combatir la Corrupción, concluye que la corrupción abarca «el soborno, la extorsión o instigación al delito, el tráfico de influencias y el lavado de dinero» (p. 4).

Respecto al derecho internacional de las inversiones, la definición de corrupción ha sido estructurada en base al estudio de cómo en el arbitraje internacional de inversiones los tribunales abordan las alegaciones sobre corrupción de las partes, a pesar de que no han sido conformados para decidir sobre cuestiones penales.

Entre los conceptos más resaltantes que la doctrina ha desarrollado hay uno que posee alta aceptación académica. Aloysius P. Llamzon (2014) define a la corrupción como «knowing application or refusal to apply laws in a manner that benefits private demands at the expense of public need» (p. 20), y concibe dos formas de corrupción: el soborno y la extorsión. El primero se constituye cuando el actor privado paga a algún agente estatal para ser beneficiado con una decisión pública, y el segundo se materializa cuando el agente estatal es quien solicita algún pago al actor privado para facilitar los servicios de la administración pública (Wood, 2018, p. 104).

Por su parte, la jurisprudencia del sistema de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados —encabezado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (Ciadi) y secundado por otros tribunales arbitrales institucionales o *ad-hoc* establecidos conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Comercial Internacional (Cnudmi)—, en muchas ocasiones imprevisible e incoherente (Giorgetti *et al.*, 2019, p. 303), también ha desarrollado el concepto de corrupción. Ante la ausencia de precedentes obligatorios en dicho sistema, los tribunales citan constantemente laudos arbitrales anteriores para fundamentar sus propias decisiones.

En la mayoría de laudos finales se reitera que la corrupción es una conducta contraria y violatoria de las políticas públicas internacionales. Prueba de ello son los laudos dictados el 2 de agosto de 2006 en el caso Ciadi *Inceysa Vallisoletana, S. L. vs. República de El Salvador* (§ 249); el 4 de octubre de 2006 en el caso Ciadi *World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia* (§ 157); el 8 de octubre de 2009 en el caso Ciadi *EDF (Services) Limited vs. Rumania* (§ 221); el 4 de octubre de 2013 en el caso Ciadi *Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán* (§ 292); el 15 de

EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES
Y LA LUCHA
INTERNACIONAL
CONTRA LA
CORRUPCIÓN

INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION AND
THE INTERNATIONAL
FIGHT AGAINST
CORRUPTION

marzo de 2016 en el caso *Cnudmi Copper Mesa Mining Corporation vs. República de Ecuador* (§ 563); el 6 de diciembre de 2016 en el caso *Ciadi Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd vs. República de Indonesia* (§ 493); y el 31 de agosto de 2018 en el caso *Ciadi Unión Fenosa Gas, S.A. vs. República Árabe de Egipto* (§ 7.48). Asimismo, esta definición es recogida en la Decisión de Jurisdicción del 8 de marzo de 2017 en el caso *Ciadi Vladislav Kim y otros vs. República de Uzbekistán* (§ 593).

Respecto a otras fuentes del derecho internacional de las inversiones, existen diversos tratados de inversión que contienen cláusulas anticorrupción expresas, además de disposiciones tácitas relacionadas con la responsabilidad social corporativa, de obligatorio cumplimiento para los Estados y los inversionistas extranjeros. Estas normas anticorrupción de *hard law* y *soft law* serán explicadas en las siguientes subsecciones II.2 y II.3.

II.2. Instrumentos internacionales con cláusulas anticorrupción expresas

Partiendo de la idea de que los Estados Parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción pueden anular contratos o concesiones corruptas (Low, 2019, p. 341), desde hace algunos años se empezó a suscribir una nueva generación de tratados bilaterales de inversión, así como instrumentos internacionales con disposiciones sobre inversión, como son los tratados de libre comercio, que expresamente regulan la lucha contra la corrupción (Kryvoi, 2018, p. 579).

Inicialmente, esta clase de tratados no establecía explícitamente alguna prohibición sobre actos corruptivos y tampoco orientaba de forma clara cómo resolverlos en las controversias. Estos tratados únicamente se limitaban a señalar que las inversiones extranjeras debían llevarse a cabo conforme al ordenamiento jurídico nacional del Estado receptor si deseaban beneficiarse de la protección que les ofrecían los tratados de inversión.

En este contexto, ciertos Estados de América Latina y el Caribe han pactado cláusulas anticorrupción o de lucha contra la corrupción en dichos tratados. Además de adoptar o mantener medidas para prevenir y combatir la corrupción, ellos no se obligan a proteger inversiones a) cuyo capital o activo sea de origen ilícito, b) en cuyos establecimientos u operaciones se haya verificado actos ilícitos y/o de corrupción, y c) que pertenezcan a empresas sancionadas con la pérdida de activos.

Para una mejor comprensión de lo mencionado en el párrafo anterior, a continuación mencionaremos los instrumentos internacionales suscritos

por los Estados de América Latina y el Caribe que disponen de cláusulas anticorrupción expresas:

1. Tratados bilaterales de inversión entre Japón-Perú de 2008 (artículo 10), Colombia-Japón de 2011 (artículo 16), Japón-Uruguay de 2011 (artículo 14), Brasil-Chile de 2015 (artículo 16), Brasil-Colombia de 2015 (artículo 14), Argentina-Japón de 2018 (artículo 9), Brasil-Etiopía de 2018 (artículo 15), Brasil-Guyana de 2018 (artículo 16), Brasil-Surinam de 2018 (artículo 16), Brasil-Emiratos Árabes Unidos de 2019 (artículo 16) y Brasil-India de 2020 (artículo 10).
2. Tratados de libre comercio con temas de inversiones entre República Dominicana-Centroamérica¹-Estados Unidos de América de 2004 (artículos 18.7 al 18.10), Nicaragua-Taiwán de 2006 (artículos 20.7 al 20.10), Colombia-El Salvador-Guatemala-Honduras de 2007 (artículo 16.9), Canadá-Colombia de 2008 (artículos 1907 al 1910), Canadá-Perú de 2008 (artículos 1907 al 1910), Canadá-Panamá de 2010 (artículos 20.7 al 20.10), Canadá-Honduras de 2013 (artículo 20.7 al 20.10), y Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico de 2018² (artículos 26.6 al 26.12).
3. Acuerdos de promoción comercial con temas de inversiones entre Colombia-Estados Unidos de América de 2006 (artículos 19.7 al 19.10), Perú-Estados Unidos de América de 2006 (artículos 19.7 al 19.10) y Panamá-Estados Unidos de América de 2007 (artículos 18.7 y 18.10).
4. Acuerdo de profundización económico-comercial entre Brasil-Perú de 2015 (artículo 2.14).

II.3. Instrumentos internacionales con cláusulas anticorrupción tácitas

Teniendo en cuenta los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar» —aplicables a todos los Estados y a cualquier modalidad de empresas (Principios Rectores, 2011, p. 7)—, aprobados mediante la Resolución A/HRC/RES/17/4 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2011, algunos Estados optaron por incluir cláusulas anticorrupción tácitas en los tratados de inversión y en los acuerdos con disposiciones sobre inversiones. Estas se encuentran relacionadas con el uso obligatorio o voluntario de iniciativas internacionales de responsabilidad social corporativa por parte de los inversionistas extranjeros.

1 Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

2 Chile, México y Perú.

En esos casos, además de tales Principios Rectores, ciertos tratados contienen disposiciones donde se sugiere que durante la obtención y ejecución de las inversiones extranjeras, así como en las políticas internas de las empresas inversionistas, se apliquen por ejemplo los siguientes instrumentos no vinculantes: las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (revisadas el 2011), el Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2000, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (enmendada el 2017), el Proyecto OCDE/G20 de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de 2015, entre otros.

Igualmente, los tribunales arbitrales podrían utilizar las disposiciones mediante las cuales los Estados alientan la incorporación de dichos instrumentos no vinculantes en las prácticas empresariales con el objetivo de erradicar la mala conducta empresarial por corrupción. Ello obedece a que las iniciativas de los actores no estatales son vistas como normas *soft law* relevantes para los arbitrajes internacionales de inversión (Kaufmann-Kohler, 2010, p. 3). En ciertas ocasiones, los tribunales arbitrales las han utilizado discrecionalmente para aclarar normas ambiguas y dar contenido a vacíos legales de los tratados (Bjorklund & Reinisch, 2012, p. 31).

De la misma forma que en el punto anterior, a continuación mencionaremos los instrumentos internacionales de inversiones suscritos por los Estados de América Latina y el Caribe que, en su cláusula de responsabilidad social corporativa, señalan la incorporación de principios rectores referidos a la lucha contra la corrupción en general:

1. Tratados bilaterales de inversión entre Colombia-Francia de 2014 (artículo 11), Angola-Brasil de 2015 (artículo 10, anexo II.x), Brasil-Colombia de 2015 (artículo 13.e), Brasil-Chile de 2015 (artículo 15.2.e), Brasil-Malawi de 2015 (artículo 9.2v), Brasil-México de 2015 (artículo 13.2e), Brasil-Mozambique de 2015 (artículo 10, anexo II.v), Argentina-Catar de 2016 (artículo 12), Chile-Hong Kong de 2016 (artículo 16), Brasil-Etiopía de 2018 (artículo 14.2.e), Brasil-Guyana de 2018 (artículo 15.2.e), Brasil-Surinam de 2018 (artículo 15.2.e), Brasil-Emiratos Árabes Unidos de 2019 (artículo 15.2.e), Brasil-Marruecos de 2019 (artículo 13.2.g), Brasil-Ecuador de 2019 (artículo 14.2.e) y Brasil-India de 2020 (artículo 12.2.e).
2. Tratados de libre comercio con temas de inversiones entre Canadá-Colombia de 2008 (artículo 816), Canadá-Perú de 2008 (artículo 810), Canadá-Panamá de 2010 (artículo 9.17), Canadá-Honduras de 2013 (artículo 10.16), Colombia-Costa Rica de 2013 (artículo 12.9), Colombia-Panamá de 2013 (artículo 14.15),

y Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico de 2018 (artículo 9.16).

3. Acuerdo de profundización económico-comercial entre Brasil-Perú de 2015 (artículo 2.13).

II.4. Iniciativas internacionales no vinculantes en la lucha contra la corrupción

Otro importante esfuerzo anticorrupción no gubernamental es la Cláusula de la Cámara de Comercio Internacional contra la Corrupción (2012), instrumento exhortativo y no vinculante que «está redactado con el propósito de alcanzar el equilibrio entre el interés de las partes de evitar la corrupción y su necesidad de garantizar la consecución de los objetivos del contrato» (p. 9). Dicha iniciativa está dirigida al sector corporativo internacional, ya que la corrupción también puede ser realizada por actores no estatales (Nadakavukaren Schefer, 2020, p. 4). Es más, sus actos ilícitos tienen el mismo impacto negativo en las políticas públicas y en el orden público internacional que los producidos por los actores estatales.

Mediante esta cláusula, las partes contractuales se obligan a aplicar las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional para Combatir la Corrupción, asegurando con ello la integridad ética de los involucrados durante las negociaciones y la vigencia del contrato. Inclusive después de extinguidas las obligaciones entre las partes, esta cláusula permite continuar el comportamiento anticorruptivo pactado. Dada la flexibilidad de los instrumentos de *soft law* en materia anticorrupción, consideramos que son los más eficaces y prácticos para evitar acciones corruptivas corporativas al estar diseñados con contenidos más precisos, limitativos y revisables para su adecuación a las nuevas exigencias. De allí que tengan un mayor grado de influencia dentro de los Estados que los propios tratados anticorrupción cuando se trata de tomar medidas de prevención, represión y sanción contra la corrupción (Rose, 2015, p. 219).

Por lo explicado hasta aquí, resulta comprensible que la lucha contra la corrupción sea discutida en los arbitrajes internacionales de inversión por ser un asunto de política pública internacional. Sin embargo, no es simple de analizar ni resolver ya que, por lo general, los tribunales arbitrales dudan al decidir frente a argumentos de corrupción. En muchos casos evitan pronunciarse al respecto y, más bien, se enfocan en identificar si la inversión está contaminada por corrupción con el objetivo de justificar su incompetencia o no admitir la demanda del inversionista.

Pocos tribunales del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados han adoptado una salida distinta, como la de

117

EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES
Y LA LUCHA
INTERNACIONAL
CONTRA LA
CORRUPCIÓN

INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION AND
THE INTERNATIONAL
FIGHT AGAINST
CORRUPTION

priorizar la cuestión del interés público para investigar las sospechas o indicios evidentes de corrupción en las alegaciones, defensas y evidencias presentadas por las partes. Si optaran por el camino seguido por el tribunal en el caso *Ciadi Metal-Tech vs. Uzbekistán*, cuyo laudo se analizará más adelante, creemos que los tribunales arbitrales no solo tendrían que reconocer que los inversionistas violaron el sistema legal del Estado demandado, sino a su vez evaluar la responsabilidad internacional de este último por el incumplimiento de las obligaciones del respectivo tratado de inversión y los tratados anticorrupción a causa del accionar corruptivo de sus agentes o funcionarios.

Aunque el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados cuenta con argumentos jurídicos y doctrinarios para responsabilizar internacionalmente a los Estados demandados, hasta el momento los tribunales no han concluido en ese sentido. Lo más cercano que se ha obtenido es dividir los costos del procedimiento arbitral. No obstante, mediante el laudo dictado el 27 de diciembre de 2016 en el caso *Ciadi Spentex Netherlands vs. Uzbekistán*, además de ordenar el pago de los costos, el tribunal arbitral recomendó al Estado demandado que realizara una donación de USD 8 millones a un fondo anticorrupción del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas bajo la sanción de adicionar un monto extra a los costos (Alekhim & Shmatenko, 2018, p. 178).

Precisamos que, en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, no existe otro laudo arbitral que contenga un pronunciamiento similar al que se dio en el caso *Ciadi Spentex Netherlands vs. Uzbekistán*. Los argumentos sobre corrupción en inversiones extranjeras continúan, en la mayoría de los casos, considerándose asuntos relativos a la jurisdicción de los tribunales y la admisibilidad de las demandas. Creemos que tales salidas jurídicas no coadyuvan en la lucha contra la corrupción conforme a los instrumentos internacionales ya mencionados.

Esta falta de conformidad continuará cada vez que los tribunales arbitrales de dicho sistema desestimen las demandas sin pronunciarse sobre los actos de corrupción de las partes, ello mediante la aplicación de uno o todos los siguientes criterios que se emplean para evaluar la legitimidad de las inversiones extranjeras: a) el cumplimiento del ordenamiento jurídico del Estado receptor; b) el cumplimiento de las políticas públicas internacionales o transnacionales, y c) la doctrina de *clean hands*. Este último criterio, no libre de debates, será explicado en la próxima sección.

III. LA DOCTRINA DE *CLEAN HANDS* EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES

119

Al igual que el concepto de corrupción, la doctrina de *clean hands* carece de una definición universalmente aceptada. Desarrollada en el ámbito de la equidad y la buena fe del *common law* (Kreindler, 2010, p. 317), muchas veces es explicada con la máxima «he who comes into equity must come with clean hands» (Le Moullec, 2018, p. 14). Es decir, no se podrá demandar justicia si se cometió alguna conducta ilegal (Crawford, 2012, p. 717).

Por otro lado, las cuestiones sobre la situación jurídica de dicha doctrina en el derecho internacional han sido revisadas por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. En el contexto de la codificación de la protección diplomática, mediante su Informe del 57º periodo de sesiones, esta Comisión apoyó las conclusiones del relator especial John Dugard (2005) sobre la doctrina en los siguientes términos: a) «era un principio importante de derecho internacional que debía tenerse en cuenta siempre que se demostrara que un Estado demandante no había obrado de buena fe y que se había presentado ante el tribunal con las manos sucias» (§ 236); y b) «no pertenecía evidentemente al ámbito de la protección diplomática y que, por tanto, no debía ser incluida en el proyecto de artículos» (§ 226). Además, «se había planteado principalmente en el contexto de las reclamaciones por un perjuicio causado directamente al Estado, lo cual excedía el ámbito de la protección diplomática» (§ 231).

La utilización de la doctrina del *clean hands* en las jurisdicciones nacionales como mecanismo de protección de los sistemas jurídicos (Le Moullec, 2018, p. 15) sirvió de estrategia para que los Estados demandados enfrentaran los arbitrajes internacionales de inversión argumentando la corrupción del inversionista demandante. De comprobarse el comportamiento ilegal o inapropiado de los inversionistas, sus manos estarían sucias y no gozarían del derecho a exigir reclamo alguno (Llamzom, 2015, p. 316). Por consiguiente, además de obtener la denegación de jurisdicción por parte de los tribunales arbitrales, los Estados demandados no estarían obligados a pagar compensaciones económicas por los daños eventualmente producidos. Asimismo, reducirían los gastos legales, arbitrales y demás costos procedimentales arbitrales. Los Estados demandados quedarían así liberados de toda responsabilidad, aun en los casos en que hayan tenido participación en los actos de corrupción.

Si bien el primer caso Ciadi en el que un tribunal arbitral de inversiones declinó de su jurisdicción (Kreindler, 2010, p. 314) porque consideró que la inversión extranjera era contraria a la política pública internacional fue *Inceysa Vallisoletana, S. L. vs. República de El Salvador*, sostenemos

EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES
Y LA LUCHA
INTERNACIONAL
CONTRA LA
CORRUPCIÓNINTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION AND
THE INTERNATIONAL
FIGHT AGAINST
CORRUPTIONCHRISTIAN CARBAJAL VALENZUELA /
YOLANDA MENDOZA NEYRA

que, sin mencionarlo expresamente, en el laudo dictado el 2 de agosto de 2006, este tribunal también discutió y desarrolló la doctrina de *clean hands* bajo los siguientes términos:

Permitir que Inceysa se beneficiara de la realización de una inversión claramente violatoria de los fundamentos de la licitación en que se originó, sería una falta grave a la justicia que este Tribunal está obligado a impartir. Ningún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales (2006, § 244).

No obstante, el caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia* es calificado como la primera controversia arbitral internacional de inversiones en la que un tribunal arbitral —bajo las reglas de arbitraje Ciadi— utilizó los argumentos de corrupción para rechazar la demanda del inversionista (Devendra, 2019, p. 251). El laudo arbitral dictado el 4 de octubre de 2006 en dicho caso describe cómo el inversionista demandante presentó pruebas del pago del soborno —como donación personal— al presidente de Kenia para cerrar un contrato de inversión en los aeropuertos internacionales de Nairobi y Mombasa en 1989 (*World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia*, 2006, §§ 68-74). En base a esta información, Kenia objetó las peticiones del demandante y solicitó la desestimación de la demanda argumentando tanto el origen ilegal del contrato (§ 105-107) como la aplicación de la doctrina de *clean hands* (§ 108). El tribunal arbitral aceptó la defensa del Estado demandado y decidió que el inversionista demandante no tenía derecho a mantener sus reclamos porque sus actos ilícitos contravenían el orden y la política pública internacional, así como la legislación nacional de Kenia (§§ 157, 179 y 188).

Desde entonces, los Estados demandados han alegado y considerado a la doctrina de *clean hands* como una defensa esencial para hacer frente a las controversias internacionales de inversión (Kreindler, 2010, p. 317). Con su empleo, en muchos casos, se ha buscado eludir la responsabilidad internacional estatal por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados de inversión. Paralelamente, también han solicitado a los tribunales arbitrales la aplicación de esta doctrina por considerarla principio general del derecho internacional público, a pesar de que no existe consenso en la doctrina al respecto (Devendra, 2019, p. 282).

En consecuencia, a partir del 2006, la gran mayoría de tribunales del sistema de solución de controversias entre inversores y Estados no asume su jurisdicción cuando se comprueba que el inversionista demandante adquirió su inversión mediante corrupción. Las excepciones más relevantes a esta práctica se justifican por el alcance de las acusaciones de corrupción, la falta de fundamentación o la claridad de las demandas,

y la identificación de los verdaderos agentes estatales. Sobre este punto, tenemos como ejemplo la Decisión sobre Jurisdicción del 19 de agosto de 2013 en el caso *Ciadi Niko Resources Bangladesh vs. República Popular de Bangladesh —Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex), y Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (PetroBangla)*. En esta disputa, el Estado demandado tenía conocimiento de las actividades corruptas del inversionista demandante antes de suscribir el Acuerdo de Compraventa de Gas entre PetroBangla y los socios de Joint Venture BAPEX y Niko de 2006 (§§ 484-485).

Ello no significa que los inversionistas demandantes se encuentren descalificados para argumentar la doctrina de *clean hands*. Existen procedimientos arbitrales en los cuales se acusó y demostró el comportamiento corruptivo de los agentes del Estado demandado, y, por tanto, el incumplimiento de sus obligaciones internacionales previstas en los tratados anticorrupción y de inversión. De hecho, la disputa *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia* es uno de ellos. Debido a ese accionar de los demandantes en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, podríamos clasificar la invocación de corrupción como un acto de acusación y defensa de las partes (Alekhim & Shmatenko, 2018, p. 165), los cuales desarrollaremos a continuación.

III.1. Corrupción como acusación y como objeción en los arbitrajes internacionales de inversión

Como mencionamos anteriormente, en los arbitrajes internacionales de inversión existieron controversias donde los inversionistas extranjeros acusaron a los Estados receptores de tentativa o comisión de corrupción durante la negociación, celebración y ejecución de los contratos de inversión. Por propia iniciativa, y sin estar involucrados directamente en la consumación del ilícito, presentaron pruebas de tales hechos. Ejemplos de estas acusaciones, aunque no tuvieron éxito para los intereses de los demandantes (Alekhim & Shmatenko, 2018, pp. 167-168), los encontramos en los laudos dictados el 3 de agosto de 2005 en el caso *Cnudmi Methanex vs. Estados Unidos de América* (parte I, § 7); el 3 de marzo de 2006 en el caso *Ciadi F-W Oil Interests, Inc. vs. República de Trinidad y Tobago* (§§ 49-53 y 210-212); el 4 de octubre de 2006 en el caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia* (§ 66); el 29 de julio de 2008 en el caso *Ciadi Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. República de Kazajistán* (§§ 355-366); el 13 de marzo de 2009 en el caso *Ciadi RSM Production Corporation vs. Granada* (§ 5.2); el 8 de septiembre de 2009 en el caso *Ciadi Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. vs. República de Azerbaiyán* (§ 6); y el 8 de octubre de 2009 en el caso *Ciadi EDF (Services) Limited vs. Rumania* (§ 221).

En cuanto a la invocación de la corrupción como defensa, los Estados demandados la utilizaron de diversas formas, ya fuera discutiéndolas durante las primeras etapas de los procedimientos arbitrales —jurisdicción y admisibilidad— o durante la etapa de fondo, a fin de conseguir la denegatoria de las peticiones del inversionista demandante. Frente a tales estrategias de defensa, los tribunales arbitrales evaluaron si las inversiones fueron negociadas, consensuadas o ejecutadas de conformidad con el ordenamiento jurídico interno de los Estados demandados. Al comprobar que las inversiones eran ilegales, estos tribunales sostuvieron que no estaban protegidas por los tratados de inversión correspondientes. Así, pues, sin inversiones ni consentimientos estatales necesarios para la continuidad de los respectivos procedimientos arbitrales de inversión, los tribunales declinaron sus jurisdicciones o declararon inadmisibles las demandas.

Tal razonamiento, referido al requisito de la legalidad de las inversiones que exigen los tratados, ha sido aplicado, por ejemplo, en las Decisiones sobre Jurisdicción dictadas el 31 de julio de 2001 en el caso *Ciadi Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. (I) vs. Reino de Marruecos* (§ 46); y el 29 de abril de 2004 en el caso *Ciadi Tokios Tokelés vs. Ucrania* (§ 84). Del mismo modo, dicho requisito ha sido descrito en los laudos dictados el 4 de octubre de 2006 en el caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia* (§ 187); el 15 de abril de 2009 en el caso *Ciadi Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa* (§§ 101-102); el 16 de agosto de 2007 en el caso *Ciadi Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (I) vs. República de las Filipinas* (§§ 397, 401 y 402); el 8 de septiembre de 2009 en el caso *Ciadi Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. vs. República de Azerbaiyán* (§ 7); el 19 de mayo de 2010 caso *Ciadi Alasdair Ross Anderson et al. vs. República de Costa Rica* (§§ 58-59); el 14 de abril de 2010 en el caso *Ciadi Saba Fakes vs. República de Turquía* (§ 119); el 7 de febrero de 2011 en el caso *Ciadi Malicorp Limited vs. República Árabe de Egipto* (§ 119); el 15 de diciembre de 2014 en el caso *Cnudmi Hesham Talaat M. Al-Warraq vs. República de Indonesia* (§§ 645-647); el 4 de octubre de 2013 en el caso *Ciadi Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán* (§§ 165 y 374); y el 30 de marzo de 2015 en el caso *Ciadi Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. vs. República de Albania* (§ 716).

De lo anterior se desprende que tanto dicho requisito de legalidad de las inversiones como cualquier denegación de las peticiones, tras comprobarse la corrupción de las inversiones, son manifestaciones de la doctrina de *clean hands* (Dumberry, 2016, pp. 234-235). Por otro lado, en ausencia de ese requisito vinculante, los tribunales arbitrales declararon igualmente su incompetencia o la inadmisibilidad de las demandas en resguardo de la política pública internacional. Prueba de estas aplicaciones tácitas de dicha doctrina son los laudos dictados el 8 de diciembre en el

123

EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES
Y LA LUCHA
INTERNACIONAL
CONTRA LA
CORRUPCIÓNINTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION AND
THE INTERNATIONAL
FIGHT AGAINST
CORRUPTION

caso *Ciadi Wena Hotels Ltd. vs. República Árabe de Egipto* (§ 111); el 2 de agosto de 2006 en el caso *Ciadi Inceysa Vallisoletana, S. L. vs. República de El Salvador* (§§ 248-250); el 4 de octubre de 2006 en el caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia* (§ 157); el 27 de agosto de 2008 en el caso *Ciadi Plama Consortium Limited vs. República de Bulgaria* (§ 143); el 15 de abril de 2009 en el caso *Ciadi Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa* (§ 78); el 10 de diciembre de 2014 en el caso *Ciadi Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (II) vs. República de las Filipinas* (§ 332); el 16 de mayo de 2014 en el caso *Ciadi David Minnotte & Robert Lewis vs. República de Polonia* (§ 131); y el 27 de diciembre de 2016 en el caso *Ciadi Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein vs. República Italiana* (§ 264).

Esta comprobación de la legalidad de las inversiones que exigen los tratados para su protección internacional termina por incorporar a la doctrina de *clean hands* en los arbitrajes de inversiones (De Alba, 2015, p. 324). Inclusive frente a la inexistencia del requisito la doctrina ha continuado aplicándose, ya que ciertos tribunales arbitrales han sostenido que el requisito de legalidad es inherente o se encuentra implícito en los tratados de inversión. Por ejemplo, dicho enfoque puede ser apreciado en la Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad dictada el 6 de junio de 2012 en el caso *Ciadi SAUR International vs. República de Argentina* (§ 306). De igual manera, tal enfoque es recogido en los laudos dictados el 31 de marzo de 2003 en el caso *ANSA Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. vs. Gobierno de la Unión de Myanmar* (§ 58); el 15 de abril de 2009 en el caso *Ciadi Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa* (§ 101); el 18 de junio de 2010 en el caso *Ciadi Gustav F W Hamester GmbH & Co KG vs. República de Ghana* (§§ 123-124); el 10 de diciembre de 2014 en el caso *Ciadi Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (II) vs. República de las Filipinas* (§ 328); y el 30 de marzo de 2015 en el caso *Ciadi Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. vs. República de Albania* (§ 293).

Además de las manifestaciones antes descritas, se han producido disputas en las que la doctrina de *clean hands* tuvo un uso distinto a los mencionados, y estas se refieren a la obtención de las inversiones extranjeras violando el principio de la buena fe. Con frecuencia, este principio es también invocado como defensa por los Estados demandados para poner en cuestionamiento la legalidad de las inversiones o hacer evidente la mala fe del inversionista. Esta nueva estrategia estatal para objetar las demandas del inversionista, que transforma la verificación de la legalidad internacional de las inversiones en una cuestión de abuso del derecho, será analizada seguidamente en su condición de principio general.

III.2. Principio de abuso del derecho y la doctrina de *clean hands*

Al inicio de esta sección habíamos señalado que los orígenes de la doctrina de *clean hands* están estrechamente vinculados a la buena fe, uno de los principios fundamentales del derecho internacional público, apoyado por los principios de legalidad y de *pacta sunt servanda*. Este principio supremo ha sido reconocido en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. Muestra de ello son las Decisiones sobre Jurisdicción dictadas el 4 de agosto de 2011 en el caso *Ciadi Abaclat y otros vs. República de Argentina* (§ 646); y el 19 de agosto de 2013 en el caso *Ciadi Niko Resources Bangladesh vs. República Popular de Bangladesh —Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex) y Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (PetroBangla)—* (§ 476). Además, los laudos dictados el 29 de mayo de 2003 en el caso *Ciadi Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos de América* (§ 153); el 2 de agosto de 2006 en el caso *Ciadi Inceysa Vallisoletana, S. L. vs. República de El Salvador* (§§ 226 y 230); el 27 de agosto de 2008 en el caso *Ciadi Plama Consortium Limited vs. República de Bulgaria* (§§ 135 y 138-140); el 15 de abril de 2009 en el caso *Ciadi Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa* (§§ 106 y 109); el 18 de junio de 2010 en el caso *Ciadi Gustav F W Hamester GmbH & Co KG vs. República of Ghana* (§§ 123-124); y el 7 de febrero de 2011 en el caso *Ciadi Malicorp Limited vs. República Árabe de Egipto* (§ 116).

Es necesario subrayar que comportarse de buena fe supone actuar dentro de la legalidad, cumpliendo las disposiciones básicas del Estado receptor y las normas internacionales sin valerse de sus imprecisiones o ambigüedades. Como la buena fe es un principio común a todos los ordenamientos jurídicos, una acción de mala fe no solo conlleva al incumplimiento del principio de legalidad y del principio de *pacta sunt servanda*, sino también a la violación de cualquier legislación nacional (Cremades, 2012, p. 769).

En consecuencia, un proyecto de inversión extranjera realizado de conformidad con la legislación del Estado receptor, pero ejecutado de mala fe aprovechando la falta de regulaciones nacionales o el requisito de legalidad de los tratados de inversión, no podría exigir ni beneficiarse de la protección que otorgan estos últimos (Llamzon, 2015, p. 317). En otras palabras, la relación entre las partes contratantes de la inversión extranjera debe realizarse dentro de los marcos de la buena fe y dentro de los límites de la legalidad del ordenamiento del Estado receptor y, esencialmente, del derecho internacional general.

Para evitar el ocultamiento o la simulación de comportamientos corruptos en las inversiones extranjeras, se emplea el principio del abuso de derecho, una de las expresiones más amplias —además de la

doctrina de *clean hands*— del principio de la buena fe (Sipiórski, 2019, p. 11). Por ser parte del derecho internacional, los Estados demandados igualmente utilizan este principio como defensa para limitar la aplicación de los tratados de inversión en los arbitrajes internacionales de inversión.

Mediante el principio de abuso de derecho, no se trata de limitar los derechos del inversionista extranjero, sino de restringir el ejercicio indebido o malicioso de sus derechos y denegarle el acceso directo al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. A nuestro criterio, esta búsqueda de protección internacional sin legitimidad por parte de esos inversionistas, así como la intención de evadir la responsabilidad internacional por parte de los Estados demandados —alegando la mala fe de los inversionistas extranjeros aun en los casos en que los Estados han tenido participación o previo conocimiento de los actos corruptivos—, constituye abuso del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, ya que ambos actúan sin rectitud ni lealtad.

En un inicio, los Estados demandados invocaron el abuso de derecho para rechazar las demandas (Ascencio, 2014, p. 767) cuando consideraban que: a) las demandas carecían de suficientes fundamentos (por ejemplo, en el laudo dictado el 3 de septiembre de 2001 en el caso *Cnudmi Ronald S. Lauder vs. República Checa* [§ 179]); b) estas no tenían validez legal (como sucedió con el laudo dictado el 10 de diciembre de 2010 en el caso *Ciadi RSM Production Corporation y otros vs. Granada* [§ 6.1.1]); y c) se iniciaban los arbitrajes internacionales de inversión con un objetivo malicioso (véase el laudo dictado el 17 de marzo de 2006 en el caso *Cnudmi Saluka Investments BV vs. República Checa* [§ 236]). Tales objeciones estatales fueron desestimadas por los tribunales arbitrales pertinentes.

Sin embargo, a partir del laudo dictado el 15 de abril de 2009 en el caso *Ciadi Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa*, en el que se reconoció a la buena fe como norma autónoma y requisito adicional de la prueba de Salini para validar la existencia de una inversión legítima bajo las reglas Ciadi (2009, §§ 114 y 142-144), reiteradamente se han rechazado las demandas cuando se comprueba, por ejemplo, que la reestructuración corporativa, realizada con posterioridad al establecimiento de la inversión, fue hecha de mala fe con el único objetivo de acceder al sistema de controversias entre inversionistas y Estados.

El desarrollo jurisprudencial de los conceptos mencionados lo encontramos en la Decisión sobre Jurisdicción dictada el 1 de junio de 2012 en el caso *Ciadi Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador* (§§ 2.1-2.110 y 2.41); y en los laudos sobre Jurisdicción dictados el 18 de julio de 2013 en el caso *Cnudmi ST-AD GmbH (Alemania) vs. República de Bulgaria* (§§ 421-423), y el 17 de diciembre de 2015 en el caso *Cnudmi*

EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES
Y LA LUCHA
INTERNACIONAL
CONTRA LA
CORRUPCIÓN

INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION AND
THE INTERNATIONAL
FIGHT AGAINST
CORRUPTION

Philip Morris Asia Limited vs. La Confederación de Australia (§§ 584-588). Asimismo, este desarrollo es recogido en los laudos dictados el 13 de agosto de 2009 en el caso *Ciadi Europe Cement Investment & Trade S.A. vs. República de Turquía* (§§ 167 y 174-175); el 14 de abril de 2010 en el caso *Ciadi Saba Fakes vs. República de Turquía* (§ 44); y el 2 de junio de 2016 en el caso *Ciadi Transglobal Green Energy, LLC y Transglobal Green Panamá, S.A. vs. República de Panamá* (§§ 116-118).

De otro lado, algunos tribunales arbitrales desestimaron las demandas por violación del principio de la buena fe al tratarse de un asunto de política pública internacional que, a su vez, comprende principios de moralidad aceptados por la comunidad internacional. Como ejemplos podemos citar los laudos dictados el 2 de agosto de 2006 en el caso *Ciadi Inceysa Vallisoletana, S. L. vs. República de El Salvador* (§ 249); el 4 de octubre de 2006 en el caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia* (§§ 139 y 179); y el 27 de agosto de 2008 en el caso *Ciadi Plama Consortium Limited vs. República de Bulgaria* (§§ 141-143).

Para culminar con el desarrollo de este punto, podemos señalar que, dependiendo de las características del caso, al declararse incompetentes o inadmisibles las demandas, los tribunales arbitrales brindan a los Estados demandados la oportunidad de evadir el cumplimiento de los tratados de inversión sin percatarse de que dichas decisiones refuerzan indirectamente la corrupción. Cabe mencionar que no es necesario esperar el reconocimiento universal de la doctrina de *clean hands* como norma del derecho internacional —discusión que analizaremos a continuación— para que su efecto permita evaluar la conducta de los Estados demandados, puesto que el propio deber de los árbitros internacionales impide que los asuntos concernientes a la lucha internacional contra la corrupción sean ignorados.

III.3. Los principios generales del derecho internacional y la doctrina de *clean hands*

Debido a la falta de un consenso universal para el reconocimiento de la doctrina de *clean hands*, existe un gran debate académico y jurisprudencial sobre la calificación de esta doctrina como fuente del derecho internacional, de conformidad con lo señalado en el artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (Le Moullec, 2018, p. 16). Aun cuando esta doctrina no es descrita por ningún tratado ni costumbre internacional (Crawford, 1999, p. 336), sí constituye un principio general de derecho en varias legislaciones nacionales. No obstante, en calidad de principio jurídico nacional, no produce los mismos efectos jurídicos de los principios generales del derecho internacional, puesto que estos últimos son exclusivos de la legislación internacional (Dumberry, 2020, p. 200).

La doctrina de *clean hands* no ha sido rechazada ni desacreditada como principio general del derecho internacional por la Corte Internacional de Justicia (Kreindler, 2010, p. 318); más bien, esta no se ha pronunciado al respecto. Recientemente, en la sentencia del 13 de febrero de 2019 sobre excepciones preliminares de la causa relativa a ciertos activos iraníes (*República Islámica del Irán vs. Estados Unidos de América*), la Corte consideró que dicha doctrina no constituía fundamento suficiente para objetar la admisibilidad de la demanda (§ 122). Este debate también existe en los arbitrajes internacionales de inversión, donde se generan distintos tipos de argumentos favorables y en contra, o algunos tribunales simplemente evitan pronunciarse al respecto.

Los tribunales arbitrales han empleado la doctrina de *clean hands* de manera discrecional para decidir sobre su jurisdicción, la admisibilidad de la demanda y la legalidad de la inversión. Debido a esta reiterada aplicación, podría decirse que en el sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados existe una tendencia a reconocer a la doctrina de *clean hands* como principio general del derecho internacional (Llamzom, 2015, p. 317). Sin embargo, con el laudo dictado el 18 de julio de 2014 en el caso *Cnudmi Yukos vs. Rusia*, en el cual se afirmó que la doctrina no es principio general del derecho internacional (§ 1363), esa tendencia tuvo un retroceso, ya que se produjeron laudos con pronunciamientos similares. Prueba de ello es el laudo dictado el 22 de noviembre de 2018 en el caso *Cnudmi South American Silver vs. Bolivia*, que tampoco reconoció a dicha doctrina como norma del derecho internacional (§§ 448 y 453).

Como se advierte, no existe consenso en cuanto al reconocimiento de la doctrina de *clean hands* como principio general del derecho internacional. En ese sentido, su aplicación no ha sido constante porque los tribunales arbitrales la han asociado más con el requisito de legalidad de las inversiones, la política pública internacional y la buena fe.

Por el contrario, los tratados anticorrupción sí tienen efectos jurídicos internacionales y, a pesar de ello, no son aplicados plenamente por los tribunales arbitrales para determinar la responsabilidad internacional de los Estados. Más allá del hecho de que la conformación de los tribunales arbitrales tenga como origen la voluntad de las partes, consideramos que, como administradores de justicia, los tribunales arbitrales de inversión tienen el deber de garantizar y promover tanto el respeto como la correcta aplicación del derecho internacional, incluidos los tratados anticorrupción. Además, estos tribunales deberían tener en consideración los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de 2001 (en adelante, *Arhii*), elaborados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, a efectos de evitar decisiones incongruentes que potencial

e indirectamente podrían incentivar la corrupción, debilitando los esfuerzos de la lucha internacional anticorrupción.

IV. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Con excepción de la más reciente generación de tratados de inversión mencionados en la sección II, la gran mayoría de estos instrumentos internacionales no fueron diseñados con disposiciones expresas que prohíban cualquier acto de corrupción en la relación inversionista-Estado. Esta falta de regulación, sin embargo, no es excusa para que los tribunales de inversión acepten sin mayor análisis los planteamientos de defensa por corrupción y absuelvan a los Estados demandados de toda responsabilidad internacional.

En la mayoría de los casos, el reconocimiento de la existencia de corrupción en las inversiones extranjeras significa la participación de las dos partes, inversionista y Estado, en la comisión de dicho ilícito, con mayor o menor responsabilidad de cada una, dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por lo tanto, en muchos de ellos existe una responsabilidad compartida.

Para las situaciones probadas de inversiones extranjeras ilegales, los Arehii brindan incuestionables fundamentos que deben ser utilizados para evaluar si por la corrupción de tales inversiones sobreviene igualmente la responsabilidad internacional de los Estados demandados. Recordemos, que estos Arehii siguen —en parte— la teoría objetiva o estricta, la cual sostiene que únicamente es relevante el incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de los Estados, independientemente de si los comportamientos ilícitos de sus agentes u órganos fueron realizados con dolo o culpa (Novak & García-Corrochano, 2016, pp. 394 y 396).

En vista de que los Arehii desarrollan lo relativo a la atribución de dicha responsabilidad y las situaciones de incumplimiento de las obligaciones internacionales, se puede señalar lo siguiente sobre la responsabilidad internacional de los Estados: a) esta se produce por la violación de obligaciones internacionales; b) las acciones u omisiones que desencadene dicha violación son atribuibles directamente a los Estados, de conformidad con el derecho internacional; y c) la violación no debe producirse bajo situaciones excepcionales.

En relación al sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, específicamente dentro del mecanismo Ciadi, al parecer podrían existir dos vías para generar responsabilidad internacional de los Estados: por violación de su Convenio y por el incumplimiento

de los tratados de inversión (Douglas, 2010, p. 816). Debido a estas circunstancias, autores como Llamzon (2014) califican al derecho internacional de las inversiones como un subsistema o sistema especializado de responsabilidad internacional (p. 245). Sin embargo, a partir del caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia*, donde el tribunal arbitral calificó los actos corruptos kenianos en base a legislaciones nacionales, es escasa la discusión arbitral sobre la responsabilidad internacional de los Estados demandados por corrupción de los funcionarios públicos.

La falta de un adecuado análisis sobre los puntos de conexión entre el derecho internacional de las inversiones, el derecho internacional anticorrupción y la responsabilidad internacional de los Estados se ha visto reflejada en diversos laudos sobre inversiones. Por consiguiente, creemos que los futuros arbitrajes internacionales de inversión deberán hacer una mejor aplicación de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en el análisis del cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados y en los supuestos de corrupción de funcionarios públicos.

IV.1. Responsabilidad internacional por corrupción de los funcionarios públicos

Como se ha mencionado, las disposiciones de los Arehii son esenciales en el análisis que deben realizar los tribunales de inversión sobre la responsabilidad de los Estados demandados por la corrupción de sus funcionarios públicos. Consideramos que estas disposiciones pueden aplicarse para analizar si las conductas corruptivas de los agentes u órganos autorizados de dichos Estados, incluso cuando exceden su autoridad o contravienen las instrucciones de sus funciones, constituyen una violación de obligaciones internacionales y si directamente les son imputables o no a los Estados demandados.

Por otro lado, los Arehii admiten el nexo entre las acciones u omisiones de los funcionarios públicos y los Estados demandados, sin reparar en ninguna distinción de jerarquías o clasificaciones estatales. En esa línea, los Arehii no eximen de responsabilidad internacional a los Estados por los actos *ultra vires* de sus funcionarios públicos siempre que estos hayan actuado como tales, aun si sus motivos fueron impropios de sus cargos.

De acuerdo con el artículo 12 de los Arehii, un Estado incumple una obligación internacional cuando, con sus actos, la contradice. Esta última puede tener su origen en una norma, costumbre, principio general internacional o cualquier otra fuente del derecho internacional que regule las conductas de los Estados. En las demandas por corrupción en la ejecución de inversiones extranjeras, los Estados demandados tendrían responsabilidad internacional por incumplir sus deberes de

prevención, criminalización y erradicación de la corrupción, siempre y cuando tales incumplimientos sean comprobables.

Igualmente, consideramos que los Estados demandados estarían bajo responsabilidad internacional por la conducta corruptiva de sus agentes, funcionarios públicos o representantes —si estos solicitaran y aceptaran sobornos para asegurar y mantener las inversiones extranjeras, o extorsionaran a los inversionistas extranjeros en beneficio propio— por infringir los estándares de protección de los tratados de inversión. Ello se debe a que estos principios están estrechamente vinculados con la transparencia, la buena fe, el cumplimiento de las legislaciones nacionales y la debida diligencia, sin ningún tipo de coacción ni restricción, que rigen la relaciones inversionistas-Estados.

No se debe olvidar que es justamente deber de los tribunales arbitrales conocer, interpretar y aplicar adecuadamente el derecho internacional a los casos de corrupción en las inversiones extranjeras. Por considerar a la corrupción como un tema complejo en los arbitrajes internacionales de inversión, cada omisión a ese deber por parte de los tribunales arbitrales puede generar efectos contraproducentes en la lucha anticorrupción.

Para remediar esta situación, una de las tantas soluciones que se discute en la doctrina sobre cómo los tribunales arbitrales deberían abordar dicho ilícito es la referida al principio general del derecho internacional *nullus commodum capere de sua injuria propria* o «nadie puede aprovecharse de su propio error». Con su aplicación, estos tribunales impedirían que los Estados demandados que de alguna forma hayan tenido participación en los hechos de corrupción invoquen y obtengan cierto beneficio con la defensa de corrupción —es decir, mediante la doctrina de *clean hands*—, puesto que esta forma de ejercicio de su derecho a la defensa equivaldría al reconocimiento de su responsabilidad internacional por la corrupción de sus propios funcionarios públicos (Devendra, 2019, pp. 276-277).

Debido a las particularidades de la competencia y las facultades de los tribunales de inversión, ellos no podrían imputar responsabilidad penal a los que estuviesen identificados en la comisión de los delitos de corrupción. Pese a ello, no creemos que la ausencia de este poder les impida desempeñar sus funciones dentro de sus respectivas competencias en materia de inversión. Sus facultades como tribunales de inversión les permiten esclarecer los actos corruptivos de las partes, evaluarlos de manera incidental, así como emitir laudos definitivos, vinculantes y ejecutables, específicamente en cuanto a la relación inversionista-Estado.

IV.2. Análisis de laudos arbitrales de inversión en los que se trató el tema corrupción en la relación inversionista-Estado

Cuando los tribunales de inversión rechazan la jurisdicción o declaran la inadmisibilidad de las demandas por corrupción en las inversiones, exoneran de responsabilidad internacional a los Estados demandados. Estas decisiones ocasionan la inestabilidad del Estado de derecho internacional y la vulneración del ejercicio y el goce de los derechos humanos (Resolución 1/18, 2018).

A pesar de que existe un significativo número de laudos arbitrales que van en ese sentido, ciertos tribunales arbitrales se han pronunciado de manera esporádica con relación a la responsabilidad internacional de los Estados demandados. Estos casos permiten que el debate doctrinario sobre la responsabilidad internacional de los Estados por la corrupción de sus funcionarios públicos sea más objetivo, razón por la que pasamos a analizarlos a continuación.

IV.2.1. Caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia*

Mediante el laudo dictado el 4 de octubre de 2006 en el caso *Ciadi World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia*, el tribunal arbitral decidió la inadmisibilidad de la demanda por la corrupción en las inversiones, ilegalidad que contraviene la política pública internacional (§ 157). Además, sostuvo que la donación tradicional *Harambee* entregada al presidente Moi de Kenia (§ 110) era un soborno encubierto (§ 167). Bajo la legislación de Kenia, este delito no podía ser imputado al Estado demandado, aun si la recepción del soborno fue comprobada (§§ 169-170). La propia demandante acusó de corrupción al Estado demandado y argumentó que no consideraba la ilegalidad de la donación, puesto que la calificaba como una práctica rutinaria operacional para conseguir dicho contrato (§ 130).

Esta disputa *Ciadi* se presentó de conformidad con la cláusula arbitral contenida en un contrato de arrendamiento —por diez años renovables— suscrito por *World Duty Free Co. Ltd.* y Kenia para la construcción, mantenimiento y operación de tiendas *duty free* en los aeropuertos de Nairobi y Mombasa a partir del 1 de julio de 1990. En ese año, *World Duty Free Co. Ltd.* inició sus operaciones con una inversión de más de USD 27 millones (2006, §§ 62-67). En 1992, el presidente Moi solicitó al inversionista que lo apoyara en la obtención de fondos externos para su campaña electoral a través de un fraude masivo vinculado con la exportación de oro y diamantes (§ 68).

World Duty Free Co. Ltd. enfrentó las represalias de Kenia para eliminar ciertas pruebas de dicho fraude: tomaron las propiedades, la administración y encarcelaron a su representante (2006, §§ 70-73).

EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL
DE INVERSIONES
Y LA LUCHA
INTERNACIONAL
CONTRA LA
CORRUPCIÓN

INTERNATIONAL
INVESTMENT
ARBITRATION AND
THE INTERNATIONAL
FIGHT AGAINST
CORRUPTION

Por ello, en el año 2000, la compañía presentó una solicitud de arbitraje contra Kenia, teniendo como ley aplicable tanto el ordenamiento jurídico de Reino Unido como el del país africano (§ 158). El Estado demandado rechazó la demanda alegando la ilegalidad de las inversiones (§ 158), ya que, antes de la suscripción del contrato, se había entregado al presidente Moi la mencionada donación tradicional.

Aun cuando el soborno ocurrió antes del cierre del contrato de arrendamiento, el tribunal arbitral Ciadi solo se limitó a expresar su preocupación por la inexistencia de investigación y proceso en los foros nacionales contra Moi (2006, § 180). Además, declaró que el comportamiento corruptivo de la máxima autoridad y representante de Kenia no le era atribuible al Estado demandado, postura que le permitió a este último liberarse de toda responsabilidad internacional.

IV.2.2. Caso Ciadi *Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán*

En el laudo del 4 de octubre de 2013 de este caso Ciadi, el tribunal arbitral desestimó la demanda fundamentando su negativa de ejercer jurisdicción tras verificar la contaminación de la inversión con corrupción. En salvaguarda de garantizar el Estado de derecho, este tribunal arbitral prefirió no otorgar protección internacional al inversionista demandante por estar involucrado en prácticas de corrupción (§ 389).

Durante el transcurso del año 2000, la inversionista Metal-Tech Ltd. constituyó el *joint-venture* JV Uzmetal Technology junto a las empresas estatales de Uzbekistán —AGMK y UzKTJM— para desarrollar y operar una moderna planta de producción de molibdeno (2013, § 7). Su inversión oscilaba los USD 17,5 millones (§ 12). En 2006, Uzbekistán inició un proceso penal contra la *joint-venture* por los cargos de abuso de autoridad y daños contra el Estado. Paralelamente, derogó todos los derechos de exclusividad de la *joint-venture* sobre la exportación de óxido de molibdeno refinado (§§ 37-38). Al año siguiente, UzKTJM inició un proceso legal contra JV Uzmetal Technology por el cobro de dividendos y un proceso de quiebra, demanda que fue declarada fundada en 2009 (§ 52).

Metal-Tech Ltd. presentó su solicitud de arbitraje en 2010, a fin de que se declare el incumplimiento por parte de Uzbekistán de los principios de trato justo y equitativo, seguridad y protección plenas, garantías y medidas de protección, entre otros estándares (2013, § 55). Uzbekistán rechazó todas las pretensiones de la demanda alegando que Metal-Tech Ltd. prometió un pago por la aprobación del proyecto de la planta (§ 195). Esta última negó esta versión, aunque luego reconoció que gastó cerca de USD 4 millones en consultorías entre 2001 y 2007. Asimismo, reconoció que dio un préstamo en 1998 (§ 197), siendo uno de los beneficiarios un funcionario público: el hermano del primer ministro de Uzbekistán.

Ante esta declaración de la inversionista demandante, el tribunal arbitral Ciadi exigió explicaciones (2013, § 239) y solicitó documentos adicionales sobre los montos desembolsados entre las partes. Ante ello, Metal-Tech Ltd. no cumplió con la orden y buscó modificar su versión (§§ 256 y 265). Teniendo en cuenta la conducta procesal de la demandante, así como el exceso en el pago de las consultorías, dicho tribunal declaró la ilegalidad de la inversión (§§ 372-373). No obstante, aunque Uzbekistán no fue declarado directamente responsable de corrupción, el tribunal arbitral —en este caso Ciadi— reconoció que el Estado tuvo participación en la ilegalidad de la inversión. Por esa razón, decidió una división de los costos del procedimiento arbitral entre las partes (§ 422).

IV.2.3. Caso Ciadi *Spentex Netherlands vs. Uzbekistán*

En este caso Ciadi, cuyo laudo, dictado el 27 de diciembre de 2016, aún no es público, el tribunal arbitral al parecer no consideró la presencia de responsabilidad internacional de Uzbekistán por la corrupción de sus funcionarios públicos. Sin embargo, declaró que ambas partes estaban involucradas en corrupción y llamó la atención al Estado uzbeko por no revelar los nombres de los funcionarios públicos implicados en corrupción.

Al igual que en el caso Ciadi *Metal-Tech Ltd. vs. Uzbekistán*, se desestimó la demanda y se estableció una división de los costos de la disputa de manera bastante original: el tribunal arbitral recomendó al Estado demandado que donara USD 8 millones a un fondo anticorrupción del Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. En caso de incumplimiento, el tribunal arbitral emitiría una decisión de pago adicional al monto inicial de los costos del procedimiento arbitral (Alekhim & Shmatenko, 2018, p. 178).

IV.2.4. Caso Ciadi *F-W Oil Interests, Inc. vs. República de Trinidad y Tobago*

En el laudo dictado el 3 de marzo de 2006 se describe cómo F-W Oil Interests, Inc. acusó de corrupción y represalia a Trinidad y Tobago tras negarse a pagar una solicitud de soborno por USD 1,5 millones a cambio de adquirir una licitación para remodelar los campos de petróleo y gas Southwest y West Soldado, ubicados en altamar. Dicha solicitud, fue hecha durante las negociaciones del proyecto de remodelación. En vista de que F-W Oil Interests, Inc. no probó la corrupción de los funcionarios públicos de Trinidad y Tobago, el tribunal arbitral Ciadi rechazó la demanda, argumentando que los gastos realizados por la demandante durante la etapa precontractual no constituían una inversión (2006, § 213).

A inicios del año 2000, Trinmar, una subsidiaria de la compañía estatal Petrotrin, invitó a F-W Oil Interests, Inc. a participar en la licitación de remodelación, la cual ganó, a pesar de que fue amenazada con el retiro de su propuesta si no cumplía con entregar el soborno solicitado. Aun cuando F-W Oil Interests, Inc. se comprometió a invertir más USD

60 millones en Trinidad y Tobago, las coacciones continuaron hasta que Trinmar se retiró del proceso de licitación.

Debido a los hechos descritos, incluida la solicitud de soborno, F-W Oil Interests, Inc. presentó una solicitud de arbitraje contra Trinidad y Tobago por violar sus derechos previstos en el contrato de licitación y en el tratado bilateral de inversión aplicable, además de causarle daños y pérdidas sustanciales debido a las inversiones realizadas durante el proceso de licitación (2006, § 106). Trinidad y Tobago respondió señalando que dicha inversión no se produjo (§ 107), y alegó la mala conducta y deshonestidad de F-W Oil Interests, Inc. (§ 210).

El tribunal arbitral de este caso Ciadi concluyó que, por la inexistencia de inversión, Trinidad y Tobago no era responsable por las acciones u omisiones de sus funcionarios públicos (2006, § 207). Por otro lado, frente al retiro de F-W Oil Interests, Inc. de todas las acusaciones de corrupción (§ 210), el tribunal arbitral consideró que no tenía motivos para pronunciarse sobre tales acusaciones (§ 211).

IV.2.5. *Caso Ciadi Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. vs. República de Perú*

Las empresas Lucchetti eran propietarias de una planta de fabricación y venta de pastas ubicada en el área natural protegida de los Pantanos de Villa. En 1997, la Municipalidad de Lima ordenó a las empresas paralizar la construcción de la planta por infringir normas ambientales. Al año siguiente, dicha Municipalidad declaró nulas la licencia de construcción y otras autorizaciones de la planta. En respuesta, Lucchetti interpuso demandas de acción de amparo y medidas cautelares contra el Consejo Provincial, el alcalde de la Municipalidad de Lima y el Consejo de la Municipalidad Distrital de Chorrillos. En el contexto de corrupción de finales de la década de los años noventa en el Perú, todos estos procesos culminaron a favor de las empresas Lucchetti, lo cual les permitió terminar la construcción de la planta y funcionar sin impedimentos hasta el 2001.

Ese año, la Municipalidad de Lima revocó la licencia de funcionamiento de las empresas Lucchetti y dispuso su clausura definitiva, alegando el incumplimiento de los reglamentos de zonificación y ambientales necesarios para la operación de la planta. La decisión de la Municipalidad también se refirió a las decisiones judiciales a favor de esas empresas, considerando que fueron dictadas en un contexto de corrupción.

En 2002, las empresas Lucchetti interpusieron una solicitud de arbitraje contra el Perú por incumplir tres disposiciones del convenio bilateral de inversiones aplicable, específicamente los estándares de trato justo y equitativo, trato nacional y trato de la nación más favorecida, además de por la expropiación ilegal, discriminatoria y sin compensación (Saco, 2016, p. 657).

El Estado peruano objetó la jurisdicción del tribunal arbitral Ciadi alegando que la controversia era previa a la entrada en vigor del Convenio ya mencionado. En el laudo dictado el 7 de febrero de 2005, el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer el fondo de la controversia sobre la base de la objeción de falta de competencia *ratione temporis* —controversia anterior al Convenio— (2005, § 59), eligiendo no pronunciarse sobre las alegaciones de corrupción y su impacto en la inversión.

V. REFLEXIONES FINALES

En la gran mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión, la corrupción en las inversiones es un asunto que no es examinado con la debida diligencia y profundidad. Los tribunales arbitrales evitan pronunciarse y deciden, en su mayoría, declarar la ausencia de jurisdicción o la inadmisibilidad de la demanda, posición que consideramos errónea puesto que la corrupción no se produce de manera unilateral, sino que existe usualmente responsabilidad compartida entre los inversionistas y los Estados.

Por ello, resulta preocupante que decisiones arbitrales, tomadas en el marco del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, puedan indirectamente obstaculizar la lucha internacional anticorrupción al eximir a los Estados demandados de toda responsabilidad internacional por la corrupción de sus funcionarios públicos, ello como consecuencia de la aplicación casi automática de doctrinas como la de *clean hands* o la ilegalidad de la inversión.

Consideramos que el deber de garantizar y promover el respeto y la correcta aplicación del derecho internacional en su conjunto es la herramienta primordial que tienen los tribunales arbitrales de inversión al enfrentar acusaciones y defensas de corrupción entre las partes. Por otro lado, para evitar incongruencias que pudieran existir en la aplicación de los tratados de inversión y los tratados anticorrupción, los tribunales arbitrales deben considerar las disposiciones del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y ser muy cautelosos y rigurosos en el análisis de los Arehii de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas de 2001.

Si se llegara a comprobar el comportamiento corruptivo de los funcionarios públicos, los tribunales arbitrales de inversión deben evaluar la responsabilidad internacional de los Estados demandados por el incumplimiento de los respectivos tratados de inversión y las obligaciones internacionales sobre la lucha anticorrupción, sin perjuicio de la responsabilidad de los inversionistas demandantes en la comisión de los delitos de corrupción.

De esta manera, las defensas relativas a la existencia de corrupción —*clean hands* o ilegalidad de la inversión—, usualmente invocadas por los Estados demandados, dejarían de ser utilizadas con el principal objetivo de evadir sus propias responsabilidades internacionales y pasarían a ser una defensa legítima para los casos en que la corrupción efectivamente se deba a un acto de exclusiva responsabilidad del inversionista, y no compartida o de responsabilidad exclusiva del Estado.

REFERENCIAS

Alekhin, S., & Shmatenko, L. (2018). Corruption in Investor-State Arbitration – It Takes Two to Tango. En A. V. Asoskov, A. I. Muranov y R. M. Khodykin (eds.), *New Horizons of International Arbitration* (vol. 4, pp. 150-179). Moscú: Association of Private International and Comparative Law Studies.

Ascensio, H. (2014). Abuse of Process in International Investment Arbitration. *Chinese Journal of International Law*, 13(4), 763-785. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmu040>

Betz, K. (2018). Arbitration and Corruption: A Toolkit for Arbitrators. *Journal of Anti-Corruption*, 2(2), 183-195.

Bjorklund, A. K., & Reinisch, A. (2012). Introduction: The ILA Study Group on the Role of Soft Law Instruments in International Investment Law. En A. K. Bjorklund y A. Reinisch (eds.), *International Investment Law and Soft Law* (pp. 1-38). Cheltenham: Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781781003220.00006>

Bonell, M. J., & Meyer, O. (2015). The Impact of Corruption on International Commercial Contracts-General Report. En M. J. Bonell y O. Meyer (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts* (pp. 1-36). Cham: Springer International. https://doi.org/10.1007/978-3-319-19054-9_1

Cámara de Comercio Internacional (CCI). (2011). *Reglas de la ICC para Combatir la Corrupción*. París: Comisión de la ICC de Responsabilidad Corporativa y Anticorrupción.

Cámara de Comercio Internacional (CCI). (2012). *Cláusula ICC contra la corrupción*. París: Comisión de ICC de Responsabilidad Empresarial y contra la Corrupción, Comisión de ICC de Derecho y Prácticas Mercantiles.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Cnucyd). (2020). The Changing IIA Landscape: New Treaties and Recent Policy Developments. *IIA Issues Note*, (1). Recuperada de <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d4.pdf>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Cnucyd). (2020a). Investor-State Dispute Settlement Cases Pass the 1,000 Mark: Cases and Outcomes in 2019. *IIA Issues Note*, (2). Recuperada de <https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6.pdf>

Crawford, J. R. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law* (8va edición). Oxford: Oxford University Press.

Cremades, B. M. (2012). Good Faith in International Arbitration. *American University International Law Review*, 27(4), 761-788.

De Alba, M. (2015). Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration. *Revista de Direito Internacional*, 12(1), 321-337. <https://doi.org/10.5102/rdi.v12i1.3476>

Devendra, I. C. (2019). State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration. *Journal of International Dispute Settlement*, 10(2), 248-287. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idz006>

Douglas, Z. (2010). Investment Treaty Arbitration and ICSID. En J. R. Crawford, A. Pellet y S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility* (pp. 815-842). Oxford: Oxford University Press.

Dumberry, P. (2016). State of Confusion: The Doctrine of 'Clean Hands' in Investment Arbitration After the Yukos Award. *The Journal of World Investment & Trade*, 17(2), 229-259. <https://doi.org/10.1163/22119000-01702002>

Dumberry, P. (2020). The Emergence of the Concept of 'General Principle of International Law' in Investment Arbitration Case Law. *Journal of International Dispute Settlement*, 11(2), 194-216. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idz027>

Giorgetti, C., Létourneau-Tremblay, L., Behn, D., & Langford, M. (2020). Reforming International Investment Arbitration: an Introduction. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, 18(3), 303-313. <https://doi.org/10.1163/15718034-12341406>

Kaufmann-Kohler, G. (2010). Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 283-299. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq009>

Kreindler, R. (2010). Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine. En K. Hobér, A. Magnusson y M. Öhrström (eds.), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke* (pp. 309-328). Nueva York: JurisNet.

Kryvoi, Y. (2018). Economic Crimes in International Investment Law. *International and Comparative Law Quarterly*, 67(3), 577-605. <https://doi.org/10.1017/S0020589318000131>

Le Moullec, C. (2018). The Clean Hands Doctrine: A Tool for Accountability of Investor Conduct and Inadmissibility of Investment Claims. *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 84(1), 13-37.

Llamzon, A. P. (2014). *Corruption in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.

Llamzon, A. (2015). Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation: The State of the 'Unclean Hands' Doctrine in International Investment Law: Yukos as both Omega and Alpha. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 30(2), 315-325. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siv014>

Low, L. (2019). Dealing with Allegations of Corruption in International Arbitration. *AJIL Unbound*, 113, 341-345. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.61>

Nadakavukaren Schefer, K. (2020). Crime in International Investment Arbitration. En J. Chaisse Julien, L. Choukroune y S. Jusohet (eds.), *Handbook of International Investment Law and Policy* (pp. 1-35). Singapur: Springer Nature. https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_47-1

Novak, F., & García-Corrochano, L. (2016). *Derecho Internacional Público* (vol. II). Lima: Thomson Reuters.

Rose, C. (2015). *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*. Oxford: Oxford University Press.

Saco, V. (2016). The Secret of Peru's Success before the ICSID: Dispelling the Idea that the Investor-State Dispute Settlement System is a Danger for Developing Countries. En A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco y P. Turrini (eds.), *International Investment Law in Latin America* (pp. 654-670). Leiden: Brill Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004311473_024

Saco, V., & Torres, P. (2018). ¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? Propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos. *Agenda Internacional*, 25(36), 217-233. <https://doi.org/10.18800/agenda.201801.011>

Sipiorski, E. (2019). *Good Faith in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1017/S0922156520000448>

Transparencia Internacional. (2009). *Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*. Berlín: Secretaría Internacional de Transparencia Internacional.

Wood, T. (2018). State Responsibility for the Acts of Corrupt Officials: Applying the 'Reasonable Foreign Investor' Standard'. *Journal of International Arbitration*, 35(1), 103-117.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Abaclat y otros vs. República de Argentina. Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, N° ARB/07/5 (Ciadi, 4 de agosto de 2011).

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República Cooperativa de Guyana de 2018.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile de 2015.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Colombia de 2015.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador de 2019.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República Democrática Federal de Etiopía de 2018.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de India de 2020.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Surinam de 2018.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Emiratos Árabes Unidos de 2019.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Malawi de 2015.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y el Reino de Marruecos de 2019.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y el Gobierno de la República de Angola de 2015.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre el Gobierno de la República Federativa del Brasil y el Gobierno de la República de Mozambique de 2015.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos de 2015.

Acuerdo de Inversión entre el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular de China y el Gobierno de la República de Chile de 2016.

Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia de 2008.

Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil de 2015.

Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos de 2006.

Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos de 2006.

Acuerdo entre la República de Argentina y Japón para la Promoción, Protección y Liberalización de la Inversión de 2018.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones de 2014.

Acuerdo entre Japón y la República de Colombia para la Promoción, Protección y Liberalización de la Inversión de 2011.

Acuerdo entre Japón y la República de Perú para la Promoción, Protección y Liberalización de la Inversión de 2008.

Acuerdo entre Japón y la República Oriental de Uruguay para la Promoción, Protección y Liberalización de la Inversión de 2015.

Alasdair Ross Anderson et al. vs. República de Costa Rica. Laudo, N° ARB (AF)/07/3 (Ciadi, 19 de mayo de 2010).

Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Comisión de Derecho Internacional de la ONU, 2001).

Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. vs. República de Azerbaiyán. Laudo Final, N° ARB/06/15 (Ciadi, 8 de septiembre de 2009).

Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorrier y Michael Stein vs. República Italiana. Laudo Final, N° ARB/14/3 (Ciadi, 27 de diciembre de 2016).

Causa relativa a ciertos activos iraníes (*República Islámica del Irán vs. Estados Unidos de América*). Sentencia sobre Excepciones Preliminares (CIJ, 13 de febrero de 2019).

Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd vs. República de Indonesia. Laudo Final, N° ARB/12/14 y 12/40 (Ciadi, 6 de diciembre de 2016).

Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y Lucha contra la Corrupción de 2003.

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. *Status of Treaties*, 2(XXIII), 1-42. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf

Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996.

Convención sobre la Lucha contra el soborno de los Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (OCDE, 1997).

Convenio Civil sobre Corrupción del Consejo de Europa de 1999. Versión en español del 31 de marzo de 2010. *Diario Oficial Boletín Oficial del Estado*, (78), 29967-29974. [https://www.boe.es/eli/es/ai/1999/11/04/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1999/11/04/(1))

Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1999.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965.

Copper Mesa Mining Corporation vs. República de Ecuador, N° 2012-2. Laudo (Cnudmi, CPA, 15 de marzo de 2016).

David Minnotte & Robert Lewis vs. República de Polonia. Laudo, N° ARB (AF)/10/1 (Ciadi, 16 de mayo de 2014).

Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social (enmendada el 2017).

Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. vs. República de Perú. Laudo, N° ARB/03/4 (Ciadi, 7 de febrero de 2005).

EDF (Services) Limited vs. Rumania. Laudo, N° ARB/05/13 (Ciadi, 8 de octubre de 2009).

Europe Cement Investment & Trade S.A. vs. República de Turquía. Laudo Final, N° ARB(AF)/07/2 (Ciadi, 13 de agosto de 2009).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (I) vs. República de las Filipinas. Laudo, N° ARB/03/25 (Ciadi, 16 de agosto de 2007).

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (II) vs. República de las Filipinas. Laudo, N° ARB/11/12 (Ciadi, 10 de diciembre de 2014).

F-W Oil Interests, Inc. vs. República de Trinidad y Tobago. Laudo, N° ARB/01/14 (Ciadi, 3 de marzo de 2006).

Gustav F W Hamster GmbH & Co KG vs. República de Ghana. Laudo, N° ARB/07/24 (Ciadi, 18 de junio de 2010).

Hesham Talaat M. Al-Warraq vs. República de Indonesia. Laudo Final (Cnudmi, arbitraje Ad hoc, 15 de diciembre de 2014).

Inceysa Vallisoletana, S. L. vs. República de El Salvador. Laudo, N° ARB/03/26 (Ciadi, 2 de agosto de 2006).

Informe de la Comisión de Derecho Internacional del 57° periodo de sesiones de 2005.

Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (revisadas el 2011).

Malicorp Limited vs. República Árabe de Egipto. Laudo N° ARB/08/18 (Ciadi, 7 de febrero de 2011).

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. vs. República de Albania. Laudo, N° ARB/11/24 (Ciadi, 30 de marzo de 2015).

Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán. Laudo Final, N° ARB/10/3 (Ciadi, 4 de octubre de 2013).

Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América. Laudo Final del Tribunal sobre Jurisdicción y Fondo (Cnudmi, Arbitraje Ad hoc, 3 de agosto de 2005).

Niko Resources Bangladesh vs. República Popular de Bangladesh —Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (Bapex), y Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (PetroBangla)—. Decisión de Jurisdicción, N° ARB/10/11 y N° ARB/10/18 (Ciadi, 19 de agosto de 2013).

Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador. Decisión sobre Jurisdicción, N° ARB/09/12 (Ciadi, 1 de junio de 2012).

Pacto Mundial de las Naciones Unidas de 2000.

Philip Morris Asia Limited vs. La Confederación de Australia. Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, N° 2012-12 (Cnudmi, CPA, 17 de diciembre de 2015).

Phoenix Action, Ltd. vs. República Checa. Laudo, N° ARB/06/5 (Ciadi, 15 de abril de 2009).

Plama Consortium Limited vs. República de Bulgaria. Laudo, N° ARB/03/24 (Ciadi, 27 de agosto de 2008).

Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar», aprobados por el Consejo de Derechos Humanos mediante Resolución A/HRC/RES/17/4 (2011).

Proyecto OCDE/G20 de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de 2015.

Renée Rose Levy y Gremcitel S.A. vs. República del Perú. Laudo, N° ARB/11/17 (Ciadi, 26 de febrero de 2015).

Resolución 1/18 sobre Corrupción y Derechos Humanos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la ONU, 2018).

Ronald S. Lauder vs. República Checa. Laudo Final (Cnudmi, arbitraje Ad hoc, 3 de septiembre de 2001).

RSM Production Corporation vs. Granada. Laudo Final, N° ARB/05/14 (Ciadi, 13 de marzo de 2009).

RSM Production Corporation y otros vs. Granada. Laudo, N° ARB/10/6 (Ciadi, 10 de diciembre de 2010).

Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. República de Kazajistán. Laudo, N° ARB/05/16 (Ciadi, 29 de julio de 2008).

Saba Fakes vs. República de Turquía. Laudo, N° ARB/07/20 (Ciadi, 14 de abril de 2010).

Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. (I) vs. Reino de Marruecos. Decisión sobre Jurisdicción, N° ARB/00/4 (Ciadi, 31 de julio de 2001).

Sahuka Investments BV vs. República Checa. Laudo Parcial (Cnudmi, CPA, 17 de marzo de 2006).

SAUR International vs. República de Argentina. Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad, N° ARB/04/4 (Ciadi, 6 de junio de 2012).

ST-AD GmbH (Alemania) vs. República de Bulgaria, Laudo sobre Jurisdicción. N° 2011-06 (Cnudmi, CPA, 18 de julio de 2013).

South American Silver Limited vs. Bolivia. Laudo, N° 2013-15 (Cnudmi, CPA, 22 de noviembre de 2018).

Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos de América. Laudo, N° ARB (AF)/00/2 (Ciadi, 29 de mayo de 2003).

Tokios Tokelés vs. Ucrania. Decisión sobre Jurisdicción, N° ARB/02/18 (Ciadi, 29 de abril de 2004).

Transglobal Green Energy, LLC y Transglobal Green Panamá, S.A. vs. República de Panamá. Laudo, N° ARB/13/28 (Ciadi, 2 de junio de 2016).

Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Honduras de 2013.

Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Panamá de 2010.

Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República del Perú de 2008.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica de 2013.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Panamá de 2013.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras de 2007.

Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos de 2004.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Nicaragua y la República de China (Taiwán) de 2006.

Tratado de Promoción Comercial Estados Unidos - Panamá de 2007.

Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico de 2018.

Tratado sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno del Estado de Qatar de 2016.

Unión Fenosa Gas, S.A vs. República Árabe de Egipto. Laudo del Tribunal, N° ARB/14/4 (Ciadi, 31 de agosto de 2018).

Vladislav Kim y otros vs. República de Uzbekistán. Decisión de Jurisdicción, N° ARB/13/6 (Ciadi, 8 de marzo de 2017).

Wena Hotels Ltd. vs. República Árabe de Egipto. Laudo, N° ARB/98/4 (Ciadi, 8 de diciembre de 2000).

World Duty Free Co. Ltd. vs. República de Kenia. Laudo, N° ARB/00/7 (Ciadi, 4 de octubre de 2006).

Yaung Chi Oo Trading Pte. Ltd. vs. Gobierno de la Unión de Myanmar. Laudo Final, N° ARB/01/01 (ANSA, 31 de marzo de 2003).

Yukos Universal Limited (Isla de Man) vs. Federación Rusa. Laudo, N° 2005-04/AA227 (Cnudmi, CPA, 18 de julio de 2014).

Recibido: 15/11/2020
Aprobado: 22/02/2021

Los capítulos de inversiones en la Alianza del Pacífico, el CPTPP y el T-MEC: convergencia sustantiva, divergencia procesal*

Pacific Alliance, CPTPP and USMCA investment chapters:
Substantive convergence, procedural divergence

JUAN-FELIPE TORO-FERNANDEZ**

Universidad Eafit (Colombia)

JAIME TIJMES-IHL***

Universidad de La Frontera (Chile)

Resumen: Este artículo compara los capítulos sobre inversión del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (PA-AP), el Acuerdo General y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP) y el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) con el objetivo de determinar su grado de convergencia normativa. Tras el análisis, llegamos a la conclusión de que estos capítulos de inversión incluyen normas y principios sustantivos muy similares sobre las inversiones internacionales en términos de definiciones, el ámbito de aplicación de las normas, las normas de trato (trato nacional y trato de nación más favorecida), las normas absolutas (nivel mínimo internacional de trato, trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas), las normas de protección de las inversiones (expropiación directa e indirecta, compensación y transferencias) y los requisitos de desempeño. También concluimos que algunos aspectos de estos capítulos de inversión difieren de manera sustancial en lo que respecta a la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE). En primer lugar, las normas del TPP y del T-MEC son a menudo similares y con frecuencia divergen de las normas del PA-AP. En segundo lugar, la cobertura de las partes y la cobertura de la protección divergen fuertemente entre el T-MEC, por una parte, y el PA-AP y el CPTPP, por otra. Así pues, como consecuencia de la convergencia sustantiva y la notoria divergencia procesal, sostenemos que lo más probable es que los demandantes atiendan a razones procesales para elegir el foro entre el PA-AP, el CPTPP y el T-MEC.

Palabras clave: Alianza del Pacífico (AP), Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP, CPTPPA, TPP-11, TPP11, TPP, TPPA), Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), tratado de libre comercio (TLC), acuerdo internacional de inversión, solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE)

* Este artículo contó con el financiamiento parcial de ANID/Conicyt Chile, Fondecyt Regular 1171085.

** Profesor asociado de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. Es abogado de la Universidad de Medellín, Colombia; LL.M. por la Universidad de Heidelberg, Alemania, y la Universidad de Chile; y especialista en Derecho de los Negocios por la Universidad Externado de Colombia.

Código ORCID: 0000-0003-3032-2564. Correo electrónico: jtorofer@eafit.edu.co

*** Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, miembro del Centro de Investigación Desafíos Internacionales, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. Es abogado de la Universidad de Chile y Dr. iur. por la Universidad de Tübingen, Alemania.

Código ORCID: 0000-0003-1317-2015. Correo electrónico: jaime.tijmes@ufrontera.cl

Abstract: This article compares the investment chapters of the Additional Protocol to the Framework Agreement of the Pacific Alliance (PA-AP), the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) and the United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA). Our objective is to determine their degree of normative convergence. We conclude that these investment chapters include very similar substantive rules and principles on international investments in terms of definitions, the rules' scope of application, treatment standards (national treatment and most favored nation treatment), absolute standards (international minimum standard of treatment, fair and equitable treatment, and full protection and security), investment protection rules (direct and indirect expropriation, compensation, and transfers), and performance requirements. We also conclude that these investment chapters differ, in some respects very strongly, regarding investor-State dispute settlement (ISDS). First, TPP and USMCA rules are often similar and frequently diverge from PA-AP rules. Second, party coverage and protection coverage diverge strongly between the USMCA vis-a-vis the PA-AP and CPTPP. Thus, as a consequence of substantive convergence and strong procedural divergence, we argue that complainants will most likely choose the forum between the PA-AP, CPTPP and USMCA according to procedural reasons.

Key words: Pacific Alliance (PA), Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP; CPTPPA, TPP-11, TPP11, TPP, TPPA), United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), free trade agreement (FTA), international investment agreement, investor-State dispute settlement (ISDS)

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. COMPARACIÓN DE LOS CAPÍTULOS DE INVERSIONES.- III. DEFINICIONES.- III.1. INVERSIÓN.- III.2. INVERSIONISTA.- III.3. INVERSIÓN CUBIERTA.- III.4. OTRAS DEFINICIONES.- IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- V. NORMAS DE TRATO.- V.1. TRATO NACIONAL (TN).- V.2. TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF).- VI. ESTÁNDARES ABSOLUTOS.- VI.1. NIVEL INTERNACIONAL MÍNIMO DE TRATO.- VI.2. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.- VI.3. PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS.- VII. NORMAS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES.- VII.1. EXPROPIACIÓN.- VII.1.1. EXPROPIACIÓN DIRECTA.- VII.1.2. EXPROPIACIÓN INDIRECTA.- VII.2. INDEMNIZACIÓN.- VII.3. TRANSFERENCIAS.- VIII. REQUISITOS DE DESEMPEÑO.- IX. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.- IX.1. CONSULTAS Y NEGOCIACIÓN.- IX.2. SOMETIMIENTO DE UNA RECLAMACIÓN A ARBITRAJE.- IX.3. CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE Y LIMITACIONES AL CONSENTIMIENTO.- IX.4. SELECCIÓN DE ÁRBITROS.- IX.5. REALIZACIÓN DEL ARBITRAJE.- IX.5.1. SEDE DEL ARBITRAJE.- IX.5.2. TERCERÍAS.- IX.5.3. PRESENTACIÓN DE COMUNICACIONES *AMICUS CURIAE*.- IX.5.4. OBJECIONES PRELIMINARES.- IX.5.5. CARGA DE LA PRUEBA.- IX.5.6. EXCEPCIONES.- IX.5.7. MEDIDAS PROVISIONALES.- IX.5.8. PROPUESTA DE LAUDO.- IX.5.9. ÓRGANO DE APELACIÓN/CASACIÓN.- IX.5.10. ABANDONO DEL PROCEDIMIENTO.- IX.5.11. TRANSPARENCIA.-

IX.5.12. DERECHO APLICABLE.- IX.5.13. INTERPRETACIONES AUTÉNTICAS.- IX.5.14. INFORMES DE EXPERTOS.- IX.5.15. ACUMULACIÓN DE PROCESOS.- IX.5.16. LAUDOS.- X. DISPOSICIONES ADICIONALES.- XI. CONCLUSIÓN: CONVERGENCIA SUSTANTIVA, DIVERGENCIA PROCESAL.

I. INTRODUCCIÓN

La Alianza del Pacífico (AP) es un área de integración económica profunda (Rodríguez Aranda, 2014, p. 558) destinada a lograr la concertación, convergencia, diálogo político y proyección (Alianza del Pacífico, 28 de abril de 2011, p. 1) de Chile, Colombia, México y Perú con la región Asia-Pacífico (Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, 2020b; Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, s.f.). Según el artículo 3.1 del Acuerdo Marco de la AP, suscrito en 2012, sus objetivos son construir un área de integración profunda; impulsar un mayor crecimiento, desarrollo y competitividad de las economías; y convertirse en una plataforma de articulación, integración y proyección, con especial énfasis en Asia-Pacífico.

Después de que Estados Unidos se retirara del proyectado Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (TPP, por sus siglas en inglés) en 2017, las partes restantes (Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam) continuaron las negociaciones y firmaron el Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés) el 8 de marzo de 2018 (CPTPP; Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, s.f.). El CPTPP es un acuerdo comercial regional integral para la región Asia-Pacífico que busca promover la integración económica regional y acelerar la liberalización regional del comercio y la inversión (CPTPP, Preámbulo), entre otros objetivos. Mediante una referencia normativa, incorpora las disposiciones del TPP (CPTPP, art. 1), excepto algunas que fueron suspendidas (art. 2).

En 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) entre Canadá, México y Estados Unidos. En 2018, las partes del TLCAN acordaron sustituirlo por el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), que entró en vigor en el año 2020. Es decir, México es el único Estado que es parte de la AP, del CPTPP y del T-MEC.

La doctrina ha estudiado la convergencia entre las normas de inversión extranjera y la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) en tratados de libre comercio (TLC), por ejemplo, la convergencia entre la AP y el CPTPP (Toro-Fernandez, 2018, pp. 40-80), la AP y el Mercosur (Herreros & García-Millán, 2017, pp. 24 y 34-38; Novak & Namihas, 2015, pp. 190-196), o el Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (CETA, por sus siglas en inglés) y el Acuerdo entre la Unión Europea y Japón relativo a una

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

asociación económica (Eujepa, por sus siglas en inglés) (Furculita, 2020). Otras obras han comparado la AP, el CPTPP y la solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020; 2021).

Nuestra pregunta de investigación es hasta qué punto son convergentes las normas sobre inversión extranjera (incluida la solución de controversias) de la AP, el CPTPP y el T-MEC. Para estos efectos, las juzgamos convergentes si su sentido jurídico es similar y si admiten una interpretación teleológica similar (Schill, 2015, p. 25).

En este sentido, el propósito de este artículo es determinar el grado de convergencia normativa entre los capítulos de inversión del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la AP (AP-AP), el CPTPP y el T-MEC. En las secciones II a X los compararemos y, mediante una metodología comparativa, buscaremos similitudes y diferencias entre sus normas. La sección XI contiene un cuadro sinóptico, mientras que en la sección final evaluaremos hasta qué punto estos capítulos de inversión son jurídicamente convergentes.

Aplicaremos una metodología dogmático-jurídica para discernir e interpretar el significado de los enunciados normativos. Aplicaremos principalmente los métodos de interpretación literal y sistemático. Nuestra perspectiva teórica es formalista, ya que solo examinaremos las fuentes formales del derecho internacional. Para ello, analizaremos únicamente los textos de los tratados pues, ya que estos son recientes, aún no se ha desarrollado una jurisprudencia, un derecho consuetudinario ni una práctica posterior (de conformidad con el artículo 31.3(b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Para este artículo hemos tenido que elegir un idioma de trabajo. El español es el único idioma auténtico para el PA-AP y uno de los idiomas auténticos del CPTPP (CPTPP, art. 7; TPP, art. 30.8) y del T-MEC (art. 34.8). En consecuencia, compararemos los tres tratados en español, dado que es el único idioma auténtico en común.

Nos parece necesario aclarar cómo citaremos. El artículo 1 del CPTPP incorporó el TPP por referencia (si bien hay excepciones y el artículo 2 suspendió la aplicación de algunas disposiciones), pero ambos son tratados independientes. Por lo tanto, es complejo citarlo de manera inequívoca, sencilla y técnicamente correcta. Por un lado, las citas de los capítulos y artículos del TPP se refieren al TPP incorporado al CPTPP. Por ejemplo, las referencias al artículo 9.1 del TPP se refieren al artículo 9.1 del TPP incorporado al CPTPP. En cambio, por ejemplo, las citas del artículo 1 CPTPP se refieren al tratado CPTPP en sí. Por otra parte, dado que el TPP actualmente solo tiene vigencia como un instrumento incorporado al CPTPP, nos referiremos al sistema jurídico,

las normas y principios del CPTPP (y no del TPP). En otras palabras, en este artículo citaremos y analizaremos el sistema jurídico del CPTPP (que incorpora el TPP) y no el sistema jurídico del TPP. En ocasiones puede haber ambigüedades, pero creemos que las y los lectores atentos podrán discernir con facilidad a qué artículos específicos nos referimos.

II. COMPARACIÓN DE LOS CAPÍTULO DE INVERSIONES

El capítulo 10 del PA-AP versa sobre inversiones y propende a ofrecer un marco jurídico previsible para el desarrollo de la inversión entre las partes de la AP, tal como se expresa en el preámbulo del Acuerdo Marco de la AP. Del mismo modo, el capítulo de inversión del CPTPP establece un marco jurídico predecible para la inversión a través de reglas mutuamente ventajosas, de conformidad con el preámbulo del acuerdo TPP, para integrarse a la región Asia-Pacífico. El T-MEC, por su parte, busca expandir la inversión, de acuerdo con su preámbulo.

El TLCAN desencadenó una diseminación de las normas que protegen la inversión extranjera directa (IED). En consecuencia, las raíces históricas de los capítulos de inversión analizados en este artículo están en el TLCAN. El capítulo de inversión del PA-AP y de otros TLC firmados entre miembros de la AP son similares al capítulo de inversión del TLCAN (Gutiérrez Haces, 2015, p. 33). Asimismo, el capítulo de inversiones del CPTPP se basa en el modelo del TLCAN, lo que probablemente refleje los intereses de Estados Unidos durante las negociaciones del TPP (Alvarez, 2016, pp. 503-507; Polanco Lazo, 2015, p. 179). Por último, el T-MEC responde a las preocupaciones planteadas durante la aplicación del TLCAN.

En los siguientes capítulos analizaremos la convergencia de esos capítulos de inversión. En concreto, examinaremos las definiciones, el ámbito de aplicación, los estándares de trato, los estándares absolutos, las normas de protección de las inversiones, los requisitos de desempeño y la SCIE, además de otras disposiciones. En algunas ocasiones los compararemos con otros textos normativos, sobre todo el TLCAN y el modelo de tratado bilateral de inversión (TBI) de Estados Unidos de 2012.

III. DEFINICIONES

Las definiciones incluidas en los capítulos de inversión del AP, el CPTPP y el T-MEC son muy similares, y constituyen un marco para entender e interpretar estos capítulos. Las expresiones definidas son de uso común en el derecho internacional de las inversiones y se aplican a los capítulos de inversión (PA-AP, art. 10.1; TPP, art. 9.1; T-MEC, art. 14.1), en contraste con las definiciones generales que se aplican a todo el acuerdo (PA-AP, art. 2.1; TPP, art. 1.3; T-MEC, art. 1.5). Esto confirma que estos

LOS CAPÍTULO DE INVERSIONES EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO, EL CPTPP Y EL T-MEC: CONVERGENCIA SUSTANTIVA, DIVERGENCIA PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE, CPTPP AND USMCA INVESTMENT CHAPTERS: SUBSTANTIVE CONVERGENCE, PROCEDURAL DIVERGENCE

capítulos de inversión son autónomos (Zegarra Rodríguez, 2015, pp. 204 y 210) y sus disposiciones, definiciones y principios no pueden aplicarse a otros capítulos del mismo acuerdo.

III.1. Inversión

«Inversión» es un vocablo controvertido en la doctrina y en los arbitrajes internacionales (Manciaux, 2008, p. 804) por su significado poco claro, amplio (Amarasinha & Kokott, 2008, p. 138) y, a veces, vago (p. 802). Es importante tener en cuenta que ni siquiera el Convenio de Washington sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados contiene una definición precisa y clara de «inversión». Este término se utiliza indistintamente en el artículo 25 del convenio al referirse a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), lo que ha llevado a que la jurisprudencia en cuestiones de jurisdicción haya intentado precisar su significado (p. 804). Parte de la doctrina sostiene que la omisión de una definición de «inversión» en el Convenio de Washington es deliberada (p. 804) y que puede ofrecer ciertas ventajas, ya que permite que el concepto de inversión sea más flexible y funcional (p. 805). Nosotros discrepamos, ya que omitir una definición no solo puede dar flexibilidad, sino también generar ambigüedad, pues los Estados y los inversionistas no comprenderán la noción, el alcance, ni los conceptos que se deriven de la «inversión» o se relacionen con ella.

Los artículos 10.1 del PA-AP, 9.1 del TPP y 14.1 del T-MEC definen la inversión como todo activo de propiedad de un inversionista y mencionan varias formas de inversiones basadas en activos. Esto sigue el modelo de TBI de Estados Unidos de 2004 y 2012 (Nottage, 2016, pp. 331 y 346). Por lo tanto, se apartan explícitamente del artículo 1139 del TLCAN, ya que su definición se basaba principalmente en la noción de «empresa» (Unctad, 2004, p. 90).

Asimismo, llama la atención que estos acuerdos definan las características de una inversión como «el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo» (PA-AP, art. 10.1; TPP, art. 9.1; T-MEC, art. 14.1). Estas características son un desarrollo jurisprudencial, en particular en el caso *Salini vs. Marruecos*. La jurisprudencia posterior se ha referido a las características que debe tener una inversión como el «test Salini»: duración, utilidades y rendimientos, riesgo, contribución al desarrollo económico del Estado receptor y contribución sustantiva (Manciaux, 2008, pp. 801-802, 815 y 823-824). Estimamos que estas disposiciones del PA-AP, el CPTTP y el T-MEC requieren de manera efectiva que los inversionistas realicen una contribución real de capital, obtengan utilidades y asuman riesgo.

Estas disposiciones resguardan a los Estados frente a inversionistas que pudieren presentar reclamaciones infundadas.

Al igual que los modelos de TBI de 2004 y 2012 de Estados Unidos, el vocablo «inversión» enumera diversas formas que puede adoptar una inversión, como una empresa, acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda; derechos de propiedad intelectual, licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares; contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles; y derechos relacionados con la propiedad como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda. Esta lista incluye formas de inversión no contempladas en el TLCAN, como derechos de propiedad intelectual, licencias, autorizaciones o permisos; derechos relacionados con la propiedad o productos financieros como futuros, opciones y otros derivados. Es decir, estos acuerdos abarcan activos y transacciones en las que los inversionistas pueden adquirir licencias de marca, patentes o diseños industriales que antes no se consideraban una forma de inversión.

Una diferencia sustancial radica en que el PA-AP excluye los instrumentos de deuda emitidos por los Estados parte en el acuerdo y/o por sus empresas estatales (bonos soberanos) como forma de inversión. El CPTPP y el T-MEC no excluyen estos instrumentos de deuda, lo que significa que un inversionista podría invertir en este tipo de instrumentos de deuda pública. Esto es relevante para pensar en un régimen de inversión unificado para estos acuerdos.

III.2. Inversionista

El PA-AP, el CPTPP y el T-MEC también definen qué es un inversionista. Estos tratados utilizan las expresiones «inversionista de una Parte» e «inversionista de un país no Parte», pero no se refieren al inversionista extranjero. Por lo tanto, se considera como «inversionista de una Parte» a aquel que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otro Estado parte. En cambio, por «inversionista de un país no Parte» se entiende a un inversionista que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de una parte, pero no es un inversionista de algunas de las partes. El objetivo de esta distinción es determinar a quién ampara el tratado y deslindar a quiénes no se puede considerar como inversionistas.

Australia, Canadá, Singapur y Nueva Zelanda son miembros del CPTPP y actualmente están negociando para convertirse en Estados asociados de la AP. De esa manera, los abarcarían las normas de la AP para los

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

inversionistas de una parte, lo que podría sentar las bases de un entorno atractivo para las inversiones en la región Asia-Pacífico.

III.3. Inversión cubierta

La definición de «inversión cubierta» es casi idéntica en los tres tratados. Significa la inversión realizada en el territorio de un Estado parte del acuerdo por un inversionista de otra parte a partir de la fecha de entrada en vigor del tratado, o establecida, adquirida o ampliada posteriormente. Este concepto es decisivo para evitar futuros litigios entre inversionistas y Estados, y especialmente para encontrar el momento en que la inversión se realizó en el territorio de otro Estado parte del acuerdo.

El TPP incluye dos vocablos relacionados con la inversión, pero que están suspendidos en el CPTPP: «acuerdo de inversión» y «autorización de inversión». Ambos se incluyeron en el modelo de TBI de 2012 de Estados Unidos. Es muy plausible que estos vocablos representaran intereses de Estados Unidos y que las demás partes del CPTPP decidieran suspenderlos después de que ese país se retirara del TPP. Por el contrario, el PA-AP y el T-MEC no definen estas expresiones e imponen cargas adicionales a los inversionistas y a las partes para firmar acuerdos escritos que contengan derechos y obligaciones sobre las inversiones cubiertas, lo que cabe catalogar como requisitos de desempeño. Adicionalmente, se convierte en un obstáculo para las inversiones, ya que requiere una institución dedicada a la inversión extranjera (y no todos los Estados cuentan con una) para aprobar una inversión cubierta. En este sentido, consideramos que es beneficioso que los miembros del CPTPP hayan suspendido estas disposiciones.

III.4. Otras definiciones

En estos tratados, las disposiciones con definiciones incluyen otras expresiones, en su mayoría relacionadas con el arbitraje internacional, como «demandante», «demandado», «parte contendiente» y «parte no contendiente», referencias al Convenio Ciadi, al Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi y a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). Ahora bien, solo el TPP incorpora referencias al Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Estas definiciones enmarcan los procedimientos de arbitraje con arreglo a la sección B de los capítulos de inversión. Los inversionistas y los Estados parte de estos acuerdos podrán elegir entre esos sistemas de arbitraje, lo que representa un progreso significativo para un eventual régimen común para estos acuerdos.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los artículos 10.2 del PA-AP, 9.2 del TPP y 14.2 del T-MEC regulan el ámbito de aplicación y definen cómo, a qué y a quién se aplica el capítulo de inversión (de forma similar al artículo 1101 TLCAN y al artículo 2 del modelo de TBI de Estados Unidos de 2012). En concreto, estas normas se refieren a las medidas que los Estados parte adoptan o mantienen en relación con los inversionistas, las inversiones cubiertas, los requisitos de desempeño, las medidas sanitarias y ambientales, y otros objetivos normativos. Cabe destacar que el artículo 14.2.4 T-MEC y los anexos 14-D y 14-E restringen la solución de controversias sobre inversiones a Estados Unidos y México, y excluyen a Canadá (excepto en el caso de las reclamaciones de inversiones existentes y las reclamaciones pendientes en virtud del anexo 14-C). Por otra parte, el anexo 14-E amplía el ámbito de aplicación a los contratos, a diferencia del TLCAN.

Las obligaciones de los Estados parte del TPP y del T-MEC se aplican a las medidas que adopten o mantengan sus Gobiernos centrales, regionales o locales, o cualquier organismo que ejerza autoridad gubernamental (TPP, art. 9.2.2; T-MEC, art. 14.2.2). En cambio, el artículo 10.2.4 del PA-AP se refiere a la autoridad delegada, por ejemplo, para expropiar, otorgar licencias, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tasas u otros cargos.

Estos capítulos de inversión no se aplican a los servicios transfronterizos (PA-AP, art. 10.2.2; TPP, art. 9.3.2; T-MEC, art. 14.3.3) ni a las medidas relacionadas con las instituciones financieras (PA-AP, art. 10.2.3(a); TPP, art. 9.3.3; T-MEC, art. 14.3.2). En este sentido, el TPP y el T-MEC son casi idénticos, a diferencia del PA-AP.

Cabe indicar que estos capítulos de inversión no se aplican a actos o situaciones que hayan ocurrido o hayan dejado de existir antes de la entrada en vigor del acuerdo (PA-AP, art. 10.2.3(b); TPP, art. 9.2.3; T-MEC, art. 14.2.3).

V. NORMAS DE TRATO

El principio de no discriminación, que es uno de los más importantes en los tratados de comercio e inversión, se concreta como trato nacional (TN) y trato de nación más favorecida (NMF) (Herreros & García-Millán, 2017, p. 26; Chaisse, 2012, p. 149; Navarro, 2016, p. 5; Polanco Lazo, 2015, p. 180). Los capítulos de inversión analizados incluyen estos principios en los artículos 10.4 y 10.5 del PA-AP, 9.4 y 9.5 del TPP, y 14.4 y 14.5 del T-MEC.

El TN y el NMF forman parte de las normas mínimas de protección en el derecho internacional de las inversiones y, por eso, son derechos sustantivos para los inversionistas extranjeros (Schill, 2016, pp. 26-27).

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

Son estándares típicos de las economías de libre mercado, ya que pretenden garantizar un terreno uniforme para la actividad económica de los agentes económicos nacionales y extranjeros como requisito previo para la competencia (p. 66).

Estos principios tienden a «multilateralizar» los beneficios que un Estado receptor de inversiones concede a los inversionistas nacionales y extranjeros. Por lo tanto, equilibran las relaciones del Estado receptor con otros Estados y multilateralizan el sistema internacional de protección de las inversiones (Schill, 2016, pp. 60-61). Así, los principios de TN y NMF tienen una estructura similar que promueve la multilateralización de las normas relacionadas con las inversiones, lo que a fin de cuentas incentivará la convergencia normativa en la región Asia-Pacífico.

V.1. Trato nacional (TN)

Los tratados analizados definen el TN casi de forma idéntica como la obligación de cada Estado de otorgar a los inversionistas de otra parte y a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas (PA-AP, art. 10.4.1; TPP, art. 9.4.1; T-MEC, art. 14.4.1).

Esta obligación abarca todas las etapas de la inversión: establecimiento, adquisición, ampliación, gestión, conducción y explotación, venta u otra enajenación. La cobertura desde la etapa previa hasta la etapa posterior al establecimiento (Herreros & García-Millán, 2017, p. 26; Nottage, 2016, p. 323) es similar a la de los artículos 1102 del TLCAN y 3 del modelo de TBI de Estados Unidos de 2012, pero no idéntica, ya que el TLCAN prohibía a los Estados parte requerir a los inversionistas de otro Estado que, debido a su nacionalidad, tuvieran un nivel mínimo de participación en una empresa establecida en su territorio, o que vendieran o enajenaran una inversión.

Los artículos 9.4.3 del TPP y 14.4.3 del T-MEC regulan el TN respecto del Gobierno no central. El PA-AP, por su parte, no incluye una disposición análoga.

El TPP y el T-MEC, a su vez, aclaran que, en «circunstancias similares», la concesión del TN o del trato NMF «depende de la totalidad de las circunstancias, incluyendo si el trato correspondiente distingue entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de bienestar público» (TPP, cap. 9, nota 4; T-MEC, arts. 14.4 y 15.4). El PA-AP no incluye una disposición equivalente.

V.2. Trato de nación más favorecida (NMF)

El trato de NMF está consagrado en los artículos 20.5 del PA-AP, 9.5 del TPP y 14.5 del T-MEC. Las partes de estos acuerdos concederán a los inversionistas y a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas y a las inversiones de cualquier Estado que no sea parte del acuerdo (PA-AP, arts. 10.5.1-10.5.2; TPP; art. 9.5.1-9.5.2; T-MEC, art. 14.5.1-14.5.2). Además, los beneficios deben concederse desde la fase previa hasta la fase posterior al establecimiento (Nottage, 2016, p. 318).

De acuerdo con la nota 6 del capítulo 10 del PA-AP y el artículo 9.5.3 del TPP, el trato de NMF no comprende los mecanismos o procedimientos internacionales de resolución de controversias. El T-MEC no incluye una norma análoga.

El artículo 14.5.3 del T-MEC se refiere al TN en relación con el Gobierno no central, de manera análoga al artículo 14.4.3. El PA-AP y el TPP, por su lado, no incluyen una norma análoga.

Por último, cabe señalar que la nota 14 del capítulo 9 del TPP y el artículo 14.5.4 del T-MEC aclaran la locución «circunstancias similares», como ya se mencionó en la sección sobre el TN, a diferencia del PA-AP.

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

VI. ESTÁNDARES ABSOLUTOS

Los tres tratados abarcan el nivel mínimo de trato, como es habitual en los capítulos de inversión de los TLC y de los acuerdos internacionales de inversión. Incluyen los principios de trato justo y equitativo, y de protección y seguridad plenas. Estos son estándares de protección consagrados en el derecho internacional de las inversiones (Chaisse, 2012, p. 149; Polanco Lazo, 2015, p. 180).

VI.1. Nivel internacional mínimo de trato

Cada Estado parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluyendo el trato justo y equitativo, y la protección y seguridad plenas (PA-AP, art. 10.6.1; TPP, art. 9.6.1; T-MEC, art. 14.6.1). El anexo 10.6 del PA-AP, el anexo 9-A del TPP y el anexo 14-A del T-MEC expresan de forma casi idéntica que el derecho internacional consuetudinario resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación jurídica.

Los anexos incluyen definiciones divergentes de nivel mínimo de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario. En efecto, mientras que el anexo 10.6 del PA-AP se refiere a los «derechos económicos de los extranjeros», el anexo 9-A del TPP y el anexo 14-A

del T-MEC se refieren a las «inversiones de los extranjeros». Esta divergencia es sustancial y puede generar una protección diferente de los activos. La protección de las inversiones según el PA-AP puede incluir cualquier derecho económico concedido a un extranjero, mientras que el CPTPP y el T-MEC se limitan a las inversiones. Por lo tanto, el CPTPP y el T-MEC no protegerían el interés económico de un inversionista que no está calificado como «inversión», a diferencia de la AP. Por otra parte, la amplitud de la expresión «derechos económicos» podría causar problemas, ya que los inversionistas podrían reclamar la protección del nivel mínimo de trato para cualquier derecho económico, aunque no se ajustare a la definición de inversión del PA-AP.

VI.2. Trato justo y equitativo

El trato justo y equitativo se consagra de manera idéntica en los artículos 10.6.2(a) del PA-AP y 9.6.2(a) del TPP, y con pequeñas diferencias en el artículo 14.6.2(a) del T-MEC. Incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas jurídicos del mundo.

Este principio es uno de los estándares absolutos de trato que se encuentran en los tratados internacionales de promoción y protección de la inversión extranjera (Unctad, 2004, p. 73), aunque se ha criticado la imprecisión de su definición y alcance (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 133; Herreros & García-Millán, 2017, p. 20). Esa misma crítica es válida en relación con el PA-AP, el CPTPP y el T-MEC, ya que no definen claramente el trato justo y equitativo, sino que solo se refieren a él en un sentido abstracto y amplio.

Debido a esta imprecisión, los tribunales en los arbitrajes de inversión han seguido diferentes líneas de interpretación de este principio, sobre todo *Neer vs. México* (1926), *ELSI (Estados Unidos de América contra Italia)* (1989) y *Glamis Gold vs. Estados Unidos de América* (2009). Otros tribunales, como *Mondev vs. Estados Unidos* (2002, § 118), y *Waste Management vs. México* (2004, § 99), han adoptado un enfoque casuístico y han afirmado que no es posible llegar a un consenso sobre lo que en definitiva significa el trato justo y equitativo, ya que todo depende de las situaciones específicas de cada caso (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 139).

A nuestro juicio, esta imprecisión y vaguedad podrían tener consecuencias negativas si los tribunales de inversiones aplicaran la definición de «trato justo y equitativo» del PA-AP, el CPTPP y el T-MEC. Esas consecuencias negativas podrían afectar no solo a los Estados parte, sino también a los inversionistas que invoquen este estándar de protección. Como no hay criterios para establecer de manera unívoca si se infringió o no el

trato justo y equitativo, el resultado de los laudos arbitrales será difícil de predecir. Por lo tanto, sostenemos que las partes de la AP, el CPTPP y el T-MEC deberían definir este estándar con mayor claridad, y además hacerlo de manera convergente para los tres tratados, pues sería ideal una regulación unificada para las inversiones. Creemos que la Comisión de Libre Comercio de la AP, la Comisión de la Asociación Transpacífica y la Comisión de Libre Comercio del T-MEC deberían emitir conjuntamente interpretaciones auténticas vinculantes (véase la sección siguiente sobre interpretaciones auténticas) para unificar la definición de «trato justo y equitativo», de modo que se obligue a los tribunales de inversiones a interpretar este principio de manera convergente.

VI.3. Protección y seguridad plenas

El principio de protección y seguridad plenas que consagran los artículos 10.6.2(b) del PA-AP, 9.6.2(b) del TPP y 14.6.2 del T-MEC exige a cada parte otorgar un nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario. Este principio supone una obligación positiva para los Estados receptores de inversiones, en el sentido de establecer un marco jurídico interno que garantice y proteja las inversiones extranjeras frente a posibles controversias con terceros (Schreuer, 2010, p. 354; Schill, 2016, p. 66). El Estado anfitrión debe garantizar la protección física y la seguridad de los inversionistas y de las inversiones contra la interferencia forzosa de particulares (por ejemplo, empleados, socios comerciales o manifestantes) o de órganos del Estado (por ejemplo, la policía o las fuerzas armadas) (Schreuer, 2010, pp. 353-354 y 368).

El artículo 1105 del TLCAN requería que los Estados parte concedieran plena protección y seguridad de acuerdo con el derecho internacional, en vez del derecho internacional consuetudinario. El 31 de julio de 2001 la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una interpretación de conformidad con los artículos 1131.2 y 2001.2(c) del TLCAN y declaró que los conceptos de «trato justo y equitativo» y «plena protección y seguridad» no requerían un trato adicional o más extenso del que exigía el estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario (Nafta Free Trade Commission, 2001). Llama la atención que las normas citadas del PA-AP, el CPTPP y el T-MEC no sigan el texto del TLCAN, sino la interpretación de la Comisión. Por lo tanto, existe una tendencia discernible en cuanto a incorporar el estándar consuetudinario.

VII. NORMAS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES

VII.1. Expropiación

La protección contra la expropiación directa o indirecta es uno de los fundamentos bases del derecho internacional de las inversiones, ya

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

que la protección contra la expropiación no indemnizada garantiza el respeto de los derechos de propiedad como institución fundamental para las transacciones de mercado (Schill, 2016, p. 66). Esta es una norma de protección de las inversiones y está consagrada en los artículos 10.12 del PA-AP, 9.8 del TPP y 14.8 del T-MEC. Su modelo histórico son el artículo 1110 del TLCAN y el artículo 6 del modelo de TBI de Estados Unidos de 2012 (Herreros & García-Millán, 2017, p. 27; Polanco Lazo, 2015, p. 179). Se basa en el principio de legalidad de la expropiación; es decir, un Estado puede expropiar propiedades extranjeras si aplica medidas públicas y no discriminatorias que otorguen a los inversionistas una compensación pronta, adecuada y efectiva (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 99). El PA-AP, el CPTPP y el T-MEC prescriben que ninguna parte expropiará o nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización, salvo que se trate de medidas no discriminatorias que tengan un propósito público y contemplen una compensación pronta, adecuada y efectiva, con apego al debido proceso. La referencia al «debido proceso», si bien no se incluye en todos los tratados de inversión, expresa el estándar mínimo de trato de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario y el principio de trato justo y equitativo (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 100), como se mencionó anteriormente. Es decir, el artículo 10.12.1(d) del PA-AP vincula el debido proceso legal al nivel mínimo de trato (art. 10.6), a diferencia del CPTPP y del T-MEC.

La nota a pie de página 18 del artículo 10.12 del PA-AP y la nota a pie de página 17 del artículo 9.8 del TPP delimitan el término «propósito público» como un concepto del derecho internacional consuetudinario y añaden que la legislación nacional puede expresar este concepto o uno similar utilizando diferentes términos, como «necesidad pública», «interés público» o «utilidad pública», mientras que el PA-AP añade el de «interés social». El T-MEC, por su parte, no incluye una norma análoga.

Los anexos 10.12 del PA-AP, 9-B y 9-C del TPP, y 14-B del T-MEC regulan la interpretación de los artículos 10.12 del PA-AP, 9.8 del TPP y 14.8 del T-MEC. Este tipo de anexos son bastante comunes en los acuerdos de inversión para acotar el espectro de posibles interpretaciones que pueden adoptar los tribunales arbitrales, por ejemplo, en relación con el controvertido término «expropiación indirecta» (Nottage, 2016, p. 318).

VII.1.1. Expropiación directa

De acuerdo con los párrafos 1 y 2 del anexo 10-12 del PA-AP, del anexo 9-B del TPP y del anexo 14-B del T-MEC, la expropiación directa es un acto o serie de actos de una parte que interfieran (sustancialmente, según el PA-AP) con un derecho de propiedad, tangible o intangible, o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

La expropiación directa consiste en que una inversión se nacionaliza o se expropia directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio. Estas disposiciones sobre expropiación directa son considerablemente más claras que, por ejemplo, el principio de trato justo y equitativo. Por lo tanto, prevemos que su aplicación en los tribunales de inversiones será más predecible.

Los artículos 10.12 del PA-AP, 9.8 del TPP y 14.8 del T-MEC utilizan indistintamente los términos «expropiación» y «nacionalización». Sin embargo, no todos los acuerdos internacionales de inversión aplican un conjunto unificado de reglas para la expropiación y la nacionalización, y ha habido un gran debate doctrinal sobre el significado de cada término (Unctad, 2004, p. 63).

VII.1.2. Expropiación indirecta

La expropiación indirecta consiste en medidas de un Estado anfitrión que provocan un daño irreparable a una inversión, siempre que no se haya transferido la titularidad jurídica. Por lo tanto, la medida no afecta a la titularidad del inversionista, sino que le priva de utilizar la inversión de forma sustancial. Las normas de protección contra la expropiación indirecta son bastante comunes en la jurisprudencia arbitral y en los tratados de inversión (Dolzer & Schreuer, 2012, pp. 101 y 105-112; Herreros & García-Millán, 2017, p. 27).

Los artículos 10.12 del PA-AP, 9.8 del TPP y 14.8 del T-MEC prescriben que ninguna parte expropiará o nacionalizará una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente. La expropiación indirecta se refiere a una acción o una serie de acciones de una parte que tienen un efecto equivalente a la expropiación directa, sin la transferencia formal del título o la incautación total (PA-AP, anexo 10.12, § 3; TPP, anexo 9-B; PA-AP, anexo 10.12). Estos anexos, en sus respectivos párrafos 3(a), añaden de forma casi idéntica que, para determinar si un acto o una serie de actos constituyen una expropiación indirecta, se requiere de investigación fáctica, caso por caso, que considere factores como el impacto económico y el carácter del acto gubernamental, además de contemplar el grado en que el acto gubernamental interfiere en las expectativas inequívocas y razonables de la inversión. El párrafo 3(b) añade que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios que se diseñan y aplican para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. Asimismo, el anexo 9-B del TPP incluye la nota 37, que enumera ejemplos de actos que protegen la salud pública.

De conformidad con los artículos 10.31.1 del PA-AP, 9.16 del TPP y 14.16 del T-MEC, las medidas relativas a la salud y el medio ambiente forman parte del espacio regulatorio del Estado. De acuerdo con los Principios

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

No Vinculantes de Inversión de la APEC, originalmente aprobados en 1994 y revisados en 2011, el artículo 10.31.2 del PA-AP reprueba la competencia mediante el relajamiento desregulatorio, al igual que el artículo 1114.2 del TLCAN; sin embargo, curiosamente, los artículos 9.16 del TPP y 14.16 del T-MEC no contienen una disposición análoga.

Estas disposiciones permiten regular el bienestar público a través de medidas no discriminatorias. Por lo tanto, garantizan un poder regulatorio adecuado para los Estados que acogen inversiones y lo protegen contra las demandas frívolas de indemnización por expropiación indirecta.

Las disposiciones sobre expropiaciones indirectas han sido objeto de debate. Así ocurrió, por ejemplo, en los arbitrajes de inversión del TLCAN (por ejemplo, *Methanex vs. United States of America*, parte IV, cap. D, § 7, p. 4; *Marvin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States*, §§ 103 y 112), y probablemente una de las principales razones fue que ese tratado no incluyó un anexo explicativo sobre la expropiación (en contraste con el modelo de TBI de Estados Unidos de 2012 y el T-MEC).

El derecho a regular es uno de los elementos más importantes en estos capítulos de inversión porque garantiza a los Estados un ámbito regulatorio en asuntos de interés público (Herreros & García-Millán, 2017, p. 27). Es imposible predecir en abstracto si este derecho, tal como está regulado en el PA-AP, el CPTPP y el T-MEC, fomentará o desalentará las inversiones. En última instancia, dependerá de cómo los futuros tribunales de inversión aborden este derecho en cada caso.

VII.2. Indemnización

Los artículos 9.8.1(c) del TPP y 14.8.1(c) del T-MEC exigen que la expropiación incluya una compensación pronta, adecuada y efectiva, a diferencia del artículo 10.12.1(c) del PA-AP. Los artículos 10.12.2 a 10.12.4 del PA-AP, 9.8.2 a 9.8.4 del TPP y 14.8.2 a 14.8.4 del T-MEC son prácticamente idénticos, ya que especifican los requisitos de la indemnización y si está denominada en una moneda de libre uso. Los artículos 10.12.5 del PA-AP, 9.8.5 del TPP y 14.8.6 del T-MEC excluyen aplicar estas normas a determinados derechos de propiedad intelectual, aunque varían ligeramente porque el PA-AP no incluye un capítulo sobre propiedad intelectual.

A diferencia de los artículos 10.12 del PA-AP y 14.8 del T-MEC, el artículo 9.8.6 del TPP añade que, con ciertos requisitos, las decisiones gubernamentales respecto de subsidios o donaciones en general no constituyen una expropiación. Por lo tanto, el artículo 14.8 del T-MEC sigue al artículo 10.12 del PA-AP más de cerca que al artículo 9.8 del TPP.

El artículo 14.8.5 del T-MEC, por su parte, incluye una regla de interpretación para determinar si una acción constituye una expropiación, a diferencia del PA-AP y el TPP.

El artículo 1110.2 del TLCAN incluye criterios para determinar el valor de la indemnización, y sorprende que el PA-AP, el CPTPP y el T-MEC no los incluyan. Por lo tanto, los tribunales de arbitraje tendrán que establecer métodos de valoración.

Todavía hay algunas lagunas. La más importante se refiere a que el PA-AP, el CPTPP y el T-MEC no establecen un plazo para determinar cuándo una indemnización se ha pagado «sin demora», y tampoco definen quién evaluará esas inversiones y cómo evaluarlas, entre otras cuestiones. Las partes de estos acuerdos debiesen aclarar estas cuestiones para que las normas funcionen correctamente y que estos acuerdos fijen las normas de protección de las inversiones. De lo contrario, las imprecisiones y lagunas jurídicas podrían generar controversias entre los Estados y los inversionistas, lo que probablemente dificultaría las inversiones en la región Asia-Pacífico.

VII.3. Transferencias

Otra norma de protección de las inversiones se refiere a las transferencias. Las garantías de protección para las transferencias de capital garantizan que los inversionistas puedan transferir libremente los recursos necesarios para una inversión y los ingresos de capital desde y hacia el territorio del Estado anfitrión. Las garantías de transferencia aseguran el libre flujo de capital y contribuyen a una asignación eficiente de los recursos en un mercado global de capitales (Schill, 2016, p. 66).

Los artículos 10.11 del PA-AP, 9.9 del TPP y 14.9 del T-MEC son similares. Los artículos 1109 del TLCAN y 6 del modelo de TBI 2012 de Estados Unidos también incluyen una redacción análoga. Los artículos 10.11.1 a 10.11.3 del PA-AP, 9.9.1 a 9.9.3 del TPP, y 14.9.1, 14.9.2 y 14.9.4 del T-MEC enumeran ejemplos casi idénticos de transferencias cubiertas, normas sobre moneda y sobre acuerdos escritos. De conformidad con los artículos 10.11.4 del TPP y 19.4.3 del T-MEC, los Estados no pueden exigir a los inversionistas que efectúen transferencias, ni pueden sancionarlos si no las realizan; el CPTPP no incluye una disposición análoga. Los artículos 10.11.5 del PA-AP, 9.9.5 del TPP y 14.9.6 del T-MEC contienen normas casi idénticas sobre las transferencias en especie, mientras que los artículos 10.11.6 del PA-AP, 9.9.4 del TPP y 14.9.5 del T-MEC muestran algunas diferencias en cuanto a las restricciones a las transferencias.

Es importante destacar que los inversionistas tendrán que considerar las normas nacionales de las partes de la AP y del CPTPP, por ejemplo,

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

como se indica en el anexo 10.11 del AP-AP y en los anexos 9-E y 9-F del TPP (no hay un anexo análogo del T-MEC). En nuestra opinión, los derechos reservados de Chile sobre las restricciones o limitaciones a los pagos y transferencias son compatibles con la obligación de permitir que las transferencias «se hagan libremente y sin demora hacia y desde su territorio», como establecen los artículos 10.11.1 del PA-AP y 9.9.1 del TPP. Sin embargo, sostenemos que, por analogía con los artículos 10.11.6 del PA-AP y 9.9.4 del TPP, esas leyes deben aplicarse de buena fe y de forma equitativa y no discriminatoria. Pensamos que esta interpretación es coherente con una tendencia ostensible hacia respetar el ámbito regulatorio de los Estados; sin embargo, admitimos que también sería plausible argumentar que esas reservas son incompatibles con el objeto y fin del tratado, según el artículo 19(c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

VIII. REQUISITOS DE DESEMPEÑO

Otra norma de protección de las inversiones es la prohibición de los requisitos de desempeño, la que se aplica desde antes hasta después de establecerse la inversión. Estas disposiciones buscan asegurar un ámbito para que el Estado anfitrión regule el interés público (Herreros & García-Millán, 2017, p. 27).

Los artículos 10.8.1 del PA-AP, 9.10.1 del TPP y 14.10 del T-MEC se refieren a una primera categoría de requisitos de desempeño, pues prohíben que los Estados anfitriones impongan ni hagan cumplir ciertos requisitos, obligaciones o compromisos en relación con los inversionistas extranjeros. Las secciones (a) a (g) son idénticas en estos acuerdos y se refieren a los requisitos de exportación, contenido nacional, transferencia de tecnología, etc. Son muy similares al artículo 1106.1 del TLCAN; no obstante, los artículos 9.10.1 del TPP y 14.10.1 del T-MEC añaden las secciones (h) sobre requisitos de desempeño relacionados con adquirir, utilizar u otorgar preferencias respecto de tecnología, e (i) sobre contratos de licencia. Esto constituye una diferencia sustancial que puede afectar a los inversionistas y dificultar la convergencia normativa entre el PA-AP, por un lado, y el CPTPP y el T-MEC, por otro. Por ejemplo, en lo que respecta a los contratos de licencia, como los contratos de franquicia, una parte de la AP puede exigir tasas de regalías en detrimento de las futuras cadenas productivas relacionadas con los servicios. (El artículo 8.1 del modelo de TBI de 2012 de Estados Unidos solo añade la sección (h), aunque en una versión diferente).

Una segunda categoría establece que las ventajas no estarán condicionadas a ciertos requisitos de desempeño, como el contenido nacional, las compras nacionales, la entrada de divisas, etc. Los artículos 10.8.2 del

PA-AP, 9.10.2 del TPP y 14.10.2 del T-MEC son bastante similares, pero el artículo 14.10.2 del T-MEC agrega el numeral (e) sobre tecnología.

La tercera categoría suele denominarse derecho del Estado anfitrión a regular. Las raíces históricas de la tercera categoría se encuentran en el artículo XX(b), (d) y (g) del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés). Sobre esa base, los artículos 1106.3 a 1106.6 del TLCAN y 8.3 a 8.5 del modelo de TBI de Estados Unidos de 2012 ampliaron esta tercera categoría, y los artículos 10.8 del PA-AP, 9.10 del TPP y 14.10 del T-MEC la desarrollaron aún más. Las dos primeras categorías prohíben ciertas medidas, pero los artículos 10.8.3 a 10.8.10 del PA-AP, 9.10.3, 9.10.5 y 9.10.6 del TPP, y 14.10.3 a 14.10.5 del T-MEC permiten tales medidas en aras del bienestar público; si son necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes y regulaciones nacionales; para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal; o si están relacionadas con la conservación de los recursos naturales no renovables y el medio ambiente. Estos artículos son similares, con algunas excepciones importantes. El TPP incluye el artículo 9.10.3(c), relativo a la remuneración equitativa en virtud de las leyes de derechos de autor; y el artículo 9.10.4, relacionado con el empleo o la capacitación de los trabajadores con más detalle que el artículo 10.8.3 del PA-AP y el artículo 9.10.3(a) del TPP. Los artículos 9.10.3(h) del TPP y 14.10.3(g) del T-MEC establecen explícitamente que la prohibición de los requisitos de desempeño de primera categoría relacionados con la tecnología o los contratos de licencia (TPP y T-MEC), y los requisitos de desempeño de segunda categoría relativos a la tecnología (solo T-MEC), no excluyen las medidas para proteger los objetivos legítimos de bienestar público. El PA-AP, por su parte, no incluye una norma de este tipo.

La tercera categoría es importante porque garantiza el derecho de los Estados a regular o adoptar medidas de protección en áreas sensibles como el medio ambiente, la salud y otros objetivos regulatorios. En otras palabras, los inversionistas asumen el riesgo que se deriva de incumplir, por ejemplo, la legislación social o medioambiental. Desde una perspectiva económica estrecha, a veces puede resultar ineficaz limitar las posibles inversiones extranjeras, pero desde un punto de vista integral es encomiable obligar a los inversionistas a realizar inversiones socialmente responsables y ambientalmente sostenibles.

IX. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

Los capítulos de inversión del PA-AP y del TPP incluyen una sección B sobre SCIE y el T-MEC incorpora el anexo 14-D sobre SCIE entre México y Estados Unidos (es decir, excluye a Canadá). Hay que precisar que siguen el modelo de TBI de Estados Unidos de 2012.

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

El T-MEC también incluye el anexo 14-C sobre las reclamaciones de inversiones existentes y las pendientes del TLCAN, mientras que el anexo 14-E amplía el ámbito de aplicación a los contratos, como ya mencionamos.

La postura de Estados Unidos cambió: desde el TLCAN hasta aproximadamente 2004, los TBI firmados por Estados Unidos eran bastante favorables para los inversionistas. A partir de esa época, la SCIE ha sido objeto de amplias críticas a nivel mundial, sobre todo por los niveles posiblemente insuficientes de legitimidad y transparencia, la dilación y los costos de los arbitrajes, laudos contradictorios, la insuficiente independencia e imparcialidad de los árbitros en beneficio de los inversionistas, y porque algunos árbitros han desestimado el espacio regulatorio de los Estados anfitriones, entre otros (Schill, 2015, pp. 1-2; Polanco Lazo, 2015, pp. 188-189; Unctad, 2013). En cambio, desde el modelo de TBI de 2004, Estados Unidos ha firmado TBI comparativamente más favorables para los Estados anfitriones. El TPP y el T-MEC siguen esa línea (Alvarez, 2016, p. 503; Herreros & García-Millán, 2017, pp. 27-28; Polanco Lazo, 2015, p. 179; Nottage, 2016, p. 346).

El capítulo sobre SCIE generó fuertes debates durante la negociación del TPP. Especialmente Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda criticaban que la SCIE vulnera la soberanía democrática y la gobernanza, y que sus tribunales privados y laudos inexplicables e irrevocables menoscaban las garantías procesales y debilitaban el Estado de derecho. Además, objetaban que la SCIE amenazaba el ámbito regulatorio de los Estados anfitriones y que no incentivara los flujos de IED. Por tanto, según ellos, la SCIE no era positiva para los países menos desarrollados o en vías de desarrollo. También reprochaban que los laudos arbitrales sean inapelables, incoherentes y de mala calidad, y que no ofrezcan seguridad jurídica, que es lo que buscan los inversionistas y los Estados (Alvarez, 2016, pp. 503-515; Polanco Lazo, 2015, pp. 188-192). No obstante, la verdadera motivación no está clara: durante las negociaciones del TPP, Australia abogó por los tribunales nacionales en vez de la SCIE (Polanco Lazo, 2015, pp. 190-191) y el artículo 11.16 del TLC entre Australia y Estados Unidos (firmado en 2004) no incluye la SCIE; sin embargo, los TLC que Australia firmó con Chile, China y Singapur sí la incluyen. Este ejemplo muestra que el motivo real a favor o en contra de la SCIE parece ser más político que jurídico o económico.

A continuación, analizaremos las principales disposiciones sobre SCIE.

IX.1. Consultas y negociación

La solución de diferencias comienza cuando el demandante solicita consultas por escrito (PA-AP, art. 10.15.2; TPP, art. 9.18.2). El T-MEC

no especifica cómo se inicia la controversia, pero su artículo 14.D.2.1 presupone que el demandante solicita consultas.

La fase de consultas y negociación es obligatoria según el artículo 10.15.1 PA-AP y opcional según el artículo 14.D.2.1 del T-MEC. A pesar de que la versión en español utiliza el verbo «deben» en el artículo 9.18.2 TPP, la fase de consultas y negociación no es obligatoria, ya que la versión inglesa utiliza un verbo condicional (*should*) y el texto en inglés prevalece (TPP, art. 30.8).

Cabe subrayar que las consultas y las negociaciones son importantes, ya que ofrecen a los inversionistas métodos alternativos de solución de controversias, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación, u otros mecanismos vinculantes de heterocomposición.

IX.2. Sometimiento de una reclamación a arbitraje

El artículo 14.D.3.1 del T-MEC permite las reclamaciones por infracciones al TN y al trato de NMF (con ciertas excepciones), o a las normas sobre expropiación directa (definidas en el anexo 14-B, sección 2), que hayan causado pérdidas o daños al demandante; es decir, excluye los estándares absolutos y la expropiación indirecta. La SCIE es completa entre de México y Estados Unidos, solo de acuerdo con el anexo 14-E; es decir, en relación con determinados sectores (por ejemplo, petróleo y gas natural, generación de energía, servicios de telecomunicaciones y transporte, y cierta infraestructura física). El artículo 10.16.1 del PA-AP autoriza reclamar por el incumplimiento de cualquier obligación sustantiva que haya causado pérdidas o daños al demandante. El artículo 9.19.1 del TPP permite reclamaciones por el incumplimiento de obligaciones sustantivas, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión que hayan causado pérdidas o daños al demandante. Por lo tanto, el alcance bajo el T-MEC es más estrecho y bajo el CPTPP es más amplio.

El artículo 9.19.2 del TPP permite a los Estados presentar una demanda reconvencional, a diferencia del PA-AP y del T-MEC.

Los tres tratados regulan de manera muy similar las siguientes etapas procesales (PA-AP, arts. 10.16.2-10.16.7; TPP, arts. 9.19.3-9.19.7; T-MEC, arts. 14.D.3.2-14.D.3.6). El demandante debe notificar por escrito al demandado su intención de someter la reclamación a arbitraje noventa días antes de presentarla. El demandante puede optar por el arbitraje de Ciadi, Cnudmi o, si las partes están de acuerdo, por cualquier otra institución o regla de arbitraje. Estos artículos también regulan cuándo una reclamación se considera sometida a arbitraje, la validez temporal de las normas de procedimiento y el nombramiento de los árbitros.

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

IX.3. Consentimiento al arbitraje y limitaciones al consentimiento

Las normas sobre el consentimiento al arbitraje son prácticamente idénticas (PA-AP, art. 10.17; TPP, art. 9.20; T-MEC, art. 14.D.4).

Las normas sobre la limitación del consentimiento incluyen plazos diferentes. No se podrá someter a arbitraje ninguna reclamación si han transcurrido más de tres años (PA-AP, art. 10.18.1), tres años y seis meses (CPTPP, art. 9.21.1), o cuatro años (T-MEC, art. 14.D.5.1(c)) desde la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la supuesta infracción y de la pérdida o el daño.

Las normas sobre consentimiento, renuncia y las medidas precautorias son prácticamente idénticas (PA-AP, arts. 10.18.2-10.18.3; TPP, arts. 9.21.2-9.21.3; T-MEC, arts. 14.D.5.1(d)-14.D.5.1(e) y 14.D.5.2).

Una de las disparidades más llamativas se refiere a la SCIE y los tribunales nacionales. Con arreglo al artículo 10.18.4 del PA-AP, si el demandante somete su reclamación a cualquier procedimiento de solución de controversias vinculante (incluidos los tribunales nacionales), precluye la posibilidad de un arbitraje en virtud del PA-AP. El anexo 9-J del TPP incluye una norma análoga, pero solo respecto de algunas partes, entre ellas Chile, México y Perú. Es decir, el anexo 9-J del TPP garantiza la convergencia normativa para los tres Estados que son parte de la AP y del CPTPP. Por el contrario, el artículo 14.D.5.1 del T-MEC exige que los inversionistas inicien primero un procedimiento ante los tribunales de justicia o administrativos del Estado demandado, que obtengan una decisión final de un tribunal de última instancia (a menos que las acciones procesales nacionales sean obviamente fútiles) o que esperen treinta meses desde la fecha en que se inició el procedimiento. Por lo tanto, existe una falta de convergencia normativa entre estos acuerdos que podría afectar a México.

Corre un plazo de cuatro años (cuarenta y ocho meses) desde que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la supuesta infracción y de la pérdida o el daño, y un plazo máximo de treinta meses para el procedimiento ante un tribunal nacional. Por lo tanto, del artículo 14.D.5.1 del T-MEC se desprende que un demandante diligente debiese iniciar el procedimiento ante un tribunal nacional a más tardar dieciocho meses después de que tuvo o debió haber tenido conocimiento de la supuesta infracción y de la pérdida o el daño. Parece ser un plazo estrecho.

IX.4. Selección de árbitros

Los artículos 10.19.1 y 10.19.3 a 10.19.5 del PA-AP, 9.22.1 a 9.22.4 del TPP y 14.D.6.1 a 14.D.6.4 del T-MEC contienen disposiciones similares

para seleccionar los árbitros, aunque el PA-AP incluye un plazo más largo antes de que el secretario general los nomine. Los requisitos profesionales de los árbitros difieren (PA-AP, art. 10.19.2; TPP, art. 9.22.5; T-MEC, art. 14.D.6.5), pero los tres tratados enfatizan que los árbitros deben ser independientes (PA-AP, art. 10.19.2; TPP, art. 9.22.6; T-MEC, art. 14.D.6.5(b)).

El artículo 9.22.6 del TPP se refiere a un código de conducta y a los conflictos de interés, mientras que el artículo 14.D.6.6 de la T-MEC abarca la recusación de los árbitros.

IX.5. Realización del arbitraje

Los tres tratados contienen disposiciones muy similares sobre la realización del arbitraje. El artículo 14.D.7.10 del T-MEC requiere que los arbitrajes sean expeditos y económicos.

IX.5.1. Sede del arbitraje

Los artículos 10.20.1 del PA-AP, 9.23.2 del TPP y 14.D.7.1 del T-MEC establecen que las partes pueden convenir la sede para el arbitraje. A falta de acuerdo, la determina el tribunal (aunque con ciertas limitaciones).

IX.5.2. Tercerías

Los artículos 10.20.2 del PA-AP, 9.23.2 del TPP y 14.D.7.2 del T-MEC admiten las tercerías en términos casi idénticos.

IX.5.3. Presentación de comunicaciones *amicus curiae*

Aunque el TLCAN no admitía explícitamente las comunicaciones *amicus curiae*, los árbitros de inversiones las aceptaban (Dumberry, 2002). A la luz de esa experiencia, el artículo 28.3 del modelo de TBI de 2012 de Estados Unidos las admitió, aunque sin regularlas en detalle. Los artículos 10.20.3 a 10.20.5 del PA-AP, 9.23.3 del TPP y 14.D.7.3 del T-MEC regulan la materia de manera bastante detallada. En esencia, los tribunales pueden admitirlas, previa consulta con las partes. Las normas del TPP y del T-MEC son casi idénticas, a diferencia de las del PA-AP.

IX.5.4. Objeciones preliminares

Las normas sobre objeciones preliminares son bastante similares (PA-AP, arts. 10.20.6-10.20.8; TPP, arts. 9.23.4-9.23.6; T-MEC, arts. 14.D.7.4-14.D.7.6). Ahora bien, el TPP y el T-MEC permiten al demandado objetar que la reclamación carece manifiestamente de mérito jurídico, a diferencia del PA-AP.

IX.5.5. Carga de la prueba

Los artículos 9.23.7 del TPP y 14.D.7.7 del T-MEC asignan la carga de la prueba al demandante. El PA-AP y el modelo de TBI de Estados Unidos de 2012 carecen de una disposición análoga.

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

IX.5.6. Excepciones

Son análogos los artículos 10.20.9 del PA-AP, 9.23.8 del TPP y 14.D.7.8 del T-MEC sobre excepciones y reconvencciones.

IX.5.7. Medidas provisionales

Los artículos 10.20.10 del PA-AP, 9.23.9 del TPP y 14.D.7.9 del T-MEC, relativos a las medidas provisionales, son análogos.

IX.5.8. Propuesta de laudo

El tribunal comunica una propuesta de laudo a petición de parte. Las disposiciones específicas difieren ligeramente (PA-AP, art. 10.20.11; TPP, art. 9.23.10; T-MEC, art. 14.D.7.12).

IX.5.9. Órgano de apelación/casación

Si bien todavía no existe un órgano permanente y multilateral de apelación/casación para la SCIE, varios tratados disponen que se adherirán cuando se cree. La mayoría de esos tratados se inspiran en los TBI modelo de Estados Unidos de 2004 y 2012 (Van den Berg, 2019, pp. 4-11), por lo que no sorprende la similitud de los artículos 10.20.12 del PA-AP y 9.23.22 del TPP con el artículo 28.10 del TBI modelo de Estados Unidos de 2012. Lo que sí sorprende es que el T-MEC carezca de una disposición análoga. Apoyamos firmemente la creación de un órgano de apelación para aumentar la coherencia entre los laudos arbitrales, lo que otorgaría más seguridad jurídica para los Estados anfitriones y para los inversionistas.

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá incluye un tribunal de apelación para revisar los laudos sobre SCIE, el que será sustituido en caso de crearse un mecanismo de apelación multilateral (arts. 8.28 y 8.29); sin embargo, estas disposiciones no han entrado en vigor ni se aplican provisionalmente en virtud del artículo 1 de la Decisión (UE) 2017/38 del Consejo, de 28 de octubre de 2016, relativa a la aplicación provisional del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra.

IX.5.10. Abandono del procedimiento

De acuerdo con el artículo 14.D.7.11 del T-MEC, el tribunal o el secretario general pueden decretar el abandono del procedimiento. Opinamos que el PA-AP y el CPTPP deberían incluir una disposición análoga, ya que contribuiría a la seguridad jurídica.

IX.5.11. Transparencia

Las disposiciones sobre transparencia son casi idénticas y requieren, por ejemplo, celebrar audiencias públicas y divulgar los documentos del arbitraje (PA-AP, art. 10.21; TPP, art. 9.24; T-MEC, art. 14.D.8). Excepcionalmente, con arreglo a los artículos 9.24.5 del TPP y 14.D.8.5 del T-MEC, los Estados deben aplicar sus leyes de divulgación de

información de manera prudente, a diferencia del artículo 10.21.5 del PA-AP. El TLCAN no incluía exigencias de transparencia, lo que muestra cómo han cambiado las expectativas a este respecto.

IX.5.12. Derecho aplicable

Como mencionamos antes, el T-MEC admite reclamaciones relativas al incumplimiento de determinadas obligaciones, el PA-AP admite reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones sustantivas del Estado anfitrión en virtud de un tratado, y el CPTPP admite reclamaciones por incumplimiento de una autorización o acuerdo de inversión (PA-AP, art. 10.16.1; TPP, art. 9.19.1; T-MEC, art. 14.D.3.1). En consecuencia, son análogas las disposiciones sobre el derecho aplicable a las reclamaciones por incumplimiento de las obligaciones sustantivas que emanan de los tratados y de las normas aplicables del derecho internacional, mientras que el CPTPP además contiene una norma sobre el derecho aplicable a las reclamaciones por incumplimiento de una autorización o acuerdo de inversión (PA-AP, art. 10.22.1; TPP, art. 9.25.1; T-MEC, art. 14.D.9.1).

IX.5.13. Interpretaciones auténticas

Los artículos 10.22.2 del PA-AP, 9.25.3 del TPP y 14.D.9.2 del T-MEC, así como la nota a pie de página 1 del capítulo 30 del T-MEC, enfatizan que las interpretaciones auténticas de la Comisión (PA-AP, art. 16.2.2(c); TPP, art. 27.2.2(f); T-MEC, art. 30.2.2(f)) son vinculantes para los tribunales. En determinadas circunstancias y con diferentes plazos, un tribunal puede solicitar a la Comisión una interpretación (PA-AP, art. 10.23; TPP art. 9.26; T-MEC, art. 14.D.10).

IX.5.14. Informes de expertos

Los tribunales pueden pedir informes periciales sobre asuntos científicos (PA-AP, art. 10.24; TPP, art. 9.27; T-MEC, art. 14.D.11).

IX.5.15. Acumulación de procesos

Varias reclamaciones sometidas a arbitrajes separados se pueden acumular si las partes lo acuerdan. Las disposiciones son casi idénticas (PA-AP, art. 10.25; TPP, art. 9.28; T-MEC, art. 14.D.12), excepto respecto de la falta de designación de un árbitro (sección 5).

IX.5.16. Laudos

Los tribunales pueden otorgar daños monetarios e intereses, y/o la restitución de la propiedad (PA-AP, art. 10.26.1; TPP, art. 9.29.1; T-MEC, art. 14.D.13.1). Los tribunales del T-MEC no pueden ordenar al Estado que adopte o no adopte otras acciones (nota 27). El artículo 14.D.13.2 del T-MEC exige pruebas adecuadas, no intrínsecamente especulativas. Los artículos 9.29.2 del TPP y 14.D.13.3 del T-MEC limitan la recuperación de pérdidas o daños, mientras que el artículo 10.26.3 del PA-AP requiere que la inversión se realice o se haya

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

realizado en el territorio del demandado. Los tribunales también pueden conceder costas y honorarios de abogados (PA-AP, art. 10.26.1; TPP, art. 9.29.3; T-MEC, art. 14.D.13.4). Solo la AP permite a los tribunales y a las partes establecer la responsabilidad de asumir los gastos y las costas (art. 10.26.2).

Como mencionamos antes, el artículo 9.19.1 del TPP admite las reclamaciones por incumplimiento de una autorización o acuerdo de inversión. En consecuencia, el artículo 9.29.4 regula los daños y perjuicios que el tribunal puede conceder para intentos de realizar una inversión.

Los artículos 10.26.4 del PA-AP, 9.29.5 del TPP y 14.D.13.5 del T-MEC regulan de forma casi idéntica el contenido del laudo arbitral. Un tribunal no concederá daños punitivos (PA-AP, art. 10.26.5; TPP, art. 9.23.6; T-MEC, art. 14.D.13.6). Como es usual en el derecho internacional público, los laudos no constituyen un precedente vinculante (PA-AP, art. 10.26.6; TPP, art. 9.23.7; T-MEC, art. 14.D.13.7)¹. Las partes contendientes deberán acatar y cumplir los laudos sin demora (PA-AP, arts. 10.26.7 y 10.26.9; TPP, arts. 9.23.8 y 9.23.10; T-MEC, arts. 14.D.13.8 y 14.D.13.10).

La ejecución de los laudos definitivos está sujeta a requisitos casi idénticos (PA-AP, art. 10.26.8; TPP, art. 9.23.9; T-MEC, art. 14.D.13.9). Si los Estados anfitriones incumplen, el demandante puede solicitar un tribunal arbitral (PA-AP, art. 10.26.10; TPP, art. 9.23.11; T-MEC, art. 14.D.13.11). Los procedimientos ejecutivos también son prácticamente idénticos (PA-AP, arts. 10.26.11-10.26.12; TPP, arts. 9.23.12-9.23.13; T-MEC, arts. 14.D.13.12-14.D.13.13).

Las disposiciones sobre notificaciones, entrega de documentos y domicilio procesal también son casi idénticas (PA-AP, art. 10.27 y anexo 10.27; TPP, art. 9.30; T-MEC, art. 14.D.14).

X. DISPOSICIONES ADICIONALES

La sección C del PA-AP incluye normas adicionales que destacan la importancia de promover las inversiones y la responsabilidad social (arts. 10.29-10.30). El artículo 10.31 enfatiza el ámbito regulatorio de los Estados anfitriones y condena la competencia mediante el relajamiento desregulatorio. Además, crea un mecanismo de consulta para implementar el capítulo de inversiones y un Comité Conjunto en Materia de Inversión y Servicios (arts. 10.32-10.33). La sección C no está sujeta a la solución de controversias (art. 10.28). El CPTPP y el T-MEC, por su parte, no incluyen disposiciones análogas.

¹ Estos artículos son citas casi literales del artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Tabla N° 1. Cuadro comparativo

Materia	PA-AP	CPTPP	T-MEC
Capítulo de inversiones	Capítulo 10	Capítulo 9	Capítulo 14
Cantidad de disposiciones	33 artículos, 3 secciones y 6 anexos	31 artículos, 2 secciones y 12 anexos (anexo 9-L suspendido)	17 artículos, 5 anexos
Definiciones	Artículo 10.1	Artículo 9.1	Artículo 14.1
Ámbito de aplicación	Artículo 10.2	Artículo 9.2	Artículo 14.2
Relación con otros capítulos	Artículo 10.3	Artículo 9.3	Artículo 14.3
Trato nacional	Artículo 10.4	Artículo 9.4	Artículo 14.4
Trato de nación más favorecida	Artículo 10.5	Artículo 9.5	Artículo 14.5
Nivel mínimo de trato	Artículo 10.6	Artículo 9.6	Artículo 14.6
Tratamiento en caso de conflicto armado	Artículo 10.7	Artículo 9.7	Artículo 14.7
Expropiación e indemnización	Artículo 10.12	Artículo 9.8	Artículo 14.8
Transferencias	Artículo 10.11	Artículo 9.9.	Artículo 14.9
Requisitos de desempeño	Artículo 10.8	Artículo 9.10	Artículo 14.10
Altos ejecutivos y juntas directivas	Artículo 10.9	Artículo 9.11	Artículo 14.11
Medidas disconformes	Artículo 10.10	Artículo 9.12	Artículo 14.12
Subrogación	No lo incluye	Artículo 9.13	Artículo 14.15
Formalidades especiales y requisitos de información	Artículo 10.14	Artículo 9.14	Artículo 14.13
Denegación de beneficios	Artículo 10.13	Artículo 9.15	Artículo 14.14
Inversión y medidas sobre salud, medioambiente y otros objetivos regulatorios	Artículo 10.31	Artículo 9.16	Artículo 14.16

171

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

Políticas de responsabilidad social	Artículo 10.30	Artículo 9.17	Artículo 14.17
Promoción de inversiones	Artículo 10.29	No lo incluye	No lo incluye
Implementación	Artículo 10.32	No lo incluye	No lo incluye
Comité conjunto en materia de inversión y servicios	Artículo 10.33	No lo incluye	No lo incluye
Solución de controversias entre un inversionista y un Estado	Sección B	Sección B	Anexo 14-D
Consultas y negociación	Artículo 10.15	Artículo 9.18	Artículo 14.D.2
Sometimiento de una reclamación a arbitraje	Artículo 10.16	Artículo 9.19 (algunas disposiciones suspendidas)	Artículo 14.D.3
Consentimiento al arbitraje	Artículo 10.17	Artículo 9.20	Artículo 14.D.4
Condiciones y limitaciones al consentimiento	Artículo 10.18	Artículo 9.21	Artículo 14.D.5
Selección de árbitros	Artículo 10.19	Artículo 9.22 (numeral 5 suspendido)	Artículo 14.D.6
Realización del arbitraje	Artículo 10.20	Artículo 9.23	Artículo 14.D.7
Transparencia	Artículo 10.21	Artículo 9.24	Artículo 14.D.8
Derecho aplicable	Artículo 10.22	Artículo 9.25	Artículo 14.D.9
Interpretación de anexos	Artículo 10.23	Artículo 9.26	Artículo 14.D.10
Informes de expertos	Artículo 10.24	Artículo 9.27	Artículo 14.D.11
Acumulación	Artículo 10.25	Artículo 9.28	Artículo 14.D.12
Laudos	Artículo 10.26	Artículo 9.29	Artículo 14.D.13
Entrega de documentos	Artículo 10.27	Artículo 9.30	Artículo 14.D.14
Entrega de documentos bajo la sección B (SCIE)	Anexo 10.27	Anexo 9-D	Anexo 14-D, apéndice 1

173

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

Derecho internacional consuetudinario	Anexo 10.6	Anexo 9-A	Anexo 14-A
Expropiación	Anexo 10.12	Anexo 9-B	Anexo 14-B
Expropiación relacionada con la tierra	No lo incluye	Anexo 9-C	No lo incluye
Transferencias	Anexo 10.11	Anexo 9-E	No lo incluye
Decreto Ley 600 (Chile)	Anexo sobre Decreto Ley 600 (Chile)	Anexo 9-F	No lo incluye
Deuda pública	No lo incluye	Anexo 9-G	Anexo 14-D, apéndice 2
Exclusiones de solución de diferencias (México)	Anexo sobre exclusiones de solución de diferencias (México)	No lo incluye	No lo incluye
Exclusiones de solución de diferencias (Australia)	No lo incluye	Anexo 9-H	No lo incluye
Mecanismo de <i>ratchet</i> de las medidas disconformes	No lo incluye	Anexo 9-I	No lo incluye
Sometimiento de una reclamación a arbitraje	No lo incluye	Anexo 9-J	Anexo 14-D, apéndice 3
Sometimiento de ciertas reclamaciones por tres años después a la entrada en vigor (Malasia)	No lo incluye	Anexo 9-K	No lo incluye
Acuerdos de inversión	No lo incluye	Anexo 9-L (suspendido)	No lo incluye
Transición para reclamaciones de inversiones existentes y reclamaciones pendientes	No lo incluye	No lo incluye	Anexo 14-C
Solución de controversias de inversión México-Estados Unidos relacionadas con contratos de gobierno cubiertos	No lo incluye	No lo incluye	Anexo 14-E

Fuente: elaboración propia.

XI. CONCLUSIÓN: CONVERGENCIA SUSTANTIVA, DIVERGENCIA PROCESAL

El objetivo general de este trabajo ha sido comparar y analizar los capítulos de inversión del PA-AP, el CPTPP y el T-MEC para determinar su grado de convergencia normativa. En las secciones anteriores hemos revisado y comparado la estructura de esos capítulos y las disposiciones individuales.

Aunque en este artículo comparamos los textos auténticos en español, también examinamos las versiones del TPP y del T-MEC en inglés. Llama la atención que algunas normas del TPP y del T-MEC sean copias literales en inglés, pero en español difieran porque incluyen sinónimos o expresiones análogas. Es casi seguro que esto se debe a que estos acuerdos se negociaron en inglés y luego se tradujeron al español. Es lamentable que los traductores del T-MEC no siguieran literalmente la traducción del TPP al español pues, con muy poco esfuerzo, hubiesen aumentado mucho la previsibilidad y la seguridad jurídica.

En cuanto a la convergencia, es necesario discernir las normas sustantivas y las procesales (es decir, SCIE).

En primer lugar, en lo que respecta a las normas sustantivas sobre inversiones, estos tratados incluyen principalmente definiciones, disposiciones sobre el ámbito de aplicación, normas de trato (TN y trato NMF), estándares absolutos (nivel internacional mínimo de trato, trato justo y equitativo, y protección y seguridad plenas), normas de protección de las inversiones (expropiación, indemnización y transferencias), y normas sobre requisitos de desempeño. En este sentido, los capítulos de inversión del PA-AP, el CPTPP y el T-MEC incluyen normas convergentes de última generación; por ejemplo, el derecho de los Estados anfitriones a regular con miras a objetivos legítimos de bienestar público. Creemos que representan un modelo bastante equilibrado en términos de derechos y deberes para los Estados anfitriones y los inversionistas, y que proporciona seguridad jurídica, con normas de inversión claras para los inversionistas y un derecho a regular bien definido para los Estados anfitriones.

Las normas y principios sustantivos no son idénticos, pero las diferencias son sobre todo de redacción y, en general, no afectan gravemente a su esencia. Además, Chile, Perú y México consiguieron introducir importantes excepciones en el TPP (como los anexos 9-E, 9-F y 9-J) que son coherentes con las normas del PA-AP, de modo que ambos acuerdos convergen en mayor medida para estas partes.

Por lo tanto, concluimos que las disposiciones sustantivas sobre inversión internacional en general son convergentes. Creemos que esta convergencia se debe, al menos en parte, al hecho evidente de que

muchas disposiciones reflejan los intereses de Estados Unidos, tal como se expresan en su modelo de TBI de 2012. Cuanto más converjan, más promoverán la integración económica en la región Asia-Pacífico (Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, 2020a).

En segundo lugar, las disposiciones y principios procesales (es decir, SCIE) en estos tratados exigen transparencia y oportunidades razonables de participación pública, y son sensatas en prevenir los abusos y las reclamaciones frívolas.

En lo que respecta a la convergencia procesal, nuestra evaluación difiere bastante a la de las disposiciones sustantivas. Las disposiciones sobre SCIE presentan importantes divergencias: las del TPP y del T-MEC son a menudo similares entre sí, pero divergen de las del PA-AP.

Además, las normas de SCIE respecto de las partes y de la protección en el T-MEC difieren en gran medida del PA-AP y del CPTPP. En primer lugar, la SCIE del T-MEC excluye a Canadá (excepto para las reclamaciones existentes y pendientes). En segundo lugar, el anexo 14-D del T-MEC se aplica a México y Estados Unidos, pero excluye los estándares absolutos y la expropiación indirecta. Según el anexo 14-E, la SCIE sin exclusiones entre México y Estados Unidos solo abarca ciertos contratos.

Es decir, observamos una paradoja: las normas sustantivas reflejan los intereses de Estados Unidos, pero las normas de procedimiento se aplican parcialmente entre Estados Unidos y México, o solo excepcionalmente entre Estados Unidos y Canadá. (Además, como Estados Unidos abandonó el TPP, esas normas de inversión no se aplican entre Estados Unidos y los Estados con los que negoció el TPP). Cabe destacar que la SCIE sí se aplica entre Canadá y México en cuanto partes del CPTPP, incluyendo protección y seguridad plenas. Por lo tanto, parece que Estados Unidos no está dispuesto a aplicar la SCIE a las normas sustantivas que él mismo ha promovido; y/o que otros Estados no quieren aplicar, con respecto a Estados Unidos, un sistema de SCIE que refleje las preferencias de ese país.

En conclusión, la poca diversidad normativa sustantiva permite que el AP, el CPTPP y el T-MEC ofrezcan a los Estados y a los inversionistas dos sistemas jurídicos de inversión independientes, pero altamente convergentes. Parece plausible que eso incentive las inversiones. Por lo tanto, la convergencia sustantiva ofrecerá oportunidades para la integración económica y posiblemente promoverá mayores flujos de inversión dentro de la región Asia-Pacífico y los atraerá hacia ella.

En contraste con la convergencia sustantiva, encontramos una fuerte divergencia procesal. Por eso, estimamos que, sin lugar a dudas, las

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

disposiciones procesales serán el criterio más importante a la hora de que los demandantes elijan el foro. En resumen, sostenemos que la diversidad de las disposiciones sustantivas no es un obstáculo para la convergencia normativa, a diferencia de las disposiciones procesales.

Sostenemos también que los próximos pasos en términos de convergencia deberían llevar a concluir las negociaciones con las partes del CPTPP que son candidatas a Estados asociados de la AP (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Singapur, de acuerdo con los lineamientos aplicables a los Estados Asociados a la Alianza del Pacífico (Alianza del Pacífico, s.f.). Además, las partes del CPTPP deberían iniciar las negociaciones de adhesión a la AP. Una mayor convergencia con el T-MEC no será posible mediante adhesiones, ya que el tratado no las permite (en contraste con el artículo 2204 del TLCAN); y tendría poco sentido debido a las divergencias normativas en materia de SCIE.

Otro objetivo, considerablemente más ambicioso, sería dictar interpretaciones vinculantes o incluso renegociar los capítulos de inversión para lograr un marco jurídico de inversión unificado para la AP y el CPTPP, especialmente en cuestiones de procedimiento, y quizás también renegociar los anexos 14-D y 14-E del T-MEC.

Estos pasos darían como resultado un grado aún mayor de convergencia normativa y una plataforma de inversión cada vez más integrada.

REFERENCIAS

Alianza del Pacífico. (28 de abril de 2011). *Declaración Presidencial sobre la Alianza del Pacífico (Declaración de Lima)*. <https://alianzapacifico.net/download/declaracion-de-lima-abril-28-de-2011/>

Alianza del Pacífico. (s.f.). *Lineamientos aplicables a los Estados Asociados a la Alianza del Pacífico*. <https://alianzapacifico.net/wp-content/uploads/ANEXO-LINEAMIENTOS-ESTADO-ASOCIADO-2.pdf>

Alvarez, J. E. (2016). Is the Trans-Pacific Partnership's Investment Chapter the New "Gold Standard"? *Victoria University of Wellington Law Review*, 47(4), 503-544. <https://doi.org/10.26686/vuwlr/v47i4.4789>

Amarasinha, S., & Kokott, J. (2008). Multilateral Investment Rules Revisited. En P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 119-153). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0004>

Chaisse, J. (2012). CPTPP Agreement: towards innovations in investment rule-making. En C. L. Lim, D. K. Elmsy y P. Low (eds.), *The Trans-Pacific Partnership: A Quest for a Twenty-first Century Trade Agreement*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139236775.015>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad). (2004). *Glossary of key terms and concepts in IIAs*. Ginebra.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad). (2013). Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap. *IIA Issues Note*, (2). http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf

Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/law:iic/9780199211753.001.1>

Dumberry, P. (2002). The NAFTA investment dispute settlement mechanism and the admissibility of amicus curiae briefs by NGOs. *Estudios Socio-Jurídicos*, 4(1), 58-82.

Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). (2011 [1994]). *APEC Non-Binding Investment Principles (NBIP)*. <https://www.apec.org/Achievements/Group/Committee-on-Trade-and-Investment-2/Investment-Experts-Group-2>

Furculita, C. (2020). FTA Dispute Settlement Mechanisms: Alternative Fora for Trade Disputes—The Case of CETA and EUJEP. En W. Weiß y C. Furculita (eds.), *Global Politics and EU Trade Policy. European Yearbook of International Economic Law* (pp. 89-111). Cham: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-030-34588-4_5

Gallardo-Salazar, N., & Tijmes-Ihl, J. (2020). Dispute Settlement at the World Trade Organization, the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, and the Pacific Alliance. *Journal of International Dispute Settlement*, 11 (4), 638-658. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idaa021>

Gallardo-Salazar, N., & Tijmes-Ihl, J. (2021). The Pacific Alliance and the CPTPP as alternatives to WTO dispute settlement. *Derecho PUCP*, (86).

Gutiérrez Haces, M. (2015). Entre la observancia de los Acuerdos de Protección a la Inversión y el derecho a instrumentar políticas públicas de desarrollo en América Latina. En J. M. Álvarez Zárate (ed.), *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho internacional de las inversiones?* (pp. 23-59). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Herreros, S., & García-Millán, T. (2017). *Opciones para la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR): la regulación de la inversión extranjera directa*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

Manciaux, S. (2008). The notion of investment: new controversies. *The Journal of World Investment & Trade*, 6, 801-824. https://doi.org/10.1007/978-3-030-34588-4_5

Nafta Free Trade Commission. (31 de julio de 2001). *Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*. Organization of American States Foreign Trade Information System. http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/Commission/CH11understanding_e.asp

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

Navarro, J. (2016). *The Trans-Pacific Partnership And The Pacific Alliance: Complementary Agreements Toward Higher Regional Economic Integration in The Asia Pacific Region*. Vancouver: Asia Pacific Foundation of Canada (ABAC).

Nottage, L. (2016). The TPP Investment Chapter and Investor-State Arbitration in Asia and Oceania: Assessing Prospects for Ratification. *Melbourne Journal of International Law*, 17(2), 1-36.

Novak, F., & Namihas, S. (2015). *Alianza del Pacífico: situación, perspectivas y propuestas para su consolidación*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Konrad Adenauer Stiftung.

Polanco Lazo, R. (2015). El capítulo de inversión en el Acuerdo de Asociación Transpacífico: ¿una posibilidad de cambio y convergencia? En J. M. Álvarez Zárate (ed.), *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho internacional de las inversiones?* (pp. 173-198). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Rodríguez Aranda, I. (2014). Nuevas configuraciones económicas en el Asia-Pacífico y sus consecuencias para América Latina: desde el APEC a la Alianza del Pacífico. *Dados-Revista de Ciências Sociais*, 57(2), 553-580. <https://doi.org/10.1590/0011-5258201416>

Schill, S. (2015). *Reforming Investor-State Dispute Settlement (ISDS): Conceptual Framework and Options for the Way Forward*. Ginebra: E15Initiative.

Schill, S. (2016). International Investment Law and Comparative Public Law in a Latin American Perspective / Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado en una perspectiva latino-americana. En A. Tanzi, A. Asteriti, R. Polanco y P. Turrini (eds.), *International Investment Law in Latin America/ Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Leiden: Brill Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004311473_003

Schreuer, C. (2010). Full protection and security. *Journal of International Dispute Settlement*, 1(2), 353-369. <https://doi.org/10.1093/jnlids/ldq002>

Toro-Fernandez, J.-F. (2018). *Normative Convergence Between the Pacific Alliance and the Comprehensive and Progressive Agreement for Transpacific Partnership as a Way of Attracting Investments and Promoting Services Chaining with Asia-Pacific* [tesis de LLM, Universität Heidelberg - Universidad de Chile]. Santiago de Chile: Heidelberg Center Latin America.

Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-Ihl, J. (2020a). Service chaining model between the Pacific Alliance and the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership. *Mundo Asia Pacífico*, 9(17), 5-21. <https://doi.org/10.17230/map.v9.i17.01>

Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-Ihl, J. (2020b). The Pacific Alliance and the Belt and Road Initiative. *Asian Education and Development Studies* [preprints]. <https://doi.org/10.1108/AEDS-08-2019-0126>

Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-Ihl, J. (s.f.). *La Alianza del Pacífico y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP)* [en prensa].

Van den Berg, A. (2019). Appeal Mechanism for ISDS Awards: Interaction with the New York and ICSID Conventions. *ICSID Review*, 34(1), 156-189. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siz016>

Zegarra Rodríguez, J. A. (2015). Los capítulos de inversión en los TLC y los TBI en Sudamérica, relaciones de conflicto o nuevos paradigmas. En J. M. Álvarez Zárate (ed.), *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho internacional de las inversiones?* (pp. 199-218). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_s.ASP

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Framework_Agreement_Pacific_Alliance_s.pdf

Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Final_Texts/Spanish/TPP_Index_s.asp

Marvin Roy Feldman Karpa vs. United Mexican States. Laudo, caso número ARB(AF)/99/1 (Icsid, 16 de diciembre de 2002).

Methanex vs. United States of America. Laudo final (Uncitral (Nafta), 3 de agosto de 2005).

Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Index_Pacific_Alliance_s.asp

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Kingdom of Morocco. Decisión de Jurisdicción, caso número ARB/00/4 (Icsid, 23 de julio de 2001).

Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA_ToC_PDF_s.asp

LOS CAPÍTULO
DE INVERSIONES
EN LA ALIANZA
DEL PACÍFICO, EL
CPTPP Y EL T-MEC:
CONVERGENCIA
SUSTANTIVA,
DIVERGENCIA
PROCESAL

PACIFIC ALLIANCE,
CPTPP AND USMCA
INVESTMENT
CHAPTERS:
SUBSTANTIVE
CONVERGENCE,
PROCEDURAL
DIVERGENCE

Recibido: 30/10/2020
Aprobado: 12/03/2021

Ventas marítimas y confluencia contractual^{*}

Maritime sales and contractual confluence

JOSÉ ANTONIO PEJOVÉS MACEDO^{*}

Universidad de Lima (Perú)

Resumen: Se estima que cerca del 80 % del comercio mundial, se transporta por medio de buques; es decir, se trata de traslados de mercancías que se realizan por el modo marítimo. La venta marítima es una especie de compraventa y se entiende como una forma de intercambio comercial a distancia. Desde sus orígenes, su dinamismo guarda estrecha relación con las fluctuaciones propias del comercio internacional como consecuencia de políticas de apertura de los mercados o la adopción de medidas proteccionistas.

Es conocido que en las ventas marítimas se presenta la confluencia de al menos cuatro contratos, a saber: el contrato de compraventa, el contrato de transporte, el contrato de crédito documentario y el contrato de seguro de la carga. Esta investigación analiza la dinámica de las ventas marítimas con énfasis en el contrato principal, que es el de compraventa internacional, y se aproxima al estado de la cuestión en el Perú.

Palabras clave: Venta marítima, compraventa internacional, transporte marítimo de mercancías, seguro de carga, crédito documentario

Abstract: It is estimated that ships transport about 80 % of world trade; in other words, these are goods transfers carried out by maritime mode. The maritime sale is a kind of sale and is understood as a form of distance commercial exchange. Originally, its dynamism has been closely related to the fluctuations inherent to international trade because of market opening policies or the adoption of protectionist measures.

It is a known fact that in maritime sales the confluence of at least four types of contracts occurs: The sales contract, the transport contract, the documentary credit contract and the cargo insurance contract. This investigation analyzes the dynamics of maritime sales with emphasis on the main contract, which is the international sales contract, and approaches the state of the art in Peru.

Key words: Maritime sales, international sales, maritime transport of goods, cargo insurance, documentary credit

^{*} Este artículo se basa en una investigación auspiciada por el Instituto de Investigación Científica (IDIC) de la Universidad de Lima que se realizó gracias a un concurso llevado a cabo a comienzos de 2020. El trabajo de investigación original se titula *Ventas marítimas en el comercio internacional: confluencia de la compraventa, el transporte marítimo, el seguro de carga y el crédito documentario*.

^{**} Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú, e investigador del Instituto de Investigación Científica (IDIC) por la misma casa de estudios. Magíster en Derecho con inscripción del diploma en trámite por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Código ORCID: 0000-0002-6507-9368. Correo electrónico: jpejoves@ulima.edu.pe

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ANÁLISIS DE LAS VENTAS MARÍTIMAS, SU VINCULACIÓN CON EL COMERCIO INTERNACIONAL Y LA INEXISTENCIA DE REGULACIÓN INTERNACIONAL.- II.1. ANÁLISIS DE LAS VENTAS MARÍTIMAS: ANTECEDENTES, EVOLUCIÓN Y DEFINICIÓN.- II.1.1. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL COMERCIO MARÍTIMO.- II.1.2. APROXIMACIÓN A LA DEFINICIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS VENTAS MARÍTIMAS.- II.1.3. VINCULACIÓN DE LAS VENTAS MARÍTIMAS CON EL COMERCIO INTERNACIONAL.- II.1.4. INEXISTENCIA DE REGULACIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL ESPECÍFICA PARA LAS VENTAS MARÍTIMAS.- III. LA CONFLUENCIA Y LA VINCULACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE COMPRAVENTA, TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS, SEGURO DE LA CARGA Y CRÉDITO DOCUMENTARIO.- III.1. LA CONFLUENCIA Y LA VINCULACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.- III.2. PRESENTACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y DE LAS PRÁCTICAS GLOBALES REFLEJADAS EN LAS HERRAMIENTAS DE CARÁCTER CONTRACTUAL, VINCULADOS CON LOS CONTRATOS CONFLUYENTES.- III.2.1. CONVENIOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LOS CONTRATOS CONFLUYENTES (*HARD LAW*).- III.2.2. HERRAMIENTAS DE CARÁCTER CONTRACTUAL (*SOFT LAW*) Y AUTORREGULACIÓN.- IV. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DEFINICIÓN, TRANSNACIONALIDAD Y UNIFORMIDAD, Y CARACTERÍSTICAS.- IV.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.- IV.2. DEFINICIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.- IV.3. UNIFICACIÓN DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y DE LAS NORMAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL, Y TRANSNACIONALIDAD DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.- IV.3.1. UNIFICACIÓN DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y DE LAS NORMAS SOBRE COMPRAVENTA INTERNACIONAL.- IV.3.2. LA TRANSNACIONALIDAD DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL.- IV.4. CARACTERÍSTICAS DE LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DE LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980 (CNUCCIM).- IV.4.1. UNA APROXIMACIÓN A LA CNUCCIM.- IV.5. INSTRUMENTOS COMPLEMENTARIOS APLICABLES A LA COMPRAVENTA INTERNACIONAL.- IV.5.1. LA CONVENCIÓN SOBRE LA PRESCRIPCIÓN EN MATERIA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS (NUEVA YORK, 1974).- IV.5.2. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES.- IV.5.3. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA UTILIZACIÓN DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (NUEVA YORK, 2005).- V. LOS INCOTERMS 2020 RELACIONADOS CON LAS VENTAS MARÍTIMAS: FAS, FOB, CFR Y CIF.- V.1. GENERALIDADES RESPECTO A LOS INCOTERMS.- V.1.1. ENTREGA DE LAS MERCANCÍAS, TRANSMISIÓN DEL RIESGO Y OBLIGACIONES DOCUMENTARIAS.- V.1.2. LOS INCOTERMS Y LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD.- V.1.3. LOS INCOTERMS Y LAS VENTAS MARÍTIMAS.- V.2. UNA APROXIMACIÓN A LOS INCOTERMS EXCLUSIVAMENTE MARÍTIMOS.- VI. EL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS Y EL CONTRATO DE FLETAMENTO: DIFERENCIAS ENTRE

ELLOS Y LA EXISTENCIA DE DOS HEMISFERIOS EN LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS.- VI.1. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS Y EL CONTRATO DE FLETAMENTO.- VI.2. LOS DOS HEMISFERIOS EN LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS.- VII. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PERUANA Y LOS CONVENIOS Y PRÁCTICAS INTERNACIONALES CON RELACIÓN A LAS VENTAS MARÍTIMAS Y LOS CONTRATOS CONFLUYENTES.- VIII. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS VENTAS MARÍTIMAS.- IX. REFLEXIONES FINALES.

VENTAS MARÍTIMAS
Y CONFLUENCIA
CONTRACTUAL

MARITIME SALES
AND CONTRACTUAL
CONFLUENCE

I. INTRODUCCIÓN

Hace décadas se puede afirmar que en el tráfico mercantil internacional, específicamente en las compraventas de mercancías entre sujetos cuyos establecimientos están localizados en países distintos, se presenta la confluencia de al menos cuatro contratos, a saber: el contrato de compraventa, el contrato de transporte marítimo de mercancías, el contrato de crédito documentario y el contrato de seguro de la carga. Sin embargo, como se sabe, siglos atrás las compraventas y el transporte marítimo confluyeron, cuando menos. En las ventas marítimas —que, como veremos más adelante, son una especie de compraventa de las relaciones jurídicas contractuales que concurren y están vinculadas funcionalmente en los intercambios comerciales—, resulta que el contrato principal es el de compraventa, con la precisión de que no todos los contratos de compraventa constituyen una venta marítima, pues puede ocurrir que la transacción mercantil se complemente con un trayecto no vinculado con el tráfico marítimo en el que las mercancías objeto del intercambio se desplazan por otros modos de transporte, como el aéreo o el terrestre.

Los otros contratos mencionados son accesorios, pues sin el cierre de la compraventa como acto principal de comercio no habría necesidad de contratar el medio de transporte, ni el seguro que cubre eventuales daños a la carga trasladada, ni el crédito documentario estrictamente necesario para garantizar el pago cuando se trata de compraventas internacionales. Cabe subrayar que la confluencia de los cuatro contratos antes citados se da principalmente en operaciones de comercio exterior, y es poco frecuente que se celebren ventas marítimas que no estén respaldadas por seguros de carga y cartas de crédito.

Si bien es cierto que cada contrato es autónomo e involucra a distintas empresas —vendedores (exportadores), compradores (importadores), líneas navieras, compañías de seguros y bancos, entre otras—, esas relaciones jurídicas involucradas tienen sus propios marcos jurídicos y sus propios «canales de interpretación». No obstante, también se presenta una interdependencia que podría conllevar la aplicación de distintos cuerpos normativos, desde convenios internacionales y leyes nacionales

hasta *lex mercatoria*¹, la cual contiene prácticas difundidas globalmente en calidad de *soft law*².

Las ventas marítimas no se encuentran reguladas en ningún instrumento internacional vinculante. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías o Cnucim (Viena, 1980), de la que el Perú es parte³, no contiene ningún apartado sobre la materia; sin embargo, dicho instrumento internacional sí recoge algunas normas sobre ventas con transporte. Las ventas marítimas tampoco se encuentran normadas en ninguna ley o reglamento integrante del ordenamiento jurídico peruano.

Frente a la falta de regulación especial en el plano normativo internacional y nacional, las ventas marítimas sí están consideradas en los Términos de Comercio Internacional (Incoterms, por sus siglas en inglés) de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), desde su primera versión de 1936 hasta la última revisión, vigente desde el 1 de enero de 2020. Como se sabe, los Incoterms son reglas muy utilizadas en las ventas de plaza a plaza, se insertan en los contratos de compraventa internacional, y su finalidad es regular las obligaciones y derechos de las partes, así como precisar la distribución de riesgos y gastos entre ellas. Asimismo, los Incoterms forman parte de prácticas difundidas globalmente y son integrantes de la nueva *lex mercatoria*.

Junto a la confluencia de contratos antes señalada, se presenta también una confluencia de instrumentos del derecho uniforme del comercio internacional y del derecho marítimo uniforme, e instrumentos normativos con fuerza vinculante —*hard law*—⁴, con herramientas de carácter contractual de la nueva *lex mercatoria*, como los referidos Incoterms, las Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (UCP 600) de la CCI aplicables a las cartas de crédito,

1 La definición de *lex mercatoria* no es unívoca, los especialistas que se han ocupado del tema la han abordado desde diferentes ángulos en relación con el derecho mercantil y con el derecho del comercio internacional. Personalmente, considero que la *lex mercatoria* es la autorregulación puesta en práctica por los sujetos que intervienen en los intercambios transfronterizos en aquellos lugares donde el comercio marítimo es relevante. Esta autorregulación consiste en usos y costumbres recogidos en reglas, códigos, formularios o pólizas adoptados y utilizados internacionalmente para facilitar las transacciones comerciales y el transporte. En este orden de ideas, Mustill L.J., citado por Faya (2004), hace alusión a diferentes definiciones adoptadas por la doctrina, como: «(i) 'un conjunto de principios generales y de costumbres espontáneamente referidas a o elaboradas bajo el marco del comercio internacional, sin referencia a un sistema nacional de derecho específico'; (ii) 'un cuerpo de leyes autónomo creado por la comunidad internacional de los comerciantes'; (iii) 'un fenómeno de reglas uniformes al servicio de las necesidades básicas del comercio internacional y la cooperación económica'» (p. 48). Sobre los orígenes de lo que conocemos como *lex mercatoria*, véase la nota al pie 13.

2 Se conoce como *soft law* a normas que no son de aplicación obligatoria que las personas pueden emplear voluntariamente en sus relaciones jurídicas. Se opone al *hard law*, que sí es vinculante.

3 El Perú se adhirió a la Cnucim el 25 de marzo de 1999 mediante el Decreto Supremo N° 011-99-RE y está vigente en el país desde el 1 de abril de 2000.

4 Como la referida Cnucim, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 —mejor conocido como las Reglas de Hamburgo— o el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque de 1924 —mejor conocido como las Reglas de La Haya—, por citar algunos ejemplos.

o las pólizas o formularios utilizados para documentar contratos de utilización de buques elaborados por organismos internacionales no gubernamentales, por mencionar algunos instrumentos del *soft law* que forman parte del derecho transnacional.

El objetivo de este artículo radica en analizar las ventas marítimas y la mencionada confluencia contractual, así como la normativa internacional y las prácticas globales relacionadas con las ventas marítimas, con énfasis en el contrato de compraventa internacional; y examinar cómo se reflejan esas normas y prácticas internacionales, especialmente si nos atenemos al hecho de que los estudios y el conocimiento sobre las ventas marítimas es muy reducido en el país.

II. ANÁLISIS DE LAS VENTAS MARÍTIMAS, SU VINCULACIÓN CON EL COMERCIO INTERNACIONAL Y LA INEXISTENCIA DE REGULACIÓN INTERNACIONAL

II.1. Análisis de las ventas marítimas: antecedentes, evolución y definición

Según diversos estudios publicados, se calcula que aproximadamente el 80 % del comercio mundial se transporta por medio de buques; es decir, de modo marítimo. Esta realidad del transporte, vinculada con el traslado de mercancías en el tráfico internacional, se debe fundamentalmente al hecho de la eficiencia de los buques, pues estos son los vehículos con mayor capacidad para trasladar grandes volúmenes y toneladas de carga en largas distancias y con menores costos⁵.

Los acuerdos comerciales internacionales, que contienen pactos de apertura de mercados y de supresión o disminución de aranceles⁶, han tenido como efecto directo una mayor intensidad en las transacciones mercantiles —compraventa internacional— y, por consiguiente, un notable aumento en el tráfico marítimo y portuario.

5 Los buques modernos tienen dimensiones colosales que han ido aumentando con el paso del tiempo, fenómeno que se conoce como el «gigantismo de los buques». Respecto al tráfico de carga contenedorizada, que está relacionado con los servicios regulares que trasladan mercancías homogéneas consolidadas en los recipientes conocidos como contenedores, tenemos que el buque portacontenedores más grande del mundo en la actualidad es el HMM Algeciras, en funciones desde el 27 de abril de 2020 y operado por Hyundai Merchant Marine, que tiene 400 metros de eslora —longitud—, 61 metros de manga —ancho—, 33,20 metros de puntal —altura— y puede transportar nominalmente 23 964 TEU —unidad equivalente a veinte pies—.

6 Según la página web Acuerdos Comerciales del Perú (acuerdoscomerciales.gob.pe), del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, consultada el 8 de mayo de 2020, el Perú tiene suscritos y vigentes veintidós acuerdos comerciales: la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), y los tratados con Canadá, Corea Sur, la Unión Europea, Honduras, la Comunidad Andina, Chile, Singapur, Tailandia, Costa Rica, Australia, el Mercado Común del Sur (Mercosur), México, China, Japón, Venezuela, Cuba, Estados Unidos, la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), Panamá y la Alianza del Pacífico.

II.1.1. Antecedentes y evolución del comercio marítimo

La evolución del comercio marítimo está históricamente relacionada a la evolución del derecho mercantil y el derecho marítimo. La doctrina mercantil y marítima se ha ocupado bastante de este punto; es más, en la mayoría de tratados y manuales sobre estas disciplinas encontramos capítulos que exponen el dato histórico.

Desde la antigüedad, el comercio internacional —es decir, las transacciones mercantiles realizadas por mercaderes domiciliados en dos Estados distantes— estaba ligado a la utilización de buques —galeras explotadas por el *exercitor navis* en Roma y, posteriormente, el *senyor de la nau* medieval, que explotaba naos o bajeles, entre otros— para el traslado de las mercancías entre los puertos, desde donde luego eran transportadas a almacenes, ferias o tiendas para la realización de las compraventas locales. En esta línea, Ray (1996) recuerda que

la explotación marítima se realizaba mediante una estrecha vinculación entre el titular del buque y el de las mercaderías transportadas [...] En la Edad Media, si el propietario del buque no era de las mercancías, se formalizaba una asociación entre los titulares del buque y de la carga, distribuyéndose los beneficios obtenidos por las ventas de los productos transportados, en el puerto de destino (pp. 413-414).

De esas vinculaciones entre navieros o titulares de buques, y embarcadores o titulares de la carga, surgieron una serie de relaciones jurídicas en Europa, que resultan ser los antecedentes —en algunos casos— de los contratos de colaboración empresarial y de las sociedades mercantiles de nuestros tiempos. En este sentido, Ray (1996) sostiene que en la Edad Media

Nacieron así instituciones en el Mediterráneo y en el Norte de Europa, especialmente en el Báltico, como la *comanda*, la *colonna* y la *societas maris* en el Sur y figuras similares en el Norte, especialmente las escandinavas [...] Tiempo después se produce una disociación entre la explotación del negocio marítimo y el del comercio de ultramar, con la consiguiente contraposición de intereses» (p. 414).

Esta aproximación histórica sobre el comercio marítimo es desarrollada con mayor abundamiento por el profesor Ray (1994) en su obra *Derecho de la navegación*, concretamente en el tomo II.

En los tiempos modernos, la disociación entre las actividades mercantiles del empresario naviero y las del empresario dedicado al comercio exterior —es decir, el importador y exportador de bienes— resulta evidente, pues se trata de negocios diferentes y perfectamente distinguibles. Se manifiesta con la contraposición de intereses, básicamente centrados en el precio del flete, que es la contraprestación que paga el titular de la

carga al naviero o porteador por el transporte de mercancías; así como también en lo relativo a la distribución de costos y riesgos asociados al transporte —la expedición marítima— y la logística.

El antagonismo entre navieros y usuarios de los servicios de transporte marítimo se trasluce también en una cuestión medular como es la concerniente a la responsabilidad civil del porteador por los daños a la carga durante el transporte, cuestión esta que se refleja en el tráfico marítimo y en las negociaciones que han conllevado a la adopción de instrumentos internacionales que norman el transporte marítimo internacional de mercancías —como se analiza más adelante—, y también en la adopción de normas nacionales sobre el particular.

La venta marítima, como una forma de compraventa a distancia, se consolida en la segunda mitad del siglo XIX, en paralelo a la irrupción de innovaciones tecnológicas en la navegación marítima, como el cambio del sistema de propulsión de los buques durante el siglo antepasado, que pasaron de la conjunción del viento y el velamen a los motores; y el invento y uso masificado de los contenedores en la segunda mitad del siglo XX. Estas poderosas innovaciones, verdaderamente disruptivas en el sector marítimo, a las que se les sumaron otras innovaciones no tecnológicas, pero asimismo relevantes, como las nuevas formas de organización empresarial en la industria marítima⁷ y la presencia de nuevos operadores⁸, inmersos en operaciones comerciales contenidas en relaciones jurídicas sofisticadas; y, posteriormente, la suscripción de acuerdos comerciales entre países o bloques de países, como se señaló líneas atrás, tuvieron un impacto en el incremento del comercio mundial y, consecuentemente, en el tráfico marítimo y portuario.

II.1.2. Aproximación a la definición y clasificación de las ventas marítimas

Una aproximación a la definición de la venta marítima, que constituye una especie de compraventa, como se ha mencionado anteriormente, permite ubicar este tipo de relaciones jurídicas con precisión en el contexto de las transacciones mercantiles internacionales. En este orden de ideas, «Las ventas marítimas pertenecen a las categorías de las ventas de plaza a plaza y se caracterizan por la incidencia del transporte marítimo, accesoria o substancialmente, en el régimen de derechos y obligaciones de las partes» (Górriz, 1999, p. 337).

7 Como son, por ejemplo, los contratos de agenciamiento marítimo, o los contratos de colaboración empresarial entre empresas navieras, que se manifiestan en las llamadas «alianzas», que han reemplazado a las «conferencias marítimas», venidas a menos y prácticamente desaparecidas por la adopción en distintos países, como los Estados Unidos o los Estados miembros de la Unión Europea, de leyes sobre libre competencia.

8 Por citar solamente algunos de estos operadores: agentes marítimos —llamados «consignatarios de buques» en algunos sistemas—, agentes de carga —llamados también «transitarios» o *freight forwarders*—, operadores de transporte multimodal, corredores de buques —*ship brokers*— o los llamados *non vessel operating common carrier* (NVOCC).

Ripert (1954), por su parte, destaca que «Se llama venta marítima, la venta comercial de mercancías que son enviadas del vendedor al adquiriente por mar. Son, por consecuencia, ventas en las cuales entra en consideración el transporte marítimo efectuado con la mercancía vendida» (p. 247).

El concepto de venta marítima, como lo afirma la doctrina autorizada que citamos en este artículo, asocia indisolublemente la compraventa de bienes con el transporte marítimo. La concurrencia de ambos contratos, al menos, en una suerte de entrelazamiento entre el comprador o el vendedor y el naviero, es un elemento sustancial para entender los alcances de la venta marítima.

Hay que poner en relieve el desplazamiento de las mercancías objeto del contrato de compraventa como efecto del transporte marítimo de las mismas, especialmente en relación con la obligación de entrega y distribución de riesgos entre las partes que intervienen en las ventas marítimas.

La venta marítima está vinculada con el derecho marítimo porque su especialidad radica en el hecho técnico de la navegación por agua. Si bien es cierto el transporte de mercancías cada vez es más de «puerta a puerta» que de «puerto a puerto» —debido, principalmente, al uso masificado de los contenedores⁹ y al crecimiento del multimodalismo o del llamado transporte «parcialmente marítimo», expresión esta última en sintonía con las Reglas de Rotterdam¹⁰—, se tiene que las ventas marítimas conservan su especialidad y su gravitación sobre aquellos intercambios comerciales que utilizan otros modos de transporte. Siguiendo esta lógica, como lo señala Arroyo (2001), «las ventas marítimas continúan manteniendo su especialidad, como lo demuestra el hecho de que fórmulas típicas de las ventas marítimas se estén aplicando a transacciones realizadas con otros modos de transporte» (p. 656). Es digno de resaltar el hecho de que en las transacciones mercantiles internacionales se estén usando Incoterms, los cuales trataremos más adelante, propios del modo marítimo para ventas en las que se utilizan otros modos de transporte, como el aéreo o el terrestre.

Las ventas marítimas, además de tener como nota distintiva la venta de bienes de plaza a plaza —a distancia— y como núcleo el traslado de las mercancías por medio de buques —transporte marítimo— y su

9 Kaj Pineus, como lo recuerda Palacio (2001), define al contenedor como «un recipiente cerrado, pero no necesariamente con llave, de forma, medidas y construcción variables, repetidamente usado para el transporte de cargas a granel en unidades demasiado grandes para ser manipuladas a mano, o para el transporte de cargamento general, integrado en un conjunto unitario, que hace necesaria su manipulación mecánica» (p. 24).

10 Las Reglas de Rotterdam es como se conoce al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transportes Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008), que aún no ha entrado en vigencia.

entrega al destinatario, tiene también como elemento de distinción el relativo al entrecruzamiento o confluencia de al menos cuatro contratos: compraventa, transporte marítimo, crédito documentario y seguro de la carga. La falta de regulación es otra característica de la venta marítima, al no encontrarse normada por ningún instrumento internacional a pesar de su importancia para el comercio global. También adolece de disciplina normativa en la legislación nacional al no estar regulada, en nuestro caso, por el Código Civil de 1984 o por el vetusto Código de Comercio de 1902. Una última característica, no menos relevante, es la estrecha relación de las ventas marítimas con los Incoterms. En esta línea, Górriz (1999) sostiene, sin que pueda afirmar que se han operado cambios a esta afirmación en los últimos veinte años, que:

Las ventas marítimas más importantes en la actualidad son cuatro: franco al costado del buque (*Free Alongside Ship* o F.A.S.), franco a bordo (*Free on Board* o F.O.B.), coste y flete (*Cost and Freight* o C.A.F.) y coste, seguro y flete (*Cost, Insurance and Freight* o C.I.F.) (p. 339).

Con relación a cómo se clasifican las ventas marítimas, Arroyo (2001) menciona que «En función de la persona a la que se confían las mercancías, las ventas se clasifican en ventas directas o indirectas» (p. 663). En las ventas directas el vendedor —exportador— pone los bienes a disposición del comprador —importador— en el puerto de destino, bien sea en el buque o sobre el muelle; y en las ventas indirectas el vendedor confía los bienes o mercancías al porteador —la empresa naviera— o los sitúa en el buque, de modo que cuando cumple esa actividad conforme a lo estipulado en el contrato y la legislación aplicable, se entiende que ha cumplido con su obligación de entrega (Arroyo, 2001, p. 663). Más adelante nos referiremos a estos aspectos con mayor detalle. Las ventas marítimas son una realidad en el tráfico mercantil, tanto nacional como internacional; sin embargo, es en los intercambios comerciales transnacionales en los que las ventas marítimas se evidencian con mayor intensidad, debido principalmente a las distancias que deben cubrirse para desplazar las mercancías objeto de los contratos de compraventa. Más allá del incremento de las operaciones de transporte multimodal y del transporte intermodal, resulta meridianamente claro que el modo de transporte dominante siempre será el marítimo en desmedro de los modos terrestre y aéreo, esto principalmente por lo que apuntamos antes respecto a la enorme capacidad de transporte que tienen los buques frente a otros vehículos. Por esta razón, que no se reduce solo a una cuestión de nomenclatura, es válido denominar como «venta marítima» a la confluencia contractual antes mencionada.

En las páginas siguientes precisaremos las características de los servicios de transporte marítimo desde la perspectiva de los contratos

de utilización de buques —transporte marítimo y las modalidades de fletamentos— y la existencia de los llamados servicios regulares y no regulares de transporte marítimo.

II.1.3. Vinculación de las ventas marítimas con el comercio internacional

Resulta evidente la vinculación cercana que existe entre las ventas marítimas y el comercio internacional por el hecho ya señalado de que, aproximadamente, el 80 % del comercio mundial se moviliza por medio de buques. Este dato es determinante para sostener que es indiscutible la estrecha relación entre la compraventa internacional y el transporte marítimo, y que es precisamente el contrato de compraventa internacional el que establece la relación jurídica principal en los intercambios comerciales entre partes domiciliadas en plazas localizadas en países distintos.

Como bien sostienen Fernández *et al.* (2013):

Uno de los rasgos esenciales del tráfico mercantil es la circulación de valores patrimoniales pues la actividad comercial comporta una acción mediadora en el desplazamiento de cosas, derechos o servicios de un titular a otro. En este contexto el contrato de compraventa es el más frecuente de cuantos se generan en las relaciones mercantiles, pudiendo considerarse como el prototipo de los contratos (pp. 359-360).

Para efectos de este trabajo, la circulación o desplazamiento de bienes o mercancías que son objeto de contratos de compraventa, como se ha venido señalando, es la que atañe a las transportadas en buques contratados por empresarios que ejercen su actividad empresarial en dos Estados distintos y distantes, y que están vinculados por una operación de comercio exterior en la que confluyen al menos cuatro contratos autónomos, entre ellos el de compraventa y el de transporte marítimo.

Una de las características distintivas del contrato de compraventa internacional, como se ha apuntado, es el hecho de que se trata de un acto jurídico celebrado entre personas distantes. En esta línea, Alba (2012) considera que:

El vendedor y el comprador se hallarán separados por una cierta distancia física, y dicha separación tiene una serie de implicaciones en sus relaciones. Lo que a nosotros nos interesa es esto último, pues puede afirmarse con carácter general que en estos contratos será necesario desplazar la mercancía de un lugar a otro (p. 377).

El desplazamiento de bienes entre puertos y almacenes distantes se manifiesta en dos tipos de contratos de compraventa, distinguibles a su vez precisamente por el desplazamiento de las mercancías, los cuales se ven reflejados en la Cnucim: contratos que no implican el transporte de

mercancías y contratos que sí implican el transporte de las mercancías —verbigracia, ventas marítimas—, tipo contractual que se desarrolla y analiza en esta investigación.

II.1.4. Inexistencia de regulación internacional y nacional específica para las ventas marítimas

Conviene destacar que las ventas marítimas no tienen una regulación internacional específica ni tampoco están normadas en leyes nacionales, como pueden ser los códigos de comercio que contienen partes dedicadas a la navegación y el comercio marítimo, o las leyes de navegación marítima como cuerpos legales especiales en materia de transporte marítimo, fletamento y otras instituciones de derecho marítimo.

En el plano internacional, la Cnuccim —de la que el Perú es parte— no contiene ningún apartado sobre la materia; sin embargo, dicho instrumento internacional sí recoge algunas normas sobre ventas con transporte, como se mencionó precedentemente.

En el Perú y en varios ordenamientos jurídicos del sistema continental —*civil law*—, además de la carencia de regulación específica de las ventas marítimas en cuerpos legales comerciales y marítimos como los señalados, tampoco existe una regulación especial de esta clase de contrato de compraventa en el Código Civil de 1984, el cual, como se sabe, norma la compraventa en el Título I de la Sección segunda del Libro VII, titulado «Fuente de las Obligaciones».

Frente a la falta de regulación especial en el plano normativo internacional y nacional, las ventas marítimas sí están consideradas en los Incoterms de la CCI, desde su primera versión de 1936 hasta la última revisión, de 2020. Como se sabe, los Incoterms son reglas muy utilizadas en las ventas de plaza a plaza, se insertan en los contratos de compraventa internacional y su finalidad es regular las obligaciones y derechos de las partes, así como precisar la distribución de riesgos y gastos entre ellas. Los Incoterms son una expresión más de la llamada nueva *lex mercatoria* y no están recogidos en leyes o convenios internacionales, pero su uso está muy extendido en el comercio internacional.

Los Incoterms 2020, vigentes desde el 1 de enero de 2020, contienen once términos propuestos y su clasificación los distingue entre términos utilizables para cualquier modo de transporte —inclusive el transporte multimodal e intermodal—, y los términos clásicos relacionados con el transporte marítimo y, por consiguiente, utilizados en las ventas marítimas. Los cuatro términos exclusivamente marítimos son: *Free Alongside Ship* (FAS), *Free on Board* (FOB), *Cost and Freight* (CFR) y *Cost, Insurance and Freight* (CIF); y los otros siete términos: *Ex -Works* (EXW), *Free Carrier* (FCA), *Carriage Paid To* (CPT), *Carriage and Insurance Paid To* (CIP), *Delivered at Place* (DAP), *Delivered at Place Unloaded* (DPU)

VENTAS MARÍTIMAS
Y CONFLUENCIA
CONTRACTUAL

MARITIME SALES
AND CONTRACTUAL
CONFLUENCE

y *Delivered Duty Paid* (DDP), son polivalentes, en el sentido señalado anteriormente de que pueden ser utilizados para compraventas de bienes que se tengan que desplazar por cualquier medio de transporte.

III. LA CONFLUENCIA Y LA VINCULACIÓN FUNCIONAL DE LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE COMPRAVENTA, TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS, SEGURO DE LA CARGA Y CRÉDITO DOCUMENTARIO

Como se indicó precedentemente, en las ventas marítimas confluyen al menos cuatro contratos autónomos y distinguibles: el contrato de compraventa, el contrato de transporte marítimo, el contrato de seguro de la carga y el contrato crédito documentario.

Estas transacciones transfronterizas suponen la vinculación de las relaciones jurídicas mencionadas, así como la aplicación de normas y prácticas —usos y costumbres— internacionales. En esta línea, es ineludible referirse a la presencia de un derecho mercantil y un derecho marítimo conectados con la globalización, también llamada mundialización. De allí la aspiración de contar con normas uniformes que se apliquen a las relaciones jurídicas de operadores domiciliados en distintos países, los cuales tienen ordenamientos legales diferentes, relacionados muchas veces incluso con sistemas jurídicos también distintos como el *common law* y el romano-germánico o continental. Como bien apunta Illescas (2005):

Ante todo, las normas jurídicas aplicables han de resultar uniformes: un mismo contrato internacional ha de tener la misma disciplina cualquiera que sea el país en el que se celebre y se cumpla, una misma discrepancia contractual ha de tener la misma solución cualquiera que sea el Estado en el que se suscite y resuelva. Esta característica es la llamada uniformidad y constituye el requisito básico del derecho comercial de la globalización (p. 82).

La uniformidad de las normas, tantas veces proclamada por la doctrina que aborda el derecho del comercio internacional y el derecho marítimo, es un asunto que no es propio de nuestros tiempos. Mucho antes, los comerciantes medievales se autorregularon espontáneamente mediante estatutos que recogían los usos y costumbres de la época, los mismos que conformaron la tantas veces mencionada *lex mercatoria*. Así, los mercaderes crearon por necesidad su propio *ius mercatorum*, distinto del derecho común y del derecho canónico¹¹.

¹¹ Sobre la antigua uniformidad del derecho aplicable al comercio, Fernández (2001), refiriéndose al hecho de que la *lex mercatoria* resolvía las cuestiones propias del comercio internacional, sostiene que «la práctica de las grandes ferias había dado lugar a un Derecho de carácter universal aplicable a las relaciones mercantiles y nacido de los usos comunes de los participantes en el comercio

III.1. La confluencia y la vinculación funcional de los contratos internacionales

La venta marítima que analizamos en esta investigación habría que ubicarla, como se ha mencionado antes, como una especialidad de la compraventa internacional por el dato de las transacciones transfronterizas entre partes con establecimientos en Estados diferentes, las cuales nos instalan ante una relación jurídica internacional.

De las relaciones jurídicas contractuales concurrentes y vinculadas funcionalmente en las transacciones mercantiles internacionales, la doctrina que se ha ocupado del tema es pacífica al sostener que el contrato principal es el de compraventa, el mismo que adquiere una connotación «internacional» cuando se trata de una operación en la que las partes —comprador y vendedor— están domiciliadas en Estados diferentes, específicamente en lo concerniente a las normas aplicables al contrato, que —como se ha señalado— no encuentran en los códigos civiles nacionales el marco adecuado por tratarse de relaciones jurídicas transnacionales.

Los otros contratos —es decir, el contrato de transporte marítimo, el contrato de seguro de carga y el contrato de crédito documentario— son accesorios en relación con el carácter principal del contrato de compraventa internacional. Por ello, sin el perfeccionamiento de la compraventa como relación jurídica principal del comercio transfronterizo, no se encadenaría el resto de contratos autónomos antes mencionados.

La existencia del negocio jurídico nuclear de la compraventa internacional gatilla la necesidad de celebrar los contratos accesorios: el de transporte marítimo para trasladar las mercancías del puerto de origen al de destino y, eventualmente, conectar con otro medio de transporte; el contrato de seguro de carga para que cubra eventuales daños a los bienes durante su traslado y hasta su entrega en destino; y el de crédito documentario, necesario para el pago por parte del comprador —importador— de los productos adquiridos. Sin embargo, es conveniente precisar que la celebración de los contratos de seguro de carga y de crédito documentario son potestativos, no es una obligación de los contratantes asegurar la carga ni del comprador garantizar el pago con una carta de crédito, pues existen otras formas de pago. Pese a ello, es cierto que una operación

internacional. Al efecto surgieron normas similares de ciudad a ciudad que dieron origen a un Derecho formado por costumbres y prácticas de una clase social, la de los comerciantes, que existía en todas las ciudades, con la misma mentalidad y necesidades. Un Derecho que era, por consiguiente, uniforme para todos los comerciantes de distintas ciudades al margen de ciertas diferencias locales muy concretas, y que tuvo una incidencia en toda la Cristiandad, desde las ciudades portuarias del Mediterráneo, al mar Báltico, pasando por la costa atlántica, incluyendo Inglaterra (*anglice Law Merchant*)» (p. 88).

diligente de compraventa internacional normalmente conlleva el que la carga se traslade con una buena cobertura asegurativa.

La confluencia de los contratos de compraventa, transporte marítimo, seguro de carga y crédito documentario se hace patente, como se viene mostrando, en el tráfico comercial internacional, en el que normalmente los contratos de compraventa celebrados que tienen un trayecto marítimo —es decir, las ventas marítimas—, por cuestiones relacionadas con la seguridad jurídica que toda transacción exige, están acompañados por los contratos de seguro de carga y crédito documentario, que conforman el grupo de contratos accesorios en la confluencia contractual. Aunque es oportuno señalar que se pueden producir ventas marítimas locales cuando los contratos confluyentes se celebran entre empresas domiciliadas en un mismo país, lo que conlleva a que el contrato de transporte marítimo se ejecute entre puertos ubicados en el mismo territorio, algo que se conoce técnicamente como contrato de transporte marítimo en tráfico nacional o cabotaje.

Otros autores identifican y le dan relevancia —al menos en las compraventas FOB— a dos contratos: el de compraventa y el de transporte marítimo. En esta línea, Ostoja (1973) señala que «Se afirma que confluyen cuando menos dos contratos pues muy a menudo se da el caso de que la operación de compraventa está financiada por un crédito documentario, el mismo que implicará nuevas relaciones contractuales» (p. 106).

En el mismo contexto, y resaltando las relaciones para el intercambio transfronterizo de mercancías que constituyen las operaciones mercantiles internacionales más antiguas —compraventa y transporte marítimo—, las mismas que pueden remontarse sin hipérbole al Medioevo, Alba (2012) considera que:

dichas transacciones definen uno de los *clusters* contractuales anteriormente aludidos: el más anciano de ellos, constituido por la terna que conforman el contrato de compraventa, como contrato principal, el contrato de transporte y el contrato de crédito documentario (u otros contratos para la financiación o la intermediación en el pago), y a la que probablemente podríamos unir también el contrato de seguro (de mercancías) (p. 374).

En las relaciones jurídicas confluyentes, de cada contrato autónomo surgen naturalmente derechos y obligaciones de las partes vinculadas en sus distintas posiciones: vendedor —exportador—, comprador —importador—, transportista, embarcador, asegurador, asegurado o garante financiero.

Esta investigación se circunscribe a los contratos internacionales confluyentes señalados en la introducción de este apartado y no aborda los contratos de servicios portuarios, como los de estiba o depósito, relaciones jurídicas que en algunas oportunidades están ligadas a los contratos de transporte marítimo y que, finalmente, se celebran y ejecutan en algún puerto integrante de un sistema portuario nacional.

III.2. Presentación de los convenios internacionales y de las prácticas globales reflejadas en las herramientas de carácter contractual, vinculados con los contratos confluyentes

Los contratos confluyentes de compraventa, transporte marítimo, seguro de la carga y crédito documentario están contemplados en instrumentos internacionales vinculantes de los que el Perú es parte o lo ha sido hasta fecha muy reciente, como ocurre con la compraventa internacional y el transporte marítimo. Cabe señalar que algunas cuestiones también están recogidas en prácticas globales —de alcance internacional— reflejadas en instrumentos contractuales de uso muy difundido internacionalmente, que configuran como *soft law* y paradigmas de lo que se conoce como nueva *lex mercatoria*, como es el caso de los Incoterms y de los UCP 600 de la CCI, por ejemplo.

Es válido afirmar que la exigencia del comercio internacional, particularmente de los sujetos que intervienen en los intercambios mercantiles transfronterizos, conllevó a la formulación de instrumentos internacionales bajo la forma de tratados vinculantes para los Estados parte y también de expresiones —como se anotó antes— de un *soft law* bastante difundido internacionalmente.

Es preciso también resaltar que los mercados, cada vez más globalizados en los últimos treinta años, generaron el surgimiento de un derecho uniforme convencional que tiene carta de ciudadanía tanto en la regulación del comercio internacional como en la del transporte marítimo, y actividades y situaciones conexas.

En la misma línea, y solo aludiendo al contrato de principal de la confluencia de relaciones jurídicas, la compraventa, la necesidad de regulación internacional —bien sea a través del *hard law* o del *soft law*— es imprescindible porque se requiere de un marco legal que sustente los contratos internacionales, toda vez que surge la complicación no poco frecuente de que las legislaciones del vendedor y del comprador sean diferentes; y esto se evidencia en el proceso de formación del contrato, que exige prolijidad en la negociación de las condiciones de pago y las condiciones de entrega, la distribución de riesgos y costos asociados a la

relación, y respecto de los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes involucradas (Fernández *et al.*, 2013, p. 361).

La lista de instrumentos legales puede ser extensa conforme estos se acoplen o excluyan según el criterio empleado, y no se pretende en esta investigación hacer siquiera una lista abierta, sino presentar aquellos instrumentos vinculados con los contratos confluyentes que sirven de sustento y referencia normativa a las relaciones jurídicas sometidas a este estudio. Estos instrumentos integran el derecho mercantil internacional y el derecho marítimo.

III.2.1. Convenios internacionales relacionados con los contratos confluyentes (*hard law*)

Los convenios internacionales vinculantes que se mencionan en esta parte son los que regulan los contratos de compraventa internacional y de transporte marítimo internacional de mercancías, pues, de los contratos confluyentes analizados en esta investigación, son los que disponen de una normativa *hard law*.

Incluso antes de la apertura de mercados, que aceleró el comercio internacional desde la década de los años noventa del siglo pasado, ya se había registrado un impulso internacional en la búsqueda de la uniformidad mediante instrumentos sustantivos. Esa apertura supuso la libre circulación de bienes y servicios, y se materializó en acuerdos comerciales y en procesos de integración más sofisticados, en los que la liberación comercial es uno de los componentes. El aumento del tráfico comercial, por su parte, generó un incremento de las relaciones jurídicas y, naturalmente, de las controversias, razón por la que la aspiración a uniformar las normas concernientes al comercio internacional y al transporte marítimo toma nuevo impulso como un método más eficaz para resolver los conflictos de leyes que el ofrecido por el derecho internacional privado.

En este orden de ideas, conviene recordar que el derecho mercantil codificado —cuyos orígenes se remontan al siglo XIX— y el derecho internacional privado no ofrecieron un marco legal suficiente para el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas internacionales vinculadas con el comercio transfronterizo. De allí la tendencia marcada hacia la unificación del derecho mercantil internacional que produce lo que Rafael Illescas denomina en distintos trabajos como el «derecho uniforme del comercio internacional», como veremos más adelante, al que habría que agregar la difusión transnacional que tiene el derecho uniforme marítimo, tanto en el plano mercantil como en el laboral y técnico¹².

¹² Me refiero a los distintos tipos de convenios internacionales marítimos. Los convenios mercantiles son aquellos formulados en la actualidad por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho

Los convenios internacionales que se mencionan en este estudio son tratados conforme lo dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), en el sentido de que son acuerdos internacionales celebrados por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional. Nos referimos a tres instrumentos internacionales en concreto: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980); el Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, conocido como las Reglas de La Haya (Bruselas, 1924)¹³; y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, conocido como las Reglas de Hamburgo (Hamburgo, 1978).

El 12 de mayo de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 012-2020-RE, mediante el cual el Estado peruano denunció el Convenio para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque, acto que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 15 de este instrumento, producirá efecto un año después de haber llegado la notificación a poder del Gobierno belga. Como resulta imposible que el Perú, tras la denuncia de las Reglas de La Haya, quede con un vacío normativo en la regulación del transporte marítimo internacional de mercancías, todo indica que en los próximos meses se debe estar depositando el instrumento de adhesión del referido Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978.

La parte medular de los convenios internacionales que regulan el transporte marítimo internacional de mercancías, como los son las Reglas de La Haya y las Reglas de Hamburgo, es la relativa a la responsabilidad del porteador. Las Reglas de Hamburgo, a diferencia de la Reglas de La Haya, contienen un régimen de responsabilidad más equilibrado en cuanto a la distribución de riesgos y costos entre el porteador y embarcador. En este sentido, la doctrina maritimista es pacífica al afirmar que las Reglas de Hamburgo, además de ser técnicamente superiores a las Reglas de La Haya, son más convenientes para países cargadores como el Perú.

III.2.2. Herramientas de carácter contractual (*soft law*) y autorregulación

Los instrumentos de carácter contractual de la nueva *lex mercatoria* que, como expresión de *soft law* son comúnmente utilizados en los contratos confluyentes, para efecto de los alcances de esta investigación, son

Mercantil Internacional (Uncitral, por sus siglas en inglés) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad, por sus siglas en inglés), los convenios laborales son formulados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los instrumentos técnicos por la Organización Marítima Internacional (OMI).

13 Las Reglas de La Haya desde su adopción y entrada en vigor, han tenido dos protocolos de enmienda: el que se conoce como Visby de 1968 y el de los Derechos Especiales de Giro (DEG) de 1979, ambos aprobados en Bruselas. El Perú no es parte de estos instrumentos.

principalmente: los Incoterms 2020 de la CCI; los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales; los formularios que contienen conocimientos de embarque —*bills of lading*— utilizados para documentar contratos de transporte marítimo y de fletamento, elaborados por organizaciones internacionales no gubernamentales como el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (Bimco, por sus siglas en inglés); las Institute Cargo Clauses de 2009 de la International Underwriters Association (IUA), aprobadas también por la Lloyd's Market Association y utilizadas en los contratos de seguro de mercancías o carga; y las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (UCP 600) de la CCI, aplicables a las cartas de crédito.

La adopción y uso de herramientas de carácter contractual responde a una autorregulación de los empresarios como operadores que interactúan en el comercio internacional. Este «orden espontáneo» en términos hayekianos, como se advirtió precedentemente, viene del Medioevo, cuando emergió el derecho mercantil en el Mediterráneo, creado por la clase de los mercaderes, quienes adoptaron normas flexibles basadas en usos y costumbres, y un sistema también flexible alejado de los formalismos escolásticos, para resolver sus controversias. Como bien destaca Fernández (2001):

la flexibilización como tendencia general del Derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa. Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del Derecho del comercio internacional y gracias a la armonización conseguida a través de ellos cabe aspirar a la reducción de las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos y a que los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización (p. 145).

La autorregulación del mercado por parte de las personas vinculadas por el comercio transnacional cuenta con el concurso de organismos internacionales no gubernamentales como la CCI y otros más que se mencionan en esta investigación, entidades que formulan esta moderna *lex mercatoria* basada en usos y costumbres mercantiles.

En esta línea, una característica de la autorregulación impulsada por los empresarios es el repliegue del Estado como proponente de normas de aplicación obligatoria y la irrupción de gremios de empresarios con presencia global o, por lo menos, con una capacidad para proyectar internacionalmente sus herramientas de carácter contractual. En este contexto, Fernández *et al.* (2013) sostienen:

la sociedad de comerciantes, a través de sus asociaciones manifiesta una tendencia a orientar el mercado en ciertas direcciones concretas

fomentando nuevos tipos de prácticas mercantiles, señaladamente en las transacciones transfronterizas. Surge así una suerte de *soft law* al margen de la normativa estatal [...] Dichas asociaciones poseen un sentido muy arraigado de los intereses que deben defender y ello se proyecta en la elaboración de una serie de instrumentos reguladores de importantes operaciones de comercio internacional, cuya finalidad es asegurar un mínimo de seguridad (pp. 54-55).

Es conveniente señalar que estas herramientas de la nueva *lex mercatoria*, como se aprecia, constituyen prácticas mercantiles con solera; es decir, usos y costumbres que conviven muchos años con las relaciones jurídicas que se estudian en esta investigación. No debe perderse de vista que nuestro Código de Comercio estipula:

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del Derecho común (art. 2).

IV. EL CONTRATO DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DEFINICIÓN, TRANSNACIONALIDAD Y UNIFORMIDAD, Y CARACTERÍSTICAS

El contrato de compraventa internacional, entre los contratos confluyentes en las ventas marítimas, resulta ser el negocio jurídico principal —como se explicó anteriormente— y está dotado de su propia autonomía, estructura y características.

Esta parte aborda el estudio del contrato de compraventa internacional, para lo cual lo define y desarrolla sus antecedentes, características distintivas, los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador, y, por el nexo intrínseco, se analiza la Cnuccim. La descripción del contrato que se realiza pretende encuadrar la institución de tal forma que se pueda entender con mayor claridad la ubicación de las ventas marítimas en el tráfico mercantil internacional.

IV.1. Antecedentes históricos del contrato de compraventa internacional

Las transacciones internacionales en forma de compraventas son actividades en las que el hombre ha estado inmerso desde hace siglos. Sin perjuicio de forzar la voz «internacional», es posible afirmar que el intercambio comercial medieval en el Mediterráneo entre reinos o ciudades Estado italianas, o el comercio en el Báltico en la misma época entre las ciudades hanseáticas, o el comercio con el Oriente a través de

la Ruta de la Seda, son expresiones de esos intercambios transfronterizos de antigua data, que se remontan aún antes de los orígenes del *ius mercatorum*¹⁴. En este sentido, los mercaderes de la Edad Media se valieron de la *lex mercatoria*, que evidentemente es muy anterior al surgimiento de los Estados modernos.

Entonces, tenemos que el tráfico comercial transnacional y las normas que lo regulan han existido siempre y constituyen los antecedentes del llamado derecho mercantil uniforme internacional, o derecho uniforme del comercio internacional (DUCI)¹⁵, expresado en convenios internacionales y en la *lex mercatoria*. Se trata de instrumentos que regulan la propiedad industrial e intelectual, el transporte de mercancías, la solución de disputas, el crédito documentario, el comercio electrónico y, por supuesto, la compraventa internacional, entre otros asuntos.

La compraventa internacional y la venta marítima han evolucionado a lo largo del tiempo, tanto en lo concerniente a la actividad *per se* como en lo relativo al contrato mismo. Dicha evolución ha conllevado operaciones más complejas, traducidas en contratos con cláusulas más sofisticadas y una regulación internacional acorde, la cual ha permitido que compradores y vendedores instalados en países distintos puedan cerrar tratos con elevados niveles de seguridad jurídica.

IV.2. Definición del contrato de compraventa internacional

Las definiciones en derecho pueden tener cierto grado de albedrío de parte de quien las formula; sin embargo, son útiles para acotar y darle contexto al estudio de las instituciones. En este sentido, Bigio (1997) recuerda una frase de Luis Echecopar García, quien expresaba: «Es preferible definir con limitadas imperfecciones que no definir dejando todo a la duda o al capricho» (p. 186). Como es conocido, algunos códigos y leyes recogen definiciones en su articulado y algunas veces glosarios de términos que pueden facilitar la aplicación de las normas.

La compraventa es un contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y este a pagar su precio en dinero. Esa definición del contrato de compraventa, contenida en el Código Civil peruano, permite una primera aproximación a la definición de compraventa internacional, cuyo elemento de «internacionalidad» la distingue de las compraventas realizadas dentro de una circunscripción nacional. En esa definición de compraventa queda establecido que no se trata de un contrato traslativo de propiedad, sino que se establece la

14 Sobre el *ius mercatorum*, ver Galgano (1987) y Petit (2016).

15 Con relación al derecho uniforme del comercio internacional (DUCI), Illescas (2005) sostiene que «La expresión y su abreviatura la empleé por primera vez en un trabajo publicado con ocasión del 25° aniversario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL), Illescas R., «El Derecho Uniforme del Comercio Internacional y su sistemática», *Revista de Derecho Mercantil*, 1993, núm. 207, pp. 37 y ss.» (p. 81).

obligación del vendedor de transmitir la propiedad al comprador y la de este de pagar una suma de dinero a aquel. En la misma línea, Illescas y Perales (2013) mencionan que:

La definición del contrato de compraventa es prácticamente universal y gira en relación con las obligaciones principales de las partes conforme al contrato: entrega de la cosa, la transmisión de la propiedad y el pago del precio. En consecuencia, la obligación del vendedor es una obligación de dar (*dare*) la cosa por oposición a otros tipos contractuales en los que la obligación consiste en un hacer (*facere*), como sucede con los contratos de obra o de servicio (pp. 98-99).

VENTAS MARÍTIMAS
Y CONFLUENCIA
CONTRACTUAL

MARITIME SALES
AND CONTRACTUAL
CONFLUENCE

El contrato de compraventa internacional es una relación jurídica de intercambio en la cual el vendedor —exportador— se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador —importador— a cambio del pago de su precio en dinero. Es un dato relevante que las partes se encuentran domiciliadas o tienen sus establecimientos en países distintos, y que el contrato se puede regir por alguna ley nacional escogida libremente por las partes o someterse a algún instrumento internacional como la Cnucim. Las controversias que surjan de esa relación jurídica también pueden someterse por acuerdo de las partes a la solución que brinde un árbitro o tribunal arbitral internacional.

IV.3. Unificación del derecho del comercio internacional y de las normas sobre compraventa internacional, y transnacionalidad del contrato de compraventa internacional

La unificación del derecho del comercio internacional, como lo veremos en esta parte, se expresa —entre otras manifestaciones— en la adopción de tratados que buscan regular uniformemente las relaciones jurídicas transnacionales, entre ellas la compraventa, que, como se ha señalado repetidamente, constituye el núcleo de las ventas marítimas internacionales.

IV.3.1. Unificación del derecho del comercio internacional y de las normas sobre compraventa internacional

El DUCI, del que precisamente la Cnucim es uno de los instrumentos vinculantes de mayor relevancia, fue concebido por las necesidades del comercio internacional para darle certeza, seguridad y celeridad al tráfico mercantil internacional. La Cnucim permite establecer anticipadamente las normas aplicables a la compraventa internacional; es decir, ofrece un estándar de seguridad jurídica basado en la previsibilidad, por oposición al rudimentario sistema conflictual, básicamente de resolución, que regía los negocios jurídicos transfronterizos antes del surgimiento del derecho mercantil uniforme internacional (Illescas, 2005, p. 84).

Esas normas uniformes que residen fundamentalmente en las costumbres del comercio internacional, encuentran también su origen en la necesidad de que los comerciantes dispusieran de reglas para prevenir conflictos derivados de los negocios jurídicos, necesidad que fue un acicate para impulsar la adopción de instrumentos internacionales uniformes que permitieran una mayor fluidez en los intercambios transnacionales. Este *compliance* mercantil exhibe sus logros en consonancia con el incremento del comercio internacional, que cuando se escriben estas líneas atraviesa una coyuntura de contracción debido a la pandemia de COVID-19, que seguramente se superará a partir de 2021.

Como es sobradamente conocido, el derecho internacional privado ofrece remedios ante los conflictos de leyes¹⁶; sin embargo, estas soluciones no resultan eficaces en materia mercantil, pues los intercambios comerciales transfronterizos requieren de prevención y agilidad en la composición de las controversias que surjan entre las partes. Sobre esta cuestión, Fernández (2001) afirma:

Por eso pese a los innegables logros de la codificación del Derecho internacional privado, no puede desconocerse que el método más radical y eficaz para resolver los conflictos de leyes consiste en su eliminación a través de la unificación de los Derechos nacionales. No en vano esta faceta de la unificación constituye la garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supranacionales, dotándolas de mayor seguridad jurídica y facilitando al operador jurídico la previsibilidad del Derecho (p. 37).

Dejar atrás en el comercio internacional las normas de conflicto aplicables *ex post* e instaurar reglas uniformes predictibles y aplicables *ex ante* ha supuesto un avance en el desarrollo y expansión del tráfico mercantil. En resumen, representa uniformidad y coherencia en el diseño de normas compatibles con las distintas familias jurídicas por oposición a la disparidad imperante en los distintos sistemas jurídicos nacionales potencialmente aplicables a los contratos. En esta línea, Fernández *et al.* (2013) consideran que «La necesidad de perfeccionamiento y armonización se basa en la comprobación de que las leyes nacionales suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y de que existe una notable disparidad entre ellos» (p. 58).

La Cnuccim, como también los Incoterms de la CCI o los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, son expresiones de los diversos métodos que pueden emplearse para profundizar la unificación del derecho mercantil internacional, siendo la primera un

¹⁶ El artículo 2095 del Código Civil peruano permite deslindar respecto de la legislación aplicable en un contrato internacional, en caso las partes no hayan pactado el ordenamiento legal al que se somete la relación jurídica.

instrumento internacional vinculante y los últimos manifestaciones de la nueva *lex mercatoria*. Más allá de coyunturas complejas de guerras comerciales o pandemias que afectan al comercio internacional, la tendencia a uniformar o armonizar las normas del comercio internacional es un proceso inexorable, de allí que se pueda afirmar que el DUCI continuará profundizándose.

IV.3.2. La transnacionalidad de la compraventa internacional

El contrato de compraventa internacional es un contrato transnacional, transfronterizo o internacional. Estos adjetivos, entre otras consideraciones, suponen la presencia de contratantes cuyos domicilios o establecimientos se encuentran ubicados en Estados diferentes, y la ejecución de contratos en los que la tradición de los bienes y la prestación de los servicios conllevan actos de traslación entre dos o más territorios nacionales.

El contrato de compraventa internacional se puede entender como una expresión del derecho global en la que entra en juego el pluralismo jurídico, manifestado por la aplicación de normas nacionales, internacionales o transnacionales —como los repetidamente mencionados Incoterms—, de acuerdo a la elección que hagan las partes conforme al ejercicio de su libertad contractual.

La compraventa internacional es una especie de contrato internacional, género que, desde una óptica moderna, está constituido por diversos negocios jurídicos ligados a coyunturas en las que se registra una mayor intensidad en el tráfico mercantil transnacional.

La universalidad —que también podríamos llamar globalización— del tráfico mercantil internacional está reivindicada históricamente desde hace siglos, mucho antes de que las relaciones entre pueblos y Estados adquiriesen la intensidad patente en la actualidad.

Como se ha indicado, una de las características distintivas del contrato de compraventa internacional es que se trata de un acto jurídico celebrado entre personas distantes, necesariamente domiciliadas o con establecimientos ubicados en dos países diferentes, lo cual conlleva cierto nivel de dificultad en cuanto al ordenamiento legal que regula la relación jurídica, no exenta de cierto grado de inseguridad jurídica, cuestión que precisamente la aplicación de la *Cnuccim* y la *lex mercatoria* —apreciadas como poderosos instrumentos homogéneos— permite remediar.

IV.4. Características de la compraventa internacional desde la perspectiva de la Convención de Viena de 1980 (Cnuccim)

Las características de la compraventa internacional que se describen a continuación se explican en el contexto de las ventas marítimas y desde

la óptica de la Cnuccim, tomada en calidad de instrumento internacional vinculante del que el Perú es parte.

El hecho de que la compraventa conste por escrito, en un documento bien estructurado, no es una exigencia o formalidad que deba cumplirse para que el contrato sea válido y surta efectos entre las partes, ni para que pueda considerarse como una característica de este tipo de negocios jurídicos. No obstante, que la compraventa se documente, preferiblemente con la intervención de un letrado, es una cuestión que las partes deberían considerar cada vez que se celebre un contrato de esta naturaleza.

Es recomendable que los contratos de compraventa internacional se celebren por escrito. Esto implica que el diseño del contrato cuando menos tenga un contenido mínimo que recoja: la información general de las partes contratantes, las características de las mercancías o bienes objeto de la compraventa, lo relativo a la inspección de las mercancías antes de la expedición, el precio y las condiciones de pago, las condiciones y la fecha de entrega de las mercancías, el mecanismo de solución de controversias —siempre es aconsejable una cláusula de sometimiento a la jurisdicción arbitral—, la inserción del Incoterm que convenga al vendedor y al comprador, y una alusión necesaria respecto a la aplicación de la Cnuccim como marco legal del contrato, así como una cláusula que indique que tanto la Cnuccim como los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales se aplicarán supletoriamente para cubrir aquellos aspectos que las partes no hayan contemplado.

Para el caso de compraventas de mercancías manufacturadas o bienes tangibles, es recomendable utilizar el modelo CCI de contrato de compraventa internacional.

IV.4.1. Una aproximación a la Cnuccim

La Cnuccim se firmó en Viena el 11 de abril de 1980 con el propósito de disponer de un instrumento internacional que uniformice lo concerniente a los contratos de compraventa internacional. La adopción de la Cnuccim se puede entender como la culminación de un esfuerzo que inició el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado —Unidroit, por su acrónimo en francés—, con sede en Roma, en 1930, despliegue que buscó armonizar las normas que regulan las compraventas de mercancías en el mundo.

Se sabe que los antecedentes en el proceso de gestación de la Cnuccim se remontan a la primera mitad del siglo XX, negociaciones interrumpidas por la Segunda Guerra Mundial que luego tomaron fuerza cuando, en 1964, fueron presentados unos proyectos en una conferencia diplomática reunida en La Haya en los que se aprobaron dos instrumentos: uno relativo a la compraventa internacional de mercaderías y otro sobre

la formación de contratos para la compraventa internacional de mercancías.

La Cnuccim contiene normas que regulan el contrato de compraventa internacional. La parte I desarrolla aspectos relativos al ámbito de aplicación y las disposiciones generales para la aplicación del instrumento. La parte II regula la formación del contrato de compraventa internacional. La parte III norma los derechos y obligaciones de vendedores y compradores, así como los derechos y acciones que pueden interponerse en los casos de incumplimiento por parte del comprador, y regula cuestiones concernientes a la transmisión del riesgo.

La Convención de 1980 no contiene normas referidas que conciernan a situaciones de conflicto de leyes que permitan definir qué ordenamiento resulta ser el aplicable cuando se dan casos de concurrencia de normas nacionales en determinada relación jurídica. Sobre esta cuestión, como se mencionó con anterioridad, el DUCI es precisamente un conjunto de normas internacionales cuya aplicación en los negocios jurídicos busca sortear situaciones de conflicto de leyes.

Conviene mencionar también que el principio de la autonomía contractual o de libertad de las partes en la compraventa internacional de mercancías está reconocido en la Cnuccim, y más precisamente en la parte que estipula que esta se excluya por acuerdo de las partes o que se modifiquen los efectos de cualquiera de sus disposiciones. Esta exclusión en la aplicación de la Convención se da, por ejemplo, cuando las partes pactan la aplicación de una ley nacional de un Estado que no es parte de la Cnuccim.

La Cnuccim, como lo sostiene Uncitral (2011), «podrá cumplir mejor su finalidad si se interpreta de manera consecuente en todos los ordenamientos jurídicos» (p. 38). La Uncitral invoca a las partes, a los operadores de derecho, inclusive a los tribunales nacionales y a los tribunales arbitrales, a tener en cuenta el carácter internacional de la Convención y a promover la uniformidad en su aplicación y la observancia de la buena fe en las transacciones mercantiles internacionales. Asimismo, cuando las cuestiones relativas a las materias normadas por la Cnuccim no están expresamente resueltas por esta, se dirimirán conforme a los principios generales en los que dicho instrumento internacional se basa, y solo a falta de tales principios se resolverá conforme a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado contenidas en el Código Civil (Uncitral, 2011, p. 38). La Cnuccim no somete el contrato de compraventa internacional a ninguna formalidad expresa, por lo que, en ese sentido, dispone que no es necesario ningún acuerdo escrito para formalizar la celebración del contrato.

Con relación al ámbito de aplicación de la Cnuccim, Uncitral (2011) explica lo siguiente:

Los artículos sobre el ámbito de aplicación indican tanto lo que se incluye como lo que se excluye del ámbito de la Convención. La Convención será aplicable a los contratos de compraventa de mercancías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes cuando esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante (pp. 36-37).

El artículo 3 de la Cnuccim diferencia los contratos de compraventa de los contratos de servicios. En este sentido, en el párrafo 1 se estipula que «Se considerarán compraventas los contratos de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción». Seguidamente, el párrafo 2 del referido artículo estatuye que «La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios».

La Cnuccim delimita claramente en varios artículos su propio objeto a la formación del contrato, así como a los derechos y obligaciones del comprador y del vendedor generados por dicho negocio jurídico. El régimen de este instrumento internacional no concierne a la validez del contrato, a los efectos que el contrato pueda tener sobre la propiedad de las mercancías vendidas, ni a la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercancías.

Por último, también en referencia al ámbito de aplicación de la Cnuccim, Uncitral (2011) afirma:

Las disposiciones finales prevén otras dos restricciones al ámbito territorial de aplicación que serán pertinentes para algunos Estados. Una de ellas sólo será aplicable cuando un Estado sea parte en otro acuerdo internacional que contenga disposiciones relativas a las materias que se rigen por esta Convención; la otra permite que los Estados, cuyo derecho interno de la compraventa sea idéntico o similar, declaren que la Convención no será aplicable entre ellos (p. 37).

IV.5. Instrumentos complementarios aplicables a la compraventa internacional

Es oportuno mencionar, aunque sea superficialmente, a tres instrumentos de alcance global también aplicables a las compraventas internacionales.

Me refiero a la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974), a los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales y a la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (Nueva York, 2005).

IV.5.1. La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Nueva York, 1974)

La Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías —en adelante, la Convención de 1974— se firmó en Nueva York en 1974 y es un instrumento formulado por Uncitral que tiene un protocolo de enmienda, adoptado en 1980. El Perú no se ha adherido a la Convención de 1974, la cual en la actualidad tiene treinta Estados parte, en los que dicho instrumento rige plenamente.

La Convención de 1974 tiene como objetivo básico establecer normas que regulen el plazo de prescripción para impedir que se inicien procedimientos judiciales tardíos ante incumplimientos en los contratos de compraventa internacional, pretensiones de nulidad o la resolución de los mismos.

IV.5.2. Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales

Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 1995 —en lo sucesivo, Principios Unidroit—, cuya primera versión es de 1994 y luego ha tenido ediciones sucesivas en 2004, 2010 y 2016, son otra expresión de la *lex mercatoria*. No son principios de inclusión obligatoria por las partes en los contratos de compraventa internacional, pues se incorporan en los contratos de forma voluntaria; sin embargo, su aplicación en los contratos mercantiles internacionales es relevante.

El ámbito de aplicación y los objetivos de los Principios Unidroit son más amplios que los de la Cnuccim pues, al aplicarse de forma general a contratos mercantiles internacionales, pretenden complementar ciertos aspectos no regulados por esta, como pueden ser cuestiones que atañen a la validez del contrato o aspectos generalmente regulados en el derecho nacional, específicamente en los códigos civiles. Es factible que los Principios Unidroit y la Cnuccim concurren en una misma relación jurídica, más allá de que esto solo pueda suceder cuando las partes acuerdan incluir dichos instrumentos en el contrato, pues es posible que tribunales nacionales ordinarios o tribunales arbitrales consideren su aplicación cuando las partes hayan incluido en el contrato alguna cláusula que estipule que este se somete a la *lex mercatoria*, a principios generales del derecho o expresiones similares (Perales, 2001, ítem 122).

IV.5.3. La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (Nueva York, 2005)

La Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales complementa a la Cnuccim en lo relativo a la utilización de las comunicaciones electrónicas. Este instrumento tiene por objeto facilitar el empleo de las comunicaciones electrónicas en el comercio internacional al establecer que todo contrato concluido y todas las comunicaciones cursadas por medios electrónicos tendrán la misma validez que la de un documento equivalente impreso en papel.

V. LOS INCOTERMS 2020 RELACIONADOS CON LAS VENTAS MARÍTIMAS: FAS, FOB, CFR Y CIF

V.1. Generalidades respecto a los Incoterms

Las ventas marítimas, como se apuntó precedentemente, sí están consideradas en los Incoterms de la CCI, desde su primera versión de 1936 hasta la última la última revisión, de 2020. Los Incoterms, como se ha afirmado en muchos lugares, no son el contrato de compraventa internacional, sino reglas muy utilizadas en los intercambios comerciales transfronterizos que se insertan en los contratos de compraventa internacional, y su finalidad es regular las obligaciones y los derechos del vendedor y del comprador, así como precisar la distribución de riesgos y gastos entre las partes.

Un aspecto a tener en cuenta con relación a los Incoterms de la CCI es que si bien es cierto que la versión 2020 entró en vigor el 1 de enero de 2020, las partes pueden pactar en sus contratos de compraventa internacional términos contenidos en las versiones de años anteriores. Sin embargo, para efectos de esta investigación, nos referimos a la última versión.

Los Incoterms, siguiendo lo expresado por Debattista (CCI, 2019), no se ocupan de cuestiones tales como la existencia de un contrato de compraventa; especificidades respecto a las mercancías vendidas; el momento, lugar y divisa utilizable para pagar el precio del producto adquirido; los mecanismos jurídicos al alcance de las partes en caso de incumplimiento de alguna prestación propia del contrato; la mayoría de las consecuencias generadas por la demora y otros incumplimientos en la ejecución de las obligaciones derivadas del contrato; la imposición de aranceles o medidas pararancelarias; las prohibiciones para importar o exportar bienes; la fuerza mayor o de la excesiva onerosidad de la prestación; los derechos de propiedad intelectual; el lugar en el que se

debe resolver la controversia en casos de incumplimiento; o la legislación aplicable, entre otras (pp. 2-3).

V.1.1. Entrega de las mercancías, transmisión del riesgo y obligaciones documentarias

Es recomendable ser lo más específico posible con la designación del puerto, el lugar o el punto donde se va a entregar la mercancía, según el Incoterm que se vaya a emplear en el contrato, pues de ese modo se reduce la incertidumbre.

En los Incoterms y, por consiguiente, en los contratos de compraventa internacional, la entrega y la transmisión de riesgo son cuestiones relevantes que tienen consecuencias jurídicas para las partes. La entrega, más allá de la actividad que debe desplegar el vendedor —asociada a cómo la efectúa, dónde o cuándo—, supone la obligación del comprador de recibir y pagar el precio, y también la entrega marca el lugar y momento en que se transfiere el riesgo del vendedor al comprador, lo cual conlleva soportar los costos por la pérdida o deterioro de los bienes objeto del contrato. Los Incoterms, a su vez, catalizan la prevención de controversias entre las partes y permiten dilucidar cuestiones importantes como la entrega de las mercancías y la transmisión de riesgos, precisamente.

Los Incoterms se aplican también para establecer obligaciones documentarias entre vendedor y comprador. En las compraventas internacionales que implican el transporte de mercancías, como las ventas marítimas, las obligaciones documentarias adquieren especial relieve, al extremo de que en ocasiones se denomina a algunos contratos como «compraventas documentarias» (Alba, 2012, p. 383).

V.1.2. Los Incoterms y la transmisión de propiedad

Un aspecto importante a tener en cuenta respecto a los Incoterms es que estas reglas no tienen ningún alcance regulatorio en relación con la transmisión de la propiedad del vendedor al comprador, situación similar a la que se presenta con la aplicación de la Cnuccim, que no contiene normas sobre el particular. Lo relativo a la transmisión de la propiedad se rige por el ordenamiento jurídico nacional que resulte aplicable, bien por acuerdo entre las partes o por aplicación de las reglas del derecho internacional privado. En esta línea, Górriz (1999) sostiene que:

La primera obligación del vendedor es transmitir la propiedad de las mercancías al comprador. Constituye una obligación inherente a toda compraventa. Sin embargo, los *Incoterms* no la disciplinan pues, de un lado, el derecho real de propiedad tiene escasa eficacia en el tráfico económico internacional y, de otro, los sistemas nacionales sobre la transmisión de la propiedad son muy diversos. Por eso se refieren simplemente al 'suministro' de las mercancías y reservan la expresión

‘entrega’ para referirse al acto en que el vendedor consigna la carga al porteador. Las partes deben prever en el contrato de compraventa internacional cláusulas relativas a la legislación aplicable para efectos de la transmisión de la propiedad, con el objeto evitar problemas que puedan suscitarse (p. 345).

Es conveniente referirse a la trascendencia que tienen los documentos representativos de las mercancías objeto de la compraventa —aludidos por la Cnuccim en los artículos 58 y 67—, como puede ser el conocimiento de embarque, o en lo relativo a la transmisión del riesgo y a la transmisión de la propiedad o dominio de las mercancías transportadas. Este asunto es crucial en las ventas marítimas y la Cnuccim es muy precisa al respecto, pues identifica la dinámica del intercambio comercial de mercancías por precio con la que se fundamenta en el intercambio de documentos representativos de las mercancías por precio (Alba, 2012, pp. 388-389).

Cuando es aplicable el derecho peruano, la transferencia de la propiedad de una mercancía —cosa mueble determinada— se efectúa con la tradición al comprador, salvo disposición legal en contrario (artículo 947 del Código Civil). En este sentido, la tradición está ligada a la naturaleza de documento representativo de la propiedad de los bienes que son objeto de la compraventa y también del contrato de transporte marítimo, que, como se mencionó antes, tiene el conocimiento de embarque.

V.1.3. Los Incoterms y las ventas marítimas

Los Incoterms 2020, vigentes desde el 1 de enero de 2020, contienen once términos o reglas y su clasificación los distingue entre los términos utilizables para cualquier modo de transporte —inclusive el transporte multimodal e intermodal— y los términos clásicos relacionados con el transporte marítimo y, por consiguiente, utilizados en las ventas marítimas. Las cuatro reglas exclusivamente marítimas son: *Free Alongside Ship* (FAS), *Free on Board* (FOB), *Cost and Freight* (CFR) y *Cost, Insurance and Freight* (CIF). Los otros siete términos, como se indicó previamente, se pueden utilizar para compraventas de bienes que se tengan que desplazar por cualquier medio de transporte.

Así, tenemos que los Incoterms insertados en un contrato de compraventa internacional, cuando el traslado de las mercancías se realiza por medio de buques —modo marítimo—, como ocurre mayormente en el comercio internacional, califica a ese contrato como una venta marítima, como se vio antes; es decir, un contrato de compraventa con transporte, entre cuyos elementos se incluye el desplazamiento de los bienes.

En este artículo nos concentramos en los referidos cuatro términos exclusivamente marítimos, utilizables también en vías navegables interiores, que en el caso del Perú podrían ser el río Amazonas o el lago

Titicaca, por citar algunos ejemplos; o la hidrovía Paraguay-Paraná en Sudamérica.

Los Incoterms se pueden utilizar para cualquier tipo de tráfico en las ventas marítimas, siendo aplicables a la compraventa internacional de cualquier clase de mercancías; por ejemplo, carga a granel sólida o líquida, como minerales, granos comestibles o hidrocarburos; y también se pueden utilizar en el tráfico de carga contenedorizada y de carga rodante. En este orden de ideas, hay que tener en cuenta que el Perú es un importante país exportador —vendedor— de *commodities*, entre ellos minerales como el cobre, hierro o zinc; y también que importa bienes finales de diversas clases, muchas veces unitarizados en contenedores, así como maquinaria pesada y vehículos para el transporte terrestre, por mencionar algunos ejemplos.

V.2. Una aproximación a los Incoterms exclusivamente marítimos

Los Incoterms vinculados con las ventas transfronterizas —plaza a plaza— se reúnen en cuatro grupos: E, F, C y D. Este trabajo se concentra en los cuatro términos exclusivamente marítimos, recogidos en los grupos F y C.

Conviene apuntar que hay que considerar que en los grupos F y C poner la mercancía a bordo del buque, o en poder o disposición del porteador, marca el punto donde se entrega la mercancía del vendedor al comprador, y esto implica también la transferencia del riesgo. Como efecto de estas dos consecuencias, es crucial identificar al porteador y también cuando haya más de uno por el hecho de que la carga se transborda de un buque a otro —o a un modo diferente, si es una operación de transporte multimodal o intermodal, en las que se pueden aplicar los términos no exclusivamente marítimos—, como puede ocurrir, verbigracia, con el transporte exclusivamente marítimo cuando los bienes se ponen en primer lugar en poder de un porteador fluvial como parte de una operación que podría darse, por ejemplo, con un embarque desde el puerto de Iquitos con ruta al océano Atlántico y destino a un puerto marítimo; o de un porteador que, en tráfico de cabotaje entre puertos de la costa peruana, luego realiza el transbordo de las mercancías a un buque para su traslado internacional.

Con relación a lo anterior, los Incoterms 2020 ofrecen soluciones claras a las cuestiones que pueden surgir con relación a la dinámica propia que tiene que ver con la determinación del momento en que el vendedor entrega los bienes objeto del contrato de compraventa internacional al comprador y transmite con ello los riesgos, ya que puede ocurrir que intervengan uno o más porteadores en la cadena de transportes. Estas

soluciones, naturalmente, se dan en los grupos F y C antes mencionados (CCI, 2019, pp. 7-8).

Los Incoterms exclusivamente marítimos, que —como se indicó— son los términos FAS, FOB, CFR y CIF, así como los aplicables en cualquier modo o modos de transporte, no tienen ningún efecto jurídico frente a los otros contratos confluyentes, como el de transporte marítimo, el de seguro de la carga o el de crédito documentario. Sin embargo, en las operaciones de crédito documentario, las entidades bancarias o financieras suelen requerir para la emisión que se determine el Incoterm aplicable a la relación jurídica vinculada con dicha operación. En el mismo sentido, el Incoterm estipulado en el contrato de compraventa internacional puede tener efectos en el contrato de seguro de carga, tanto en la determinación del valor asegurable como en el monto de la prima correspondiente.

VI. EL CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS Y EL CONTRATO DE FLETAMENTO: DIFERENCIAS ENTRE ELLOS Y LA EXISTENCIA DE DOS HEMISFERIOS EN LOS SERVICIOS DE TRANSPORTE MARÍTIMO DE MERCANCÍAS

Es oportuno precisar que tanto el contrato de transporte marítimo de mercancías como los contratos de fletamento están relacionados con las ventas marítimas, pues —como se indicó— sin transporte marítimo no se concibe la venta marítima. Sin embargo, como también ha sido señalado, el transporte marítimo de mercancías tiene una mayor vinculación con las compraventas internacionales de bienes de consumo masivo dada la mayor frecuencia que tienen dichos intercambios en el comercio internacional por tratarse, básicamente, de bienes de consumo masivo transportados en contenedores, lo cual se advierte en el aumento sostenido que ha tenido en los últimos veinte años el tráfico de carga contenedorizada y se constata en todos los estudios técnicos realizados, como los publicados por la Unctad en su publicación anual *Review of Maritime Transport*.

VI.1. Diferencias entre el contrato de transporte marítimo de mercancías y el contrato de fletamento

El contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque y los contratos de fletamento en sus distintos tipos: fletamento o arrendamiento a casco desnudo —*bareboat charter*—, fletamento por tiempo —*time charter*— y fletamento por viaje —*voyage charter*—, junto con otras figuras, son modalidades de los contratos de utilización o explotación de buques. En esa misma línea, el

derecho marítimo ha desarrollado una teoría que explica la naturaleza y las características de las distintas modalidades de utilización de buques.

Un sector de la doctrina señala que el fletamento es una modalidad del transporte; otro sector, a su vez, sostiene que el fletamento es un contrato mixto que participa del arrendamiento de cosas —entiéndase el buque (*locatio rei*)— y del transporte, entendido como la obligación de trasladar mercancías —*locatio operis*—.

Nosotros seguimos la corriente doctrinaria que identifica al fletamento como un contrato autónomo e independiente, característico y especial del derecho marítimo. En este orden de ideas, concordamos con Arroyo (2001) cuando sugiere que las tres notas esenciales del contrato de fletamento son las siguientes: a) la prestación principal del naviero es poner a disposición del fletador un buque en condiciones de navegabilidad. De esto resulta que el buque y su disponibilidad sean el objeto del contrato de fletamento, y no las mercancías o las personas, como ocurre en el contrato de transporte marítimo. b) El fletamento es una categoría genérica que tiene distintas especies, según la gestión del buque se vaya distribuyendo entre fletante y fletador; así, se tiene desde un simple arrendamiento a casco desnudo hasta la obligación de transportar las mercancías, como ocurre en los fletamentos por viaje y por tiempo. c) En tercer lugar, el fletamento y el transporte suelen ir unidos a dos modos distintos de explotación, documentación y régimen jurídico (pp. 420-422).

VI.2. Los dos hemisferios en los servicios de transporte marítimo de mercancías

Sobre los servicios de transporte marítimo de mercancías, puede afirmarse —en sentido figurado— que se proveen o prestan en dos «hemisferios» bien acotados: el de los servicios regulares —*liners*— y el de los servicios no regulares —*tramps*—. Esta diferencia entre servicios regulares y no regulares se encuentra normada en los distintos ordenamientos jurídicos como parte del derecho marítimo público, y tiene importancia en el otorgamiento de los títulos habilitantes para operar empresas navieras y explotar comercialmente buques mercantes. Para efectos de esta investigación, y con el objeto de comprender mejor la parte operativa relacionada con el transporte marítimo como negocio jurídico de derecho marítimo privado, conviene aproximarse a los principales elementos distintivos en la prestación de los servicios de transporte marítimo.

Es oportuno precisar que tanto los servicios regulares como los no regulares están relacionados con las ventas marítimas; no obstante, los servicios regulares vinculados con el transporte marítimo de mercancías

VENTAS MARÍTIMAS
Y CONFLUENCIA
CONTRACTUAL

MARITIME SALES
AND CONTRACTUAL
CONFLUENCE

tienen mayor vinculación con las compraventas internacionales de bienes, como fue apuntado antes.

Algunas diferencias destacables entre los servicios regulares y los no regulares son las siguientes:

1. Los servicios regulares de transporte marítimo o *liners* se caracterizan principalmente porque intervienen líneas navieras, las cuales ponen buques a disposición de los usuarios con itinerarios y frecuencias preestablecidas para el traslado de mercancías.

Generalmente, aunque esta no es una afirmación absoluta, estos servicios se asocian al transporte de carga heterogénea en contenedores mediante buques con las condiciones de navegabilidad necesarias para transportar este tipo de recipientes. Estos buques, por cierto, son de las clases conocidas como portacontenedores, dado que solo pueden trasladar contenedores; o multipropósito, porque pueden transportar diversos tipos de carga.

Los servicios regulares, generalmente, se relacionan con la celebración de contratos de transporte marítimo que se documentan con conocimientos de embarque —*bill of lading*— o cartas de porte marítimo —*sea waybills*—, los mismos que constituyen auténticos contratos de adhesión, pues no hay posibilidad de negociación entre las partes. También se relacionan con el pago de fletes —el precio del servicio o contraprestación de los usuarios— preestablecidos, los cuales son de conocimiento público. Cabe precisar que en los contratos se suele insertar *liner terms*, que permiten distribuir los costos y riesgos de ciertas operaciones conexas al transporte entre las partes celebrantes del contrato de transporte marítimo de mercancías: el porteador y el cargador.

El régimen de responsabilidad del porteador en los servicios de transporte marítimo *liner*, en lo relativo al tráfico internacional, es de carácter imperativo, con limitación de la deuda resarcitoria; y está regulado en los convenios internacionales sobre transporte marítimo, como las Reglas de La Haya de 1924 —y sus protocolos modificatorios de 1968 y 1979—, las Reglas de Hamburgo de 1978 y las Reglas de Rotterdam de 2008. Hay que señalar también los ordenamientos nacionales de países que no son parte de ningún instrumento internacional y que aplican sus normas en este tipo de relaciones jurídicas.

Este es el hemisferio de los *common carriers*, que disponen de instalaciones portuarias con un diseño especial —aunque también pueden operar en terminales portuarios polivalentes

o multipropósito— y equipos portuarios especializados para manipular contenedores, como pueden ser, entre otros, grúas pórtico de muelle —*portainers* o *ship to shore*—, grúas pórtico de patio —*transtainers*— o *reach stackers*.

2. Por otra parte, relacionados con el transporte marítimo de mercancías, se tiene a los servicios no regulares o irregulares. Estos también son conocidos como *tramps* porque las empresas navieras que prestan o proveen dichos servicios ponen a disposición de los usuarios buques sin frecuencias ni itinerarios preestablecidos; es decir, buques «vagabundos» —o *tramps*—, los cuales se fletan de acuerdo a la necesidad del usuario, ya sea por un tiempo, un viaje o por un número de viajes determinados.

Por lo general, y aunque esta no es una afirmación absoluta, los servicios no regulares o *tramps* se asocian al traslado de carga homogénea, bien sea de graneles sólidos —limpios o alimenticios, y sucios o industriales— o líquidos, mediante el uso de buques graneleros, tanqueros o multipropósito.

El servicio no regular generalmente se suele relacionar también con la celebración de contratos de fletamento —*charter parties*—: fletamento por tiempo —*time charter*— o fletamento por viaje —*voyage charter*—, los cuales se documentan con pólizas o formularios de uso internacional. Las más conocidas son la póliza *Baltimex* para los fletamientos por tiempo y la póliza *Gencon* para los fletamientos por viaje, ambas elaboradas y actualizadas por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (Bimco). Los contratos de fletamento son contratos paritarios en los que los términos y condiciones contractuales, incluido el precio del flete, son objeto de la negociación entre las partes, y en los que se insertan *gross terms* que permiten distribuir ciertos costos y riesgos de operaciones complementarias al fletamento entre el fletante y el fletador.

El régimen de responsabilidad del naviero o armador en los servicios *tramp*, regulado en códigos de comercio o leyes de navegación, es de carácter dispositivo y no está contenido en ningún convenio internacional de derecho marítimo.

Este es el hemisferio de los *private carriers*, que disponen de instalaciones portuarias especializadas —o también de terminales portuarios polivalentes— y de equipos portuarios especializados para manipular carga a granel, como cintas o fajas transportadoras, *ship loaders* o ductos submarinos.

VII. APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PERUANA Y LOS CONVENIOS Y PRÁCTICAS INTERNACIONALES CON RELACIÓN A LAS VENTAS MARÍTIMAS Y LOS CONTRATOS CONFLUYENTES

Si bien es cierto que en varias partes de este artículo hemos abordado ciertos aspectos legales del ordenamiento jurídico peruano vinculado con los contratos confluyentes en las ventas marítimas, es oportuno hacer una aproximación a los cuerpos normativos nacionales que complementan lo regulado por los convenios y las prácticas internacionales repetidamente mencionados en este trabajo, y plantear una crítica —basada en la observación personal— sobre la aplicación de estos instrumentos en el comercio exterior peruano que pretende, en todo caso, generar el interés en desarrollar investigaciones que aborden con mayor detalle estos asuntos.

En lo que se refiere a la legislación peruana relacionada con las ventas marítimas, conviene recordar que, con relación a la compraventa internacional, la Cnuccim está vigente en el país desde el 1 de abril del año 2000 por efecto de la aprobación del Decreto Supremo N° 011-99-RE. Es decir, este instrumento internacional, que regula el principal contrato confluyente en las ventas marítimas —el de compraventa—, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. También resultan aplicables supletoriamente las normas del Código Civil, entre ellas las que regulan la compraventa.

En lo concerniente a los contratos de transporte marítimo de mercancías, al cierre de la redacción de este artículo se mantenía la indeterminación respecto al rumbo que tomará la regulación del transporte marítimo internacional de mercancías, toda vez que —como ya se mencionó— el Gobierno peruano denunció a las Reglas de La Haya y existe un clima de incertidumbre, pues no se sabe con exactitud cuándo se concretará la adhesión a las citadas Reglas de Hamburgo, instrumento técnicamente superior a las Reglas de La Haya que propone un régimen de responsabilidad más equilibrado y conveniente para el comercio exterior peruano. En este sentido, no sería aceptable que, como consecuencia de la denuncia contra las Reglas de La Haya, se produzca un vacío normativo en un mercado de servicios tan importante como el del transporte marítimo internacional de mercancías.

El fletamento, que constituye también una modalidad de los contratos de utilización de buques y que en algunos casos también forma parte de los contratos confluyentes en las ventas marítimas, dispone de una regulación aplicable supletoriamente a las citadas pólizas de fletamento que documentan los contratos, la cual se encuentra recogida en el ya citado Libro III del Código de Comercio de 1902, cuerpo normativo que no se condice con la realidad de la industria marítima peruana y

que hace años debería haber sido reemplazado por una moderna ley de navegación marítima.

En lo relativo al contrato de crédito documentario, la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702, en su artículo 221, inciso 7, dispone que las empresas podrán «Emitir, avisar, confirmar y negociar cartas de crédito, a la vista o a plazo, de acuerdo con los usos internacionales y en general canalizar operaciones de comercio exterior». Entre los usos internacionales a los que se refiere la citada norma están las ya comentadas Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios (UCP 600) de la CCI.

El contrato de seguro de carga o mercancías se encuadra dentro del seguro de daños patrimoniales, normado por la Ley del Contrato de Seguros —Ley N° 29946—, y es una práctica en el mercado internacional del que Perú forma parte que en las pólizas se inserten las ya citadas Institute Cargo Clauses de 2009 de la International Underwriters Association (IUA), aprobadas también por la Lloyd's Market Association.

Efectuar un análisis detallado respecto a la problemática en el Perú en lo relativo a la aplicación de las normas nacionales, los instrumentos internacionales internalizados y las prácticas globales relacionadas con las ventas marítimas y los contratos confluyentes, excede los alcances de este trabajo; sin embargo, una aproximación empírica nos lleva a decir que cada relación jurídica tiene sus propias particularidades, pues, más allá del plano estrictamente jurídico, la envergadura de la empresa contratante puede resultar fundamental en el contexto de la venta marítima. El acceso a la información sobre las normas y las prácticas existentes, así como a una asesoría que conozca la materia, no es igual en una empresa grande que en una pequeña o mediana, lo que abre una cuestión que puede ser objeto de investigaciones de mayor profundidad, centradas en abordar el estudio de las ventas marítimas desde esta perspectiva.

Desde una óptica jurídica, no obstante, sí considero que el bloque de normas y prácticas de las que disponen los operadores de comercio exterior en el Perú, sin importar el tamaño de la empresa, es bastante aceptable, aunque en el caso específico de los contratos de transporte marítimo y, en menor medida, de los contratos de fletamento de buques, resulta necesario adherir a instrumentos internacionales modernos como las Reglas de Hamburgo o, cuando entren en vigor, las Reglas de Rotterdam. En la misma línea, es conveniente aprobar a nivel interno una ley de navegación marítima que reemplace al antiguo Libro III del Código de Comercio de 1902.

VIII. JURISPRUDENCIA RELACIONADA CON LAS VENTAS MARÍTIMAS

Existe abundante jurisprudencia relativa a las ventas marítimas, sobre todo en el plano internacional. Generalmente, las ventas marítimas son identificables en sentencias y laudos emitidos en procesos en los que se han resuelto controversias derivadas de contratos de compraventa internacional de mercancías, a los que se aplica la Cnuccim y en los cuales se han incorporado Incoterms exclusivamente marítimos, como los repetidamente citados FAS, FOB, CFR y CIF.

La casuística relacionada con las ventas marítimas tiene como causa la inexecución de alguna prestación por una de las partes, como pueden ser la falta de pago por parte del comprador o la falta de entrega de las mercancías por parte del vendedor dentro del plazo acordado en el contrato, solo por mencionar algunas situaciones que se manifiestan con cierta frecuencia. Cabe precisar que, evidentemente, pueden surgir controversias en los otros contratos confluyentes, los mismos que —como ha sido señalado— constituyen relaciones jurídicas autónomas, por lo que se puede afirmar que existe también abundante jurisprudencia que tiene su origen en una venta marítima, pero que se ha sustanciado en cauces específicos. Respecto a esto último, algunos ejemplos podrían ser procesos iniciados por causas derivadas del contrato de transporte marítimo o del contrato de seguro de carga, en los cuales se exhiben los conocimientos de embarque o las pólizas correspondientes y no necesariamente el contrato de compraventa subyacente.

La Uncitral tiene en su página web una sección titulada «Case Law on Uncitral Text (CLOUT)», que recoge sentencias y laudos en los que ha sido invocado algún instrumento internacional formulado por dicho organismo internacional. Allí se tiene registrados 996 casos provenientes de diferentes tribunales de Estados miembros de las Naciones Unidas en los que se ha invocado la Cnuccim, entre los cuales figuran varios casos relativos a ventas marítimas, aunque no se registra ninguno proveniente del Perú¹⁷.

17 Por mencionar algunas referencias jurisprudenciales vinculadas con las ventas marítimas, en la sección «Clout» de la página web de Uncitral se puede encontrar la sentencia del caso (registrada como Clout N° 447): *St. Paul Guardian Insurance Co. & Travelers Insurance Co. vs. Neuromed Medical Systems & Support, GmbH*, emitida por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York el 26 de marzo de 2002, en la que se invocó a la Cnuccim y el hecho de que el contrato de compraventa contenía un término CIF. En muchas de las referencias jurisprudenciales registradas en este repositorio no se menciona a las partes intervinientes en los procesos, pero sí a los tribunales que conocieron la controversia. Por ejemplo, en el caso registrado como Clout N° 253, el Tribunal de Apelación del Cantón de Ticino en Suiza invocó a la Cnuccim y el hecho de que el contrato de compraventa contenía un término CIF en la sentencia que dictó el 15 de enero de 1998, como parte de un proceso que involucró a un comprador —importador— italiano y a un vendedor —exportador— suizo. Asimismo, en el caso registrado como Clout N° 176, parte de un proceso que involucró a un comprador alemán y a un vendedor austriaco, la Suprema Corte de Austria también invocó en la sentencia que dictó el 6 de febrero de 1996 a la Cnuccim y el hecho de que en el contrato se había incluido una cláusula con el término FOB. Para mayor información, véase <https://www.uncitral.org/clout/search.jspx?match=CIM+1980>

La Universidad Carlos III de Madrid también tiene en su página web una sección que contiene jurisprudencia de varios países hispanoamericanos en los que se ha invocado la Cnuccim, en la que también se pueden encontrar sentencias dictadas en procesos sobre ventas marítimas. En este repositorio tampoco encontramos sentencias dictadas en el Perú¹⁸.

El hecho de que los mencionados repositorios no registren sentencias peruanas sobre ventas marítimas probablemente que se deba al difícil acceso a la jurisprudencia del Poder Judicial, pues la página web de esta institución no contiene un registro ordenado de jurisprudencias ni dispone de un motor de búsqueda que facilite la ubicación de las sentencias por materia. Tampoco existen en dichos repositorios laudos sobre ventas marítimas emitidos en el Perú, lo cual se debería a la confidencialidad que se debe guardar sobre los laudos, dispuesta por el artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1071, que regula el arbitraje, norma que estipula también que, en todos los arbitrajes regidos por dicho decreto legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, el laudo será público una vez terminadas las actuaciones.

Como es conocido, en los contratos confluyentes cada vez es más frecuente que se incluyan cláusulas arbitrales; es decir, pactos de sumisión a tribunales arbitrales para que estos resuelvan las disputas surgidas por incumplimientos de las partes respecto de las prestaciones contenidas en los contratos. En esta línea, es evidente que en el tráfico mercantil internacional y nacional se está recurriendo con más frecuencia a la justicia arbitral y en menor medida a los tribunales ordinarios, pues se entiende que aquella es más eficaz para resolver controversias en materias especiales como las que atañen a la compraventa internacional, el transporte marítimo de mercancías o al seguro de carga, las cuales demandan sólidos conocimientos sobre derecho uniforme del comercio internacional, derecho mercantil o derecho marítimo por parte de los llamados a solucionar la controversia.

Un ejemplo es el caso arbitral N° 2920-CCL-2014 (*Petróleos del Perú - Petroperú S.A., Rímac Seguros y Reaseguros vs. Pluspetrol Corporation S.A. y Naviera Transoceánica S.A.A.*), proceso derivado de un contrato de compraventa local de gas licuado de petróleo (GLP) en el que se incluyó un término CIF por el cual la empresa vendedora del GLP contrató servicios de transporte marítimo. Las relaciones jurídicas confluyentes

18 Como ejemplos de la jurisprudencia recogida en la página web de la Universidad Carlos III de Madrid tenemos la sentencia del caso *Glube vs. Wacker-Polymer Systems GmbH & Co.*, emitida por el Juzgado Comercial N° 26 de Buenos Aires el 17 de marzo de 2003, en la que se invocó a la Cnuccim y el hecho de que el contrato de compraventa contenía un término CFR. Asimismo, en el laudo del caso *Conservas La Costeña, S.A. de C.V. vs. Lanín San Luis*, emitido por la Comisión para la Protección del Comercio Exterior de México el 29 de abril de 1996, se invocó a la Cnuccim y el hecho de que el contrato de compraventa contenía un término FOB. Para mayor información, véase <http://www.cisgspanish.com/>

inmersas en el proceso fueron identificadas por el tribunal arbitral como una venta marítima, razón por la que el laudo pronunció lo siguiente:

90. Las ventas marítimas, como lo sostiene Ignacio Arroyo “... son operaciones complejas que vinculan normalmente la compraventa de mercancías con contratos de transporte y de seguros [...] Pese a la vinculación existente, cada contrato conserva su autonomía, de modo que su eficacia se limita a la propia relación contractual”.

91. El núcleo de las ventas marítimas radica en la entrega de las mercancías, en este caso las 14,000 TM de GLP que Pluspetrol vendió a Petroperú. En las ventas marítimas bajo términos CIF, FOB y CFR, la entrega de las mercancías y la transmisión de los riesgos se produce cuando las mercancías traspasan la borda del buque en el puerto de embarque. En estos casos la doctrina identifica estas relaciones como ventas marítimas indirectas. [...]

95. En ese orden de ideas, una característica de las ventas marítimas es la posibilidad de determinar la transmisión de los riesgos entre las partes. En una compraventa CIF, como se señaló anteriormente, el riesgo se transmite cuando las mercancías traspasan la borda del buque, en este caso de transporte de GLP, el “punto crítico” se da en la brida de ingreso del buque gasero en el puerto de embarque¹⁹.

IX. REFLEXIONES FINALES

En las ventas marítimas la confluencia contractual se manifiesta con el contrato de compraventa internacional, el contrato de transporte marítimo, el contrato de seguro de la carga y el contrato de crédito documentario.

La inexistencia de normas vinculantes, internacionales o nacionales, que regulen la venta marítima como especie de contrato de compraventa internacional no afecta el comercio internacional porque las partes en una venta marítima transnacional pueden utilizar los Incoterms y los Principios Unidroit para modelar con predictibilidad el contrato principal de compraventa internacional.

El Perú es Estado parte de la Cnuccim, por lo que este instrumento internacional resulta aplicable a los contratos de compraventa internacional celebrados en el país. Cabe recordar también que el Estado peruano denunció en mayo de 2020 a las Reglas de La Haya, las cuales regulan aspectos importantes del transporte marítimo internacional como el régimen de responsabilidad del porteador. A la fecha de cierre

¹⁹ Puede revisarse el laudo en el siguiente enlace: <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNO/2017/346.pdf>

del presente artículo, no se sabía con certeza si se aprobará la adhesión a las Reglas de Hamburgo de 1978.

El único trabajo sobre las ventas marítimas en el Perú es el realizado Ostoja (1973) y publicado en la revista *Derecho PUCP*. No se han realizado más investigaciones académicas destinadas a analizar esta importante institución del derecho uniforme del comercio internacional y del derecho marítimo, ni que hayan sido objeto de publicación en libros o revistas especializadas.

No consta que las ventas marítimas sean objeto de estudio en las facultades de derecho peruanas. Esto se evidencia en las mallas curriculares de las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad del Pacífico y la Universidad de Lima, integrantes del Consorcio de Universidades. Al no constatarse el estudio de las ventas marítimas en las facultades de derecho, es probable que en la práctica un conocimiento poco consistente de la dinámica de las ventas marítimas y de los contratos confluyentes pueda conllevar un impacto en los costos y la eficacia del comercio exterior peruano, sobre los cuales es posible afirmar empíricamente que son mejor gestionados por las empresas de mayor envergadura. Sin embargo, esto todavía no ha sido suficientemente estudiado.

REFERENCIAS

Alba, M. (2012). Aspectos funcionales de las Reglas de Rotterdam: transacciones comerciales, compraventa, garantías y control de las mercancías de tránsito. En R. Illescas y M. Alba (dirs.), *Las Reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*. Madrid: Civitas.

Arroyo, I. (2001). *Curso de derecho marítimo*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

Bigio, J. (1997). La compraventa y la transmisión de la propiedad. En *Biblioteca para leer el Código Civil* (vol. I). Lima: Fondo Editorial PUCP.

Cámara de Comercio Internacional (CCI). (2019). *Reglas de ICC para el uso de términos comerciales nacionales e internacionales*. Barcelona: Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral). (s.f.). *Case Law on INCITRAL Texts (CLOUT)*. <https://www.uncitral.org/clout/search.jsp?match=CIM+1980>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral). (2011). *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías —con notas explicativas—*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas.

Faya, A. (2004). La nueva lex mercatoria: naturaleza y alcances. En *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (34), 45-58.

Fernández, J. C. (2001). Teoría y praxis en la codificación del derecho de los negocios internacionales. En *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco.

Fernández, J. C., Arenas, R., & De Miguel, P. (2013). *Derecho de los negocios internacionales*. Madrid: Iustel.

Galgano, F. (1981). *Historia del Derecho mercantil*. Barcelona: Laia.

Górriz, C. (1999). Las ventas marítimas en la jurisprudencia española. En *Anuario de derecho marítimo* (vol. XVI). Barcelona: Fotojae.

Hernández-Bretón, E. (1993). Usos no pactados: del Código de comercio alemán (HGB) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional (Viena, 1980). *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (90), pp. 82-116.

Illescas, R. (2005). Derecho mercantil y globalización. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (9), 79-94.

Illescas, R., & Perales P. (2013). El reglamento opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación. En G. Jiménez y A. Díaz (dirs.), *Estudios de derecho del comercio internacional en homenaje a Juan Manuel Gómez Porriá* (pp. 83-100). Madrid: Marcial Pons.

Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (Mincetur). (s.f.). *Acuerdos Comerciales del Perú*. <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/> (consultada el 8 de mayo de 2020).

Ostojá, A. (1973). Compraventas marítimas internacionales: contratos FOB y CIF. *Derecho PUCP*, (31), 94-122. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197301.010>

Pejovés Macedo, J. A. (2007). *Derecho marítimo, 25 ensayos (transporte marítimo, multimodal y puertos)*. Lima: Cultural Cuzco.

Perales, P. (2001). *El contrato de compraventa internacional de mercancías (Convención de Viena de 1980)*. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html> (consultado el 2 de septiembre de 2020).

Petit, C. (2016). *Historia del derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons. <https://doi.org/10.5209/FORO.55387>

Ray, J. (1994). *Derecho de la navegación* (vol. II). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Ray, J. (1996). Navegación y comercio exterior. *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, (99), 413-430.

Ripert, G. (1954). *Derecho marítimo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. Universidad Carlos III de Madrid. (s.f.). *Jurisprudencia*. <http://www.cisgspanish.com/>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Caso CLOUT N° 176. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V97/274/84/PDF/V9727484.pdf?OpenElement>

Caso CLOUT N° 253. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V99/892/77/PDF/V9989277.pdf?OpenElement>

Código civil ([Perú] 1984).

Código de Comercio ([Perú] 1902).

Conservas La Costeña, S. A. de C.V. vs. Lanín San Luis. Laudo (Comisión para la Protección del Comercio Exterior [México], 29 de abril de 1996). <http://www.cisgspanish.com/>

Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transportes Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo [Reglas de Rotterdam] (Nueva York, 2008).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías [Reglas de Hamburgo] (Hamburgo, 1978).

Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (Nueva York, 2005).

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980).

Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque [Reglas de La Haya] (Bruselas, 1924).

Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (Uncitral, Nueva York, 1974).

Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje ([Perú], 1 de septiembre de 2008).

Decreto Supremo N° 012-2020-RE (Presidencia de la República [Perú], 11 de mayo de 2020). *El Peruano*, 12 de mayo de 2020.

Glube vs. Wacker-Polymer Systems GmbH & Co. Sentencia (Juzgado Comercial N° 26 de Buenos Aires [Argentina], 17 de marzo de 2003). <http://www.cisgspanish.com/>

Institute Cargo Clauses (IUA, 2009).

Ley del Contrato de Seguros, Ley N° 29946 (Perú).

Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 (Perú).

Petróleos del Perú - Petroperú S.A., Rímac Seguros y Reaseguros vs. Pluspetrol Corporation S.A. y Naviera Transoceánica S.A.A., caso arbitral N° 2920-CCL-

223

VENTAS MARÍTIMAS
Y CONFLUENCIA
CONTRACTUALMARITIME SALES
AND CONTRACTUAL
CONFLUENCE

2014. Laudo arbitral (OSCE [Perú], 13 de julio de 2017). <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/EXTERNNO/2017/346.pdf>

Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios [UCP 600] (CCI).

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (1994, 1995, 2004, 2010, 2016). <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf>

Reglas y Usos Uniformes Relativos a los Créditos Documentarios [UCP 600] (CCI).

St. Paul Guardian Insurance Co. & Travelers Insurance Co. vs. Neuromed Medical Systems & Support, GmbH, CLOUT N° 447. Sentencia (Tribunal de Distrito Sur de Nueva York [EE. UU.], 26 de marzo de 2002). <https://www.uncitral.org/clout/search.aspx?match=CIM+1980>

Términos de Comercio Internacional [Incoterms] (CCI, 1 de enero de 2020).

Recibido: 26/10/2020
Aprobado: 16/02/2021

La necesidad de actualización y perfeccionamiento de la regulación de la insolvencia transfronteriza en Cuba

The need to update and improve the regulation of cross border insolvency in Cuba

ADRIANA MAE MOLINA RIVAS*

Universidad de Oriente (Cuba)

Resumen: La insolvencia transfronteriza se configura cuando, iniciado un procedimiento de insolvencia, los bienes del deudor están ubicados en más de un Estado o existen acreedores foráneos. Como esta situación de crisis patrimonial involucra a varias jurisdicciones, las naciones han llegado a suscribir convenios internacionales y a reforzar sus normativas internas a fin de establecer mecanismos que permitan solucionar estos conflictos. Con el propósito de facilitar lo anterior, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional elaboró la Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza, cuyas disposiciones han sido incorporadas a las legislaciones concursales de diferentes países por contener reglas valiosas que viabilizan la coordinación de los procedimientos de insolvencia, el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia y el acceso de los acreedores y representantes extranjeros a los tribunales de otro Estado para participar en un proceso de esta naturaleza. En el caso de la legislación cubana, resulta evidente la insuficiente regulación de la insolvencia transfronteriza, lo que incide negativamente en su resolución. A raíz de esta problemática, en el presente estudio se persigue como objetivo: fundamentar, a partir de un análisis teórico y doctrinal, la necesidad de actualización y perfeccionamiento de la referida regulación en Cuba, tanto en el ámbito del derecho interno como en el internacional convencional.

Palabras clave: Insolvencia transfronteriza, tratados internacionales, Ley Modelo de la Cnudmi sobre la insolvencia transfronteriza, procedimientos concursales, legislación cubana

Abstract: Cross-border insolvency is configured when insolvency proceedings are initiated and the debtor's assets are located in more than one State or there are foreign creditors. As this situation of patrimonial crisis involves several jurisdictions, nations have come to sign international agreements and reinforced their internal regulations in order to establish mechanisms that allow these conflicts to be resolved. In order to facilitate the foregoing, the United Nations Commission for the Development of International Trade Law prepared the Model Law on cross-border insolvency, whose provisions have been incorporated into the bankruptcy laws of different countries as it contains valuable rules that make possible the coordination of insolvency proceedings,

* Profesora del Departamento Derecho Penal, Empresa e Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Cuba. Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Oriente y Master of Science in Management por la St. Thomas University.
Código ORCID: 0000-0001-9530-8195. Correo electrónico: amolina@uo.edu.cu

the recognition of a foreign insolvency proceeding, and the access of foreign creditors and representatives to the courts of another State to participate in a process of this nature. In the case of Cuban legislation, insufficient regulation of cross-border insolvency is evident, which has a negative impact on its resolution. As a result of this problem, the present study pursues the following objective: to establish, based on a theoretical and doctrinal analysis, the need to update and improve the aforementioned regulation in Cuba both in the field of domestic law and in conventional international law.

Key words: Cross-border insolvency, international treaties, Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency, insolvency proceedings, Cuban legislation

CONTENIDO: INTRODUCCIÓN.- II. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: DEFINICIÓN Y TEORÍAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.- III. UNA MIRADA A LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.- IV. EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA LEGISLACIÓN CUBANA. NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO.- V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Toda empresa corre el riesgo de verse imposibilitada, de manera temporal o definitiva, de sufragar la totalidad de sus deudas y, en este sentido, las legislaciones prevén los mecanismos sustantivos y procesales para enfrentar la insolvencia empresarial. No obstante, en un contexto en el que el comercio y las inversiones se han diseminado a escala mundial, y en el que las empresas han llegado a adquirir bienes y obligaciones en diversos países, ha surgido un tipo especial de insolvencia que afecta los intereses de varios Estados y es capaz de involucrar a más de un ordenamiento nacional.

Se configura así la insolvencia transfronteriza¹, una situación de crisis patrimonial en la que existen bienes o acreedores en diferentes territorios y que demanda —por la importancia de no excluir de un procedimiento concursal² ni los derechos de acreedores foráneos, ni los activos del deudor insolvente localizados en otras jurisdicciones— reglas modernas que permitan el reconocimiento de los procedimientos de insolvencia tramitados en otros Estados, el acceso de los acreedores y representantes de esos procedimientos a los tribunales del país en cuestión, y la cooperación entre jueces concursales nacionales y extranjeros en la resolución del conflicto.

1 También conocida como «insolvencia internacional» o «concurso con repercusión transnacional». En este trabajo, estas denominaciones se usarán indistintamente para hacer referencia al mismo fenómeno.

2 Los procedimientos concursales mediante los que se intenta solventar esta situación son la quiebra y la suspensión de pagos.

Con vistas a hallar soluciones que posibiliten lo anterior, la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi)³ y la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (Insol)⁴ se volcaron al estudio del tema. De la labor de estos entes surgió en 1997 la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, cuyas disposiciones hasta marzo del 2021 habían sido incorporadas a las normativas concursales de cincuenta naciones⁵ por ser valiosas no solo para las jurisdicciones ya habituadas «a tener que resolver numerosos casos de insolvencia transfronteriza, sino también para aquellas otras que desean prepararse como es debido para la eventualidad cada vez más probable de que esos casos proliferen» (Cnudmi, 2013, p. 22).

Este escenario muestra que diferentes países se han dispuesto a enfrentar al concurso con repercusión transnacional, pero esa revolución no ha repercutido sobre el panorama jurídico cubano pues, si bien con la apertura de la nación a la inversión extranjera y a la búsqueda de mercados exteriores se ha creado el contexto fáctico para la aparición de la insolvencia transfronteriza, el régimen concursal cubano se mantiene inaplicable e inmutable y, por tanto, desprovisto de herramientas para solventar estos casos. El porqué del estado de la legislación en el tema no se halla en que sea inmune a estas situaciones, pues una nación volcada al desarrollo de relaciones comerciales internacionales, tal y como se plasma en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido Comunista de Cuba⁶, no está exenta de enfrentar resultados negativos en la actividad empresarial y de ser, como tal, víctima de la insolvencia internacional.

Ante las premisas de configuración de estos supuestos, el régimen legal debe reaccionar y prever los mecanismos que permitan solventar este conflicto para resguardar los intereses de todas las partes interesadas, incluido el deudor. Estas prescripciones serían muy beneficiosas para las relaciones comerciales cubanas, pues la «inseguridad en cuanto a la forma de gestionar un eventual caso de insolvencia, obstaculiza el flujo de capitales y acaba con el incentivo a la inversión extranjera»

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

3 La Organización de las Naciones Unidas (ONU), en vista a alcanzar la armonización del derecho mercantil internacional, creó en diciembre de 1966 —y a través de la Resolución 2205— la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi, por sus siglas en castellano; o Uncitral, por sus siglas en inglés).

4 International Association of Insolvency Practitioners, según la denominación en inglés.

5 Para consultar el listado de las naciones que han promulgado normativas basadas en los pronunciamientos referidos, ver Cnudmi (2021).

6 Confróntese con lineamientos 78, 79, 80 y 81 de la Política Económica y Social para el período 2016-2021, aprobados por el III Pleno del Comité Central del Partido Comunista de Cuba el 18 de mayo de 2017 y respaldados por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 1 de junio de 2017. Es necesario referenciar que el 18 de abril de 2021 fue aprobada por los delegados al Octavo Congreso del Partido Comunista de Cuba la *Resolución sobre el Estado de la Implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución desde el Sexto Congreso hasta la fecha y la Actualización de estos para el período 2021-2026*, en la que se recomienda presentar los lineamientos actualizados a la Asamblea Nacional del Poder Popular para obtener su respaldo.

(González & Pessoa de Oliveira, 2013, p. 51); y, además, viabilizarían la protección y optimización de los bienes del insolvente, así como la preservación de las empresas en dificultades económicas, con su respectivo impacto en la conservación de empleos y en la salvaguarda del capital invertido.

En un contexto de promoción de la inversión extranjera y de búsqueda de posicionamiento de las empresas cubanas en mercados exteriores, qué mejor mecanismo para lograr la atracción de capital foráneo y la fiabilidad crediticia de estas que instaurar un eficaz régimen concursal que acabe con la incertidumbre de cómo se administrará una situación de crisis patrimonial que trascienda las fronteras de un Estado. Lo anterior motivó el desarrollo de este artículo, el que parte de la insuficiente regulación de la insolvencia transfronteriza en Cuba, lo que incide negativamente en la resolución de conflictos concursales transnacionales.

Este tema, aunque ha despertado el interés investigativo de juristas de otras latitudes, carece de un estudio que lo analice a la luz de la realidad jurídica cubana. Los trabajos más afines⁷ abordan solo la evolución y actual regulación en la nación de los procedimientos concursales, sin llegar a analizar las particularidades de la insolvencia internacional, por lo que se pretende fundamentar, a partir de un análisis teórico y doctrinal, la necesidad de actualización y perfeccionamiento de la regulación de la insolvencia transfronteriza en Cuba en el ámbito del derecho interno e internacional convencional.

Con este propósito, el presente artículo inicia con un acercamiento a la definición del fenómeno y a las teorías que pretenden solucionarlo. En un segundo momento, se abordan los principales instrumentos internacionales en la materia para evidenciar los esfuerzos en pos de homogenizar la forma de resolver estas situaciones en los ordenamientos jurídicos de diferentes naciones. Por último, se analiza el tratamiento que la insolvencia transfronteriza recibe en la legislación cubana, y se expone la necesidad de su actualización y perfeccionamiento.

Ahora que diversas empresas han sido golpeadas por la crisis económica provocada por la pandemia de SARS-CoV-2, el estudio de este tema se torna esencial pues, en un contexto que amenaza con una ola de quiebras, resulta indispensable reforzar las normativas internas para que puedan hacer frente al concurso con repercusión transnacional.

7 Entre ellos, es posible citar la obra de Cañizares (2012), Góngora García (2010), y Martínez y Baeza (2016).

II. LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA: DEFINICIÓN Y TEORÍAS DE RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO

Con el término «insolvencia» se identifica la situación de crisis en la que se encuentra un empresario que no puede saldar las deudas adquiridas, ya sea por incapacidad de pago inminente o por insuficiencia patrimonial. Una concepción amplia de este concepto no se circunscribe a la imposibilidad del deudor de hacer frente a las exigencias de todos sus acreedores, sino que incluye los procedimientos que se reconocen en las diferentes legislaciones —quiebra y suspensión de pagos⁸— para hacer frente a la insolvencia empresarial.

Ahora bien, cuando la insolvencia se califica como transfronteriza, ello significa que en este tipo de procedimiento existen intereses situados en varios territorios. Según la Cnudmi, para que más de una nación se vea inmersa en un conflicto de esta naturaleza, deben concurrir dos elementos claves: «a) que se curse un procedimiento de insolvencia de acuerdo con las reglas internas de cada país; y b) que se dé alguno de los criterios de presencia de bienes en más de un Estado y/o de acreedores que no sean ciudadanos del Estado donde se adelanta un procedimiento de insolvencia» (Wilches, 2009, p. 167). De manera que el concurso con repercusión transnacional se manifiesta cuando, iniciado un procedimiento de insolvencia, hay acreedores extranjeros o los bienes del deudor se encuentran ubicados en distintos países.

Con el desarrollo experimentado por el comercio en los últimos años, en el que las empresas han ampliado sus mercados y adquirido bienes y acreedores fuera de su territorio original, no es extraño que una situación de insolvencia involucre intereses situados en varias naciones; no obstante, las diversas formas de tratar este fenómeno en los ordenamientos jurídicos evidencian la complejidad del fenómeno. Lo anterior llevó a Carbonell (2017) a afirmar que cuando la insolvencia se convierte en transfronteriza se agrega un problema adicional, el cual consiste en que «cada Estado tiene un marco jurídico distinto, lo que provoca la desigualdad de conceptos en la forma de concebirla» (p. 131).

Esta realidad ha desencadenado la búsqueda de mecanismos para unificar la regulación en la materia y con este propósito se han adoptado convenios internacionales, los que responden a la necesidad de normar «este fenómeno ya no de manera interna, como tradicionalmente se hacía, sino involucrando la cooperación de diferentes Estados, bien sea en el ámbito de las integraciones regionales, tratados bilaterales o

8 La suspensión de pagos es el procedimiento judicial que se da en supuestos de insuficiencia patrimonial transitoria y persigue celebrar con los acreedores un acuerdo de quita y espera en los pagos que permita la continuidad de la empresa; mientras que la quiebra es un procedimiento que, ante la imposibilidad definitiva de saldar todas las deudas, se dirige a liquidar el patrimonio del insolvente para repartirlo entre los acreedores. Para profundizar en estos conceptos, ver Uría (1997, pp. 1016 y ss.), y Martínez y Baeza (2016, pp. 71-72).

multilaterales, o por medio de la intervención de organizaciones, como es el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional» (Vásquez & Posada, 2012, p. 153).

Antes de analizar los instrumentos internacionales suscritos sobre el tema, conviene referenciar que se han esbozado tres teorías para determinar el modo de resolver el conflicto: universalidad, territorialidad, y universalidad cualificada o moderada. La primera de estas concepciones, la de la universalidad, defiende que solo un tribunal será competente para conocer las cuestiones relacionadas con la insolvencia de un deudor, y que sus decisiones repercutirán en todos los Estados en los que existan bienes de este y vincularán a la totalidad de los acreedores sin importar de qué nación procedan, por lo que propugna la extraterritorialidad de la insolvencia y la existencia de un único foro que centralice el proceso.

Bajo este sistema, los bienes de un deudor insolvente ubicados en otro país deben ser puestos a disposición de las autoridades de la jurisdicción en la que se sigue el procedimiento de insolvencia, y los acreedores extranjeros deben acudir al tribunal concursal a verificar sus créditos en las mismas condiciones que los acreedores domésticos. Esta teoría, aunque es fiel defensora de los principios de igualdad, universalidad y colectividad que rigen en los procedimientos concursales⁹, tiene como inconveniente que no muchos países están dispuestos a aceptar las decisiones de un juez extranjero que afectan a sus ciudadanos o a bienes que se encuentran en su territorio.

En un sentido opuesto, la teoría de la territorialidad tiene como base el principio de soberanía y, como tal, propugna que «las facultades del tribunal concursal se restringen a los bienes existentes y actos realizados por el deudor dentro de las fronteras del país en que dicho procedimiento fue abierto» (Araya, 2005, p. 122). Con el argumento de que la insolvencia concierne únicamente a la nación en la que existen bienes del deudor y de que cada Estado debe poseer autonomía para resolver estos conflictos, se aboga por la tramitación de tantos procesos de insolvencia como bienes o deudas posea el empresario en distintos países.

De esta forma, se defiende la actuación independiente de múltiples foros concursales sobre un mismo supuesto de insolvencia, cada uno con sus propios jueces, normas y procedimientos (Wilches, 2009, p. 169). Esta concepción, aunque es la que históricamente ha imperado en las

9 El principio de universalidad proclama que es indispensable vincular todos los bienes del deudor al procedimiento de insolvencia. Otro de los principios, el de colectividad, reconoce que la totalidad de los acreedores deben comparecer a un mismo procedimiento, repudiando de esta manera que exista más de un proceso concursal y que se interpongan procesos ejecutivos individuales contra el deudor que favorezcan a unos acreedores en perjuicio de otros. Y, por último, el principio de igualdad, como reflejo de la *máxima par conditio creditorum*, indica que, sin perjuicio de la prelación legal de crédito, a todos los acreedores se les debe otorgar las mismas prerrogativas dentro del proceso.

legislaciones de las diferentes naciones, no tiene cabida en un mundo globalizado, donde tener bienes y acreedores en diversos Estados es una situación habitual cuya solución no radica en tramitar procedimientos concursales de manera independiente.

Como una posición intermedia surgió la teoría de la universalidad cualificada o moderada, la que ha posibilitado que, como mecanismo idóneo para remediar la insolvencia transfronteriza, no se hable de territorialidad ni de universalidad, sino de cooperación internacional, la cual presupone un foro central conformado por un procedimiento de insolvencia principal y otros secundarios o auxiliares que, sobre la misma cuestión, se lleven a cabo en diferentes jurisdicciones. Según esta tesis, será competente para conocer del proceso de insolvencia principal el juez del asiento fundamental de los negocios del deudor, el que se encargará de coordinar las acciones de los procedimientos auxiliares.

En criterio de la autora, esta doctrina es una buena opción para solventar el concurso con repercusión transnacional porque incentiva la cooperación entre Estados en aras de lograr la satisfacción de las deudas, tanto de los acreedores nacionales como extranjeros, y la inclusión en el proceso de todos los bienes que en cualquier parte del mundo posea el deudor insolvente. La posición ecléctica que ofrece esta teoría soluciona los conflictos suscitados por las concepciones de universalidad y territorialidad, por lo que no es extraño que esta sea la postura acogida en los últimos tratados internacionales que se han aprobado sobre el tema, incluyendo la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza, y que se prefiera en la resolución de la problemática objeto de esta investigación.

III. UNA MIRADA A LA REGULACIÓN DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El llamado a lograr un régimen sobre la insolvencia transnacional que proteja los intereses de las partes involucradas, entiéndase acreedores y deudor, y elimine los obstáculos que las disparidades existentes entre las leyes nacionales imponen a la resolución de este asunto, se proyectó desde el Convenio de Estambul de 1990 y las Conferencias de La Haya sobre Derecho Internacional Privado de 1900, 1904 y 1925. Sin embargo, el espíritu de armonización de esta regulación, según exponen Durán Prieto y Reinales Londoño (2003), tuvo como punto de partida «la figura de tratados bilaterales entre Estados con frontera común y con alto tráfico comercial, como el franco-belga de 1899 o el

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

belga-holandés de 1925¹⁰, que ampliaron luego su espectro a tratados multilaterales, como los Tratados de Montevideo de 1889» (p. 73).

Dentro de los tratados multilaterales firmados sobre el tema en ámbitos distintos al latinoamericano se pueden citar la Convención Nórdica sobre Quiebras, suscrita en 1933 y de la que son miembros Dinamarca, Islandia, Noruega, Finlandia y Suecia; y el Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, que sustituyera al 1346 del año 2000 y que se halla vigente en toda la Unión Europea, con excepción de Dinamarca, desde el 26 de junio de 2017¹¹.

América Latina, a pesar de ser un ámbito en el que se comparten características culturales y étnicas, no cuenta con una legislación que unifique las normativas comerciales y el tratamiento de la insolvencia transnacional en todos los países de la región. En la historia de este continente los documentos multilaterales que han abordado este tema son el Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889, el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado de 1928, y los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional y de Derecho Procesal Internacional de 1940.

El Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 se adoptó en el Primer Congreso Internacional Sudamericano de Derecho internacional privado¹², lo firmaron Argentina, Bolivia, Perú, Paraguay y Uruguay, y Colombia se adhirió a él. Por su parte, los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional y de Derecho Procesal Internacional de 1940 nacieron en el Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado¹³ y fueron ratificados por Argentina, Paraguay y Uruguay.

Si bien dichos tratados lograron instaurar un régimen común entre los Estados signatarios que facilitara la resolución de estos conflictos, en el momento en el que se suscribió el primero de estos convenios, a finales del siglo XIX, la solución de los procesos concursales —fenómeno que no era frecuente en aquella época— se enfocaba en la liquidación de la empresa y en distribuir los activos locales, dándole preferencia a los acreedores nacionales. Esa posición es imposible de respaldar en un contexto globalizado y de apertura económica en el que se clama

10 Otros tratados bilaterales suscritos sobre el tema son: el franco-italiano del 3 de junio de 1930, el franco-monaguesco del 13 de septiembre de 1930, el austro-belga del 16 de julio de 1969, el austro-italiano del 12 de julio de 1977 y el franco-austriaco del 17 del febrero de 1979.

11 Otros documentos que a nivel internacional abordan esta temática son: el proyecto sobre insolvencia transnacional del American Law Institute (ALI), que regula los casos de insolvencia internacional que se generan en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); la Ley Modelo sobre cooperación en la insolvencia internacional y el Concordato de insolvencia transfronteriza, ambos de la International Bar Association (IBA); así como otros textos elaborados por la Insol y por la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (Ohada).

12 Este congreso se realizó entre 1888 y 1889 en Montevideo, Uruguay.

13 Este congreso fue celebrado en Montevideo, Uruguay, en dos periodos: el primero desarrollado en julio y agosto de 1939, y el segundo en marzo de 1940.

por el reconocimiento de la igualdad entre acreedores. Además, no se debe olvidar que los Tratados de Montevideo, especialmente los de la segunda etapa, tienen vigencia espacial reducida pues muy pocos países los ratificaron, de ahí también su escasa relevancia en la praxis actual.

En otro sentido, el Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado de 1928 surgió en el seno de la Sexta Conferencia Panamericana, que se celebrara en La Habana en 1928; y, a pesar de que cuenta con más de nueve décadas, aún se mantiene en vigor, del todo o en parte, en quince¹⁴ países de Latinoamérica, pues fue firmado por Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela y Cuba. Algunos de estos países realizaron reservas sobre su contenido, pero estas no hacen referencia al capítulo de «la quiebra o concurso» que, dentro del Libro Cuarto, dedicado al derecho procesal internacional, se encarga de regular la insolvencia internacional.

El Código de Bustamante, en sus artículos 328 y 329, establece las reglas de competencia judicial internacional en materia de insolvencia transfronteriza, las que nos permiten identificar el tribunal autorizado para tramitar estos supuestos¹⁵. Esta disposición debe ser complementada con el artículo 414, en el que se estipula que existirá un único procedimiento concursal si el deudor no tiene más que un domicilio civil o mercantil. Se infiere así que la norma se aviene a la teoría de la universalidad y que, como tal, defiende la tramitación de un solo procedimiento en el lugar donde el deudor posea su domicilio; sin embargo, al admitir, en el artículo 415, que puedan haber tantos procedimientos concursales como establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente tuviere el fallido en más de un Estado contratante, el Código se separa de la teoría de la universalidad para acercarse a la de la territorialidad.

Vásquez y Acevedo (2014), haciendo una interpretación de estos preceptos a favor de la teoría de universalidad, reconocen que este convenio solo admite la pluralidad de procesos de insolvencia en situaciones excepcionales, pues es poco común, en el contexto de empresas multinacionales, que un mismo deudor posea en diferentes naciones lo que el Código califica como establecimientos mercantiles enteramente separados económicamente (p. 13). Más allá de discutir si tal circunstancia se da con frecuencia o no, lo cierto es que la fórmula que adopta la norma para el tratamiento de la insolvencia acepta, en

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

14 Aunque veinte países latinoamericanos son signatarios del Código de Bustamante, cinco naciones no lo ratificaron: Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay.

15 De esta manera, se proclama que en los procesos concursales, cuando fuere voluntaria la presentación del deudor, será competente el juez del lugar de su domicilio; y cuando este fuere promovido por los acreedores, lo será el de cualquiera de los lugares que esté conociendo de la reclamación que los motiva, prefiriéndose, en caso de estar entre ellos, el del domicilio del deudor. Al respecto, ver Código de Bustamante (1928, p. 71).

determinadas situaciones, la existencia de uno o varios procedimientos. Es una posición que, a criterio de la autora, mezcla ambas teorías sin afiliarse enteramente a una ni a otra, y que podría provocar que se siguieran múltiples procedimientos concursales en diferentes Estados respecto a un mismo deudor, los que, al actuar de manera independiente, difícilmente lograrían el cumplimiento de la finalidad de un procedimiento concursal.

Con respecto al reconocimiento por parte de un Estado de los procesos de insolvencia celebrados en el extranjero, los artículos 416, 418, 421 y 422 del Código de Bustamante enuncian los efectos extraterritoriales que, sin mucho trámite local, poseen la declaración de incapacidad del quebrado, las facultades y funciones de los síndicos nombrados en uno de los Estados contratantes, el convenio entre los acreedores y el quebrado, y la rehabilitación de este último. En un sentido contrario, el artículo 417 proclama que el auto de declaratoria de quiebra o concurso dictado en uno de los Estados contratantes se debe ejecutar según la forma establecida en el Código para las resoluciones judiciales, por lo que, en este supuesto, se deben cumplir las condiciones generales requeridas por la normativa para la ejecución de sentencias extranjeras¹⁶, las que, al remitir a las formalidades exigidas por la legislación de cada país, hacen que en muchos casos sea necesario acudir al procedimiento de exequátur¹⁷.

Utilizar el exequátur para la ejecución de una resolución extranjera de insolvencia otorga inseguridad al crédito, pues agrega un trámite o procedimiento adicional que dilata el proceso y perjudica seriamente a los acreedores (Vásquez & Acevedo, 2014, p. 14). Este perjuicio se evidencia en la imposibilidad de recurrir a la aplicación de medidas preventivas para proteger el valor de los bienes del insolvente hasta que no se realice el trámite especial que le otorga eficacia procesal a la resolución extranjera por virtud de la cual poseen tal potestad.

Por otra parte, el artículo 420, en defensa del principio de derecho internacional privado *lex rei sitae*¹⁸, hace referencia a que las acciones y derechos reales estarán sujetos a la ley y a la competencia del juez del lugar donde los bienes se localicen. Este axioma, aunque responde a la necesidad de los diferentes Estados de controlar los patrimonios situados en su territorio, constituye una gran limitante en el ámbito

16 Ver el Título Décimo, «Ejecución de Sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros», del Código de Bustamante (1928, p. 91).

17 El exequátur es un proceso o trámite especial mediante el cual se produce, a través del órgano o autoridad local que designe la ley territorial, la homologación de las sentencias extranjeras, equiparándolas a las nacionales y disponiendo su ejecución y cumplimiento. Confróntese con Dávalos *et al.* (2007, p. 195).

18 Principio al cual se acoge también el Código Civil cubano (1987) en su artículo 14.1 al proclamar que «Los actos jurídicos civiles relativos a bienes muebles e inmuebles y sus formalidades se rigen por la legislación del Estado en que están situados» (p. 3).

de la insolvencia transfronteriza, pues el juez que esté llevando un procedimiento concursal solo podrá, en principio, disponer de los bienes que se hallen en la nación.

Si respecto a la insolvencia transnacional se contrasta la normativa del Código de Bustamante con la de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, se constatará que en el primero, a diferencia de los segundos, no se separa la regulación de la quiebra de la del concurso civil, y no se le otorga preferencia a los acreedores locales para la satisfacción de su crédito por encima de los acreedores extranjeros, lo que sin dudas constituye una posición atinada que se fundamenta en la máxima *par conditio omnium creditorum*.

Independientemente de los aciertos y desaciertos de cada uno de estos instrumentos internacionales, lo cierto es que los Estados se verán imposibilitados de acudir a lo normado en un convenio internacional sobre concursos transfronterizos del que son signatarios si el otro sujeto con el que mantienen relaciones comerciales no forma parte del mismo. Por este motivo se aboga por reforzar el tratamiento interno que las diferentes naciones otorgan a este tema, independientemente de los esfuerzos que en la esfera internacional se concreten al respecto.

En base a esta realidad, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional elaboró el 30 de mayo de 1997 la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, y la guía para su interpretación e incorporación al derecho interno de los Estados. Esta sistemática no tiene como propósito abordar aspectos sustantivos del régimen concursal, sino armonizar la manera de proceder ante procedimientos de insolvencia transnacional. Por tanto, sus regulaciones deben ser completadas por el derecho interno de cada nación para «determinar, entre otras cosas, los operadores jurídicos llamados a aplicarla, la denominación que han de recibir las diversas instituciones, los procedimientos concretos a los que debe aplicarse, así como aquellos exceptuados de su aplicación» (Esplugues, 2002, p. 19).

Si bien el respeto a la normativa de cada Estado y la flexibilidad en el tratamiento de un tema tan sensible para el desenvolvimiento económico de las naciones son elementos a favor de la meta de unificación perseguida por la Cnudmi, el sistema escogido —una Ley Modelo— se queda corto en la consecución de dicho propósito, pues este texto legislativo no es vinculante y opera solo como una recomendación a los Estados para que lo integren, con o sin modificaciones¹⁹, a su derecho interno. Se evidencia así el alcance limitado del documento que, a diferencia de

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

19 La Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza señala que, al incorporarla a su derecho interno, todo Estado puede modificar o suprimir algunas de sus disposiciones. A continuación, admite que será menor el grado de armonización que si se hubiera recurrido al régimen de una convención; por ello, recomienda

los tratados o convenciones internacionales, no encierra la obligación de ser incorporado a los ordenamientos jurídicos nacionales y, por tanto, no llega a garantizar la uniformidad en el tratamiento de la insolvencia transfronteriza.

A pesar de lo anterior, la necesidad de alcanzar un régimen armónico en la materia, fundamentalmente en los momentos actuales en los que existe a nivel mundial una crisis financiera, ha hecho que, hasta marzo del 2021, cincuenta países hayan promulgado normas asentadas en los pronunciamientos de la Ley Modelo. Esta regulación ha trascendido incluso a la esfera comunitaria pues, aunque en este ámbito está vigente el Reglamento 2015/848, este solo es válido entre las naciones que componen la Unión Europea, por lo que no es posible acudir a sus soluciones cuando se suscita una situación de insolvencia que involucra a un Estado miembro con otro que no es parte de dicha comunidad.

Con respecto a la regulación de la Ley Modelo²⁰, no se puede dejar de advertir que, en términos generales, su objetivo es introducir en la legislación de los diferentes países ciertas reglas que viabilicen la resolución de la insolvencia transfronteriza. En este empeño, traza medidas dirigidas a lograr la coordinación de los procedimientos de insolvencia, el acceso de los representantes y acreedores foráneos a los tribunales nacionales, y el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia. Así, esta normativa permite que los acreedores puedan reclamar los créditos que posean en cualquier Estado que haya incorporado la misma a su ordenamiento jurídico, y que el «representante extranjero»²¹ pueda comparecer directamente²² ante un tribunal nacional a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, de conformidad con el derecho interno o el reconocimiento del procedimiento extranjero²³ de insolvencia en el que fue nombrado.

De esta forma, el que administra un procedimiento de insolvencia puede actuar en otro país en calidad de representante extranjero y participar, una vez reconocido un proceso extranjero de insolvencia, en todo procedimiento nacional que se siga respecto al deudor. Para lograr lo anterior, se le otorga un acceso directo y rápido²⁴ a los tribunales foráneos

a los Estados que, al adoptarla, introduzcan el menor número posible de cambios (Cnudmi, 2013, pp. 27-28).

20 Esta normativa ha sido objeto de múltiples estudios. Al respecto, ver Rouillon (2000), González y Alda (2009), y González y Pessoa de Oliveira (2013).

21 La norma define al representante extranjero en el artículo 2, inciso d). Confróntese con Cnudmi (1997, p. 2).

22 En los artículos 9 al 12 de esta norma se consignan las disposiciones relacionadas con el derecho de acceso directo del representante de un procedimiento extranjero de insolvencia a los tribunales de la nación que adopte la Ley Modelo. Confróntese con Cnudmi (1997, p. 3).

23 La Ley Modelo, en su artículo 2, inciso a), define qué entiende por procedimiento extranjero. Confróntese con Cnudmi (1997, p. 3).

24 Es conveniente destacar que la Ley Modelo simplifica los requisitos de prueba para el reconocimiento de un procedimiento extranjero, en aras de que este sea concedido en el menor tiempo posible. Ver artículo 16.2 de la Cnudmi (1997, p. 4).

sin tener que acudir a trámites engorrosos y lentos, como la comisión rogatoria u otras vías diplomáticas que podrían retrasar el procedimiento y permitir la pérdida de los bienes del insolvente o de su valor.

Ahora bien, el trabajo de la Cnudmi en materia de insolvencia transfronteriza no concluyó en 1997 con la elaboración de la Ley Modelo y la guía para su incorporación al derecho interno e interpretación (2013), sino que se materializó además en la confección de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* en 2004²⁵, la *Guía de Prácticas sobre Cooperación en la Insolvencia Transfronteriza* (2009), la Ley Modelo de la Cnudmi sobre la insolvencia transfronteriza: la perspectiva judicial (2011), y recientemente la Ley Modelo sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia con la respectiva guía para su incorporación al derecho interno (2018)²⁶.

De estas regulaciones, solo conviene destacar que la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* intenta erigirse como estándar legislativo en materia concursal y, con este fin, pretende servir de herramienta a los órganos de las diferentes naciones en la conformación de nuevas normas o en la revisión de las ya existentes para crear un régimen legal de la insolvencia que se acomode al marco jurídico y comercial de la nación en cuestión. A diferencia de la Ley Modelo de 1997, esta guía aborda el tema de la insolvencia en su plenitud y no solo en su vertiente transfronteriza; y, por tanto, no cubre los aspectos internacionales, sino que se limita a la dimensión interna de los concursos (González & Alda, 2009, p. 15).

V. EL TRATAMIENTO DE LA INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN LA LEGISLACIÓN CUBANA. NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO

Para divisar cómo se aborda la insolvencia transnacional en la legislación cubana, hay que partir de la normativa de fuente externa: los tratados o convenciones internacionales. En este sentido, se pudo constatar que el único tratado multilateral firmado por la nación que contiene disposiciones sobre este asunto es el Código de Bustamante. Este no puede apreciarse como la solución a los problemas que suscita la materia porque los conflictos que previó ocho décadas atrás no son los que se presentan hoy en un contexto de globalización y de intercambio comercial; y, además, porque no todos los países que mantienen

237

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

25 La primera y segunda parte de esta guía legislativa datan del 25 de junio de 2004, mientras que la tercera parte, «Trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia», es de 1 de julio de 2010, y la cuarta parte, «Obligaciones de los directores en el período cercano a la insolvencia», de 2019 (2da edición).

26 La Cnudmi presentó además en 2019 una copia avanzada de la Ley Modelo sobre la insolvencia de grupos de empresas.

relaciones comerciales con Cuba son parte del mismo y algunos, incluso, han llegado a suscribir otros tratados internacionales.

La aplicabilidad de los preceptos del Código de Bustamante en materia de concurso transnacional tropieza también con la deficiente regulación de la insolvencia en sentido general en el derecho interno cubano, pues en la actual Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (LPCALE)²⁷ se omite toda referencia a los procedimientos concursales. Si a esto se le agrega que en el país las disposiciones relativas a la suspensión de pagos se encuentran derogadas²⁸ y las reglas sustantivas de la quiebra, aunque perviven en el Código de Comercio²⁹, carecen de las pautas procedimentales para su materialización³⁰, se constatará que la legislación cubana se encuentra desprovista de las herramientas para enfrentar la insolvencia empresarial.

Esta situación es fruto de los cambios que acontecieron en Cuba en la construcción de una sociedad socialista. Luego del 1 de enero de 1959, en el país se redujo la economía privada, se estableció un sistema económico basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción y se marginaron las relaciones monetario-mercantiles en el funcionamiento económico por considerarlas un remanente del capitalismo. En un escenario marcado por la dirección centralmente planificada³¹ y la actuación casi absoluta de la empresa estatal, las entidades con pérdidas eran financiadas por el Estado³², por lo que la regulación de los procedimientos concursales quedó olvidada en un Código de Comercio que, si bien no ha sido derogado íntegramente por ninguna otra norma, autores como Cañizares (2012) han señalado que fue «abrogado materialmente por la historia, por su inaplicabilidad a las nuevas relaciones económicas que el proceso revolucionario generaba» (p. 27).

El estado de la regulación de la insolvencia en Cuba concuerda con el tratamiento que en determinados momentos se le ha otorgado a este tema en otros países socialistas. En este sentido, Del Castillo Sánchez (2020) plantea que «una de las críticas que tradicionalmente recibe

27 Ley N° 7 de 1977, modificada, entre otras normas, por el Decreto Ley N° 241 de 2006.

28 La ley del 24 de junio de 1911, norma reguladora de la suspensión de pagos, agotó su vigencia en 1974, cuando fue sustituida por los preceptos que al respecto instauró la Ley N° 1261 de Procedimiento Civil y Administrativo, la que fue derogada a su vez por la Ley N° 7 de 1977, actual LPCALE cubana.

29 El Código de Comercio español de 1885 comenzó a regir en Cuba a partir del 1 de mayo de 1886.

30 Al respecto, Góngora García (2010) alega que los referidos preceptos del Código de Comercio, al igual que toda normativa sustancial que pierde respaldo procesal, han quedado inutilizados materialmente debido a la nula viabilidad de sus designios (p. 96).

31 El Sistema de Dirección y Planificación de la Economía fue presentado, analizado y aprobado en el Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba, celebrado en diciembre de 1975. Para profundizar al respecto, ver Villalón-Madrado (2011).

32 Esta realidad fue reconocida por Marino Murillo Jorge, jefe de la Comisión de Implementación y Desarrollo de los Lineamientos de la Política Económica y Social, cuando delineaba las directivas del Plan de la Economía cubana para 2014 y explicaba los cambios en las relaciones de las empresas con el presupuesto del Estado. Al respecto, ver Sánchez Serra (2013).

la empresa estatal en general y en particular la experiencia fallida del “socialismo real” se refiere al predominio de una “restricción presupuestaria blanda”, vinculada al papel paternalista que adopta el Estado ante las organizaciones empresariales» (p. 2).

Es una realidad que, en el socialismo, derivado de la confusión entre las funciones estatales y empresariales, se ha tratado de evitar por diversos medios la quiebra empresarial, por lo que las entidades estatales, aun siendo ineficientes, han recibido la ayuda del Estado para superar las crisis patrimoniales. Como muestra de esto, en China se creó en 1949 un «régimen fundado en la imposibilidad de que una empresa dentro del socialismo pudiera conducir o conducirse a la quiebra; no obstante, tal mito se rompió después de la reforma económica de 1978, cuando las empresas estatales se transformaron al asumir la responsabilidad exclusiva de sus propias ganancias y pérdidas» (Aguirrezábal *et al.*, 2011, p. 351). En el país asiático, la reforma estructural a la que fue sometida la empresa estatal, en la que se separaron las funciones estatales de las empresariales, condujo necesariamente a normar la quiebra empresarial.

En el caso de Cuba, aunque con la actualización del modelo económico que se iniciara en 2011 se reorientaron algunas políticas y se apostó por la descentralización, por conceder mayor autonomía a la empresa estatal socialista, y por reconocer e incentivar la actuación de formas de gestión no estatales, estas transformaciones no han repercutido en la regulación del ámbito concursal. Sin embargo, es imposible desconocer que los cambios suscitados en la sociedad cubana en los últimos años han sentado las bases para lograr este propósito. Lo anterior se sustenta en lo dispuesto en el lineamiento 10 de la política económica y social, en el que se plasmó la proyección de que «las empresas y cooperativas que muestren sostenidamente en sus balances financieros pérdidas, capital de trabajo insuficiente, que no puedan honrar con sus activos las obligaciones contraídas o que obtengan resultados negativos en auditorías financieras, se podrán transformar o serán sometidas a un proceso de liquidación, cumpliendo con lo que se establezca» (Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, 2017, p. 54).

En esta línea, en el artículo 26 de la nueva Constitución cubana, proclamada en 2019, se dispone que las entidades empresariales estatales «responden de las obligaciones contraídas con su patrimonio, en correspondencia con los límites que determine la ley» (p. 74)³³. A criterio de la autora, y en consonancia con lo expuesto por Moreno Cruz (2020), para implementar el referido pronunciamiento constitucional:

33 La norma precedente, la Constitución de la República de Cuba de 24 de febrero de 1976, instituía en el segundo párrafo de su artículo 17 que «las empresas y entidades respondían de sus obligaciones sólo con sus recursos financieros dentro de las limitaciones establecidas por la ley» (p. 7). Para profundizar en cómo el nuevo pronunciamiento constitucional significa, en contraste con su antecesor, un paso hacia la actualización de la regulación de la insolvencia en Cuba, ver Moreno (2020, p. 54).

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

será necesaria la aprobación de una normativa sobre insolvencia patrimonial, [...] la que actuará con singularidad para el caso de las entidades de privilegiado interés estatal, para las que deberán instrumentarse procedimientos administrativos que tiendan a salvarlas y conservarlas, pero no deberán ser una carga para el Estado aquellas que, de forma sostenida, sean ineficientes (p. 54).

Se remediarían así las diversas problemáticas que hoy se afrontan en la nación por el deficiente régimen concursal, las que han llegado incluso a atentar contra el cumplimiento efectivo de las resoluciones dictadas por las Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares³⁴. Esta situación llevó al Tribunal Supremo Popular a aprobar en marzo de 2007 la Instrucción 185, la que fue sustituida en julio de ese año por la 185 BIS. Con esta Instrucción se trata de remediar algunas de las dificultades que surgen de un ineficiente marco regulador de la suspensión de pagos en Cuba³⁵; no obstante, los principales conflictos que en la materia se suscitan aún siguen sin respuesta.

En un contexto diferente al que predominaba en los primeros años de la Revolución cubana³⁶, en el que se fomentan las relaciones comerciales con elementos extranjeros, la insolvencia puede adquirir carácter transnacional; no obstante, resulta notable la imposibilidad de tramitar en los tribunales cubanos los procedimientos de quiebra o suspensión de pagos, y de reconocer en esta instancia fallos concursales extranjeros porque, tal y como refrenda Góngora García (2010), no existen las vías para su materialización (p. 94).

Esta situación provoca que los representantes y acreedores, tanto nacionales como extranjeros, se vean impedidos de instar en Cuba la apertura de un procedimiento de insolvencia, o la ejecución de las declaraciones de quiebra o suspensión de pago dispuestas por tribunales extranjeros, debido a la ausencia de reglamentación sobre cómo

34 Los fundamentos que motivaron al Tribunal Supremo Popular a aprobar la Instrucción 185 BIS de 2007 partían de que, habiéndose dispuesto en los procesos ordinarios o ejecutivos la medida cautelar de embargo de cuenta bancaria, en ocasiones los recursos monetarios resultaban insuficientes para cubrir el monto de la deuda. En estos casos, y ante la imposibilidad de acudir al procedimiento de suspensión de pagos, la referida cuenta permanecía embargada por tiempo indeterminado, lo que llevaba a la paralización de las operaciones del sujeto en cuestión y a la imposibilidad de este de generar ingresos con los cuales dar cumplimiento al pago dispuesto por resolución judicial. Ver Instrucción 185 BIS de 2007 del Tribunal Supremo Popular.

35 Intención que se plasma claramente en su 7mo Por Cuanto al proclamar que pretende instruir lo concerniente a la práctica jurisdiccional a fin de que las Salas de lo Económico de los Tribunales Provinciales Populares puedan «disponer las medidas conducentes a asegurar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones, hasta tanto se dicten las pautas concernientes a la insolvencia temporal de las entidades económicas, por los órganos u organismos a los que corresponda su regulación» (Instrucción 185 BIS, 2007, p. 2).

36 Con el propósito de impulsar el proceso de apertura económica y lograr la inserción del país en el mercado mundial, en 1992 se reformó la Constitución de 1976 para concebir la propiedad del Estado solo sobre los medios fundamentales de producción, reconocer otras formas de propiedad pertenecientes al sector privado (como la de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas), y suprimir el monopolio estatal sobre el comercio exterior.

proceder al respecto. Se rodea así de incertidumbre la satisfacción de los créditos en este Estado, pues la misma puede afectarse si acreedores más diligentes o mejor informados se dirigen individualmente contra el patrimonio del insolvente. De esa forma, aquellos acreedores que no se mantengan al tanto del estado financiero de sus deudores domiciliados en el país en cuestión pueden ver sus intereses seriamente dañados ante la imposibilidad de acudir a procedimientos colectivos que, en defensa del principio *par conditio creditorum*, paralicen las ejecuciones particulares sobre los bienes del deudor.

La legislación cubana tampoco les otorga a los acreedores los mecanismos para satisfacer su crédito cuando los bienes del deudor insolvente se encuentran ubicados en otro Estado. Para constatar lo anterior, basta apreciar que aun cuando estos bienes estuvieran situados en una nación signataria del Código de Bustamante, los acreedores no pueden hacer uso del precepto que en este cuerpo legal reconoce los «efectos extraterritoriales de la declaratoria de incapacidad del concursado», pues en el país se carece del procedimiento para que tal estado sea decretado.

No tienen tampoco la opción de acudir a los tribunales cubanos para conseguir en cualquier otro procedimiento una resolución judicial cuyo cumplimiento en el extranjero pueda ser instado a través de los mecanismos establecidos en el derecho internacional porque la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico (1977) estipula en su artículo 2.3 que corresponde a la jurisdicción cubana conocer de las cuestiones «que se susciten entre personas naturales o jurídicas extranjeras con representación o domicilio en el país, siempre que la litis no verse sobre bienes situados fuera de Cuba» (p.1).

De manera que la LPCALE cubana no contiene un mecanismo que le permita a los acreedores acceder, para satisfacer las obligaciones pendientes, a los activos del deudor insolvente que se ubiquen en otro Estado. Esta situación dificulta la satisfacción de la totalidad de los créditos y abre la puerta a posibles actuaciones fraudulentas por parte de los deudores insolventes, los que «gracias a la interconexión mundial y a la facilidad de desplazamiento electrónico de capitales, pueden velozmente ocultar o transferir activos a otras jurisdicciones» (Rouillon, 2000, p. 9), y esquivar así el cumplimiento de sus obligaciones.

A criterio de la autora, urge llenar el vacío que en el ordenamiento cubano existe con respecto a este tema, lo que respondería a las actuales condiciones que imperan en la nación y protegería los intereses de todos los actores económicos, ya sean de naturaleza estatal, mixta, privada o cooperativa. Se favorecería también el proceso de atracción del capital extranjero, pues el establecimiento de mecanismos para solventar la insolvencia transnacional ayuda a afianzar la previsibilidad y la seguridad jurídica, ambos valores indispensables a la hora de calificar el riesgo

de inversión en el país³⁷. Tal es así que la *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza* (2013) estipula que el hecho de no prever cómo se administrará una situación de insolvencia transfronteriza puede obstaculizar el flujo de capitales y desincentivar la inversión foránea, mientras que la presencia en el derecho interno de un Estado de mecanismos que permitan coordinar la administración de este tipo de insolvencia es considerada como un factor favorable para las inversiones u operaciones comerciales que se realicen en esa nación (pp. 23-24).

A tono con lo estipulado en la citada guía, Rouillon (2000) reconoce que el establecimiento de reglas claras y no discriminatorias para el tratamiento de este tipo de situaciones es uno de los factores que debería incidir directamente en la disminución de la tasa de riesgo del país. Y, para reforzar lo anterior, destaca que México, uno de los llamados países «emergentes», alcanzó en el año 2000 el grado de inversión (*investment grade*)³⁸ y, casualidad o no, esa nación puso en vigor ese año su nueva Ley de Concursos Mercantiles, en la cual se adopta íntegramente, y casi sin modificaciones, la Ley Modelo de la Cnudmi (p. 9).

Actualmente, Cuba se encuentra en el *rating*³⁹ Caa2, según la agencia de calificación de riesgo Moody's, valoración que lo estima como un Estado de «riesgo sustancial» de impago. Esta apreciación atenta contra los propósitos del país de fomentar la participación del capital extranjero como complemento del esfuerzo del inversionista nacional, y afecta los resultados de las medidas tomadas para atraer el establecimiento del inversionista foráneo en la nación, dibujando un clima favorable de seguridad y protección a los negocios. Vale aclarar que, aunque para otorgar la citada calificación se valoran disímiles circunstancias, entre los factores de riesgo a tener en cuenta está el sistema legal y regulatorio, en el que la ausencia de un régimen seguro y predecible para el tratamiento de la insolvencia supone inevitablemente un peligro para la satisfacción de los créditos de los inversionistas extranjeros.

A consideración de esta autora, regular los procedimientos concursales no solo sería uno de los factores a tener en cuenta para disminuir la calificación de riesgo de la nación, sino que favorecería los intereses de los diversos actores económicos y ayudaría, además, a darle cumplimiento

37 Existen agencias como Moody's, Standard & Poor's (S&P) y Fitch que, a través de un sistema alfabético que varía de acuerdo a la agencia, se dedican a calificar el riesgo de un país en aras de indicar a aquellos que deseen invertir en un producto financiero ubicado en una nación el riesgo que corren por hacerlo en determinado momento.

38 En estos momentos, México se encuentra en el Baa1, según la agencia Moody's, calificación que lo define como un país de grado medio inferior de seguridad al inversionista.

39 El *rating* o calificación de la deuda persigue medir la capacidad de una nación, Gobierno o empresa para solventar su deuda, por lo que tiene como fin delimitar el riesgo que supone invertir en alguno de estos. Mientras mayor sea el riesgo de inversión, peor será la calificación otorgada, pues existen más probabilidades de impago.

al Lineamiento 62 de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021 (2017), que plantea la necesidad de «consolidar la credibilidad del país en sus relaciones económicas internacionales mediante el estricto cumplimiento de los compromisos contraídos» (p.12).

Ahora bien, para llenar el vacío que sobre el concurso con elementos extranjeros existe en la legislación cubana, hay que partir de elaborar una sólida y eficaz normativa concursal que logre, a través de los procedimientos de quiebra y de suspensión de pagos, y del respeto de los principios de universalidad, colectividad e igualdad, sustituir las acciones individuales de los acreedores contra el deudor por una acción conjunta o colectiva que se dirija a la satisfacción del crédito y a la preservación de la empresa, cuando las condiciones de la misma lo permitan.

La promulgación de tal sistemática, según dicta la singularidad de la materia, podría hacerse mediante una ley especial cuya conformación tuviera en cuenta los antecedentes jurídicos de estas instituciones en Cuba, las soluciones que ofrece el derecho comparado y los pronunciamientos de la guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia⁴⁰ que presentara la Cnudmi y que recoge la más actualizada práctica y doctrina internacional sobre el tema.

El llamado a la regulación en la legislación cubana de los procedimientos concursales, aunque es el primer paso, no es la solución a los problemas que suscita la insolvencia transnacional, pues para estos se requiere —además de la ordenación general— reglas que permitan el reconocimiento de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el acceso a los tribunales cubanos de los acreedores y representantes de procedimientos de insolvencia extranjeros, la asistencia a los procedimientos foráneos, y la cooperación internacional entre jueces concursales cubanos y extranjeros en la resolución de estos asuntos.

Para implementar estas reglas existen dos opciones: o se suscriben nuevos tratados internacionales que contengan pautas para solventar los conflictos derivados de la insolvencia transnacional, o se incorporan disposiciones de este tipo a la legislación interna. Estas alternativas, tal y como señala Rouillon (2000), no son excluyentes; por el contrario, «son distintas, tienen diferentes ventajas e inconvenientes [...], pero pueden abordarse de manera simultánea sin que la mejora obtenida en una vía cierre el paso a los esfuerzos que puedan hacerse en la otra» (p. 2).

40 Esta guía ofrece al legislador una serie de recomendaciones legislativas para promulgar una normativa concursal y la posibilidad de excluir a determinadas entidades, como los bancos, las compañías de seguros, las empresas de servicios públicos, etc., de los procedimientos de liquidación y de reorganización previstos para este tipo de situaciones. De modo que si el Estado cubano tuviera en cuenta tales pronunciamientos para formular su régimen concursal, podría incluso sustraer de este tipo de proceso a determinadas entidades, imprescindibles para el desarrollo de la economía nacional.

Si bien sería beneficioso adoptar un nuevo tratado internacional que contenga disposiciones sobre la temática en el ámbito regional o con los principales socios comerciales de Cuba, escoger este como único camino a transitar acarrea el inconveniente de que las medidas que se acojan en este espacio solo surtirán efecto entre los países implicados, dejando sin respuesta a aquellas situaciones de concurso transnacional que involucren a naciones ajenas al acuerdo internacional. De manera que, independientemente de los esfuerzos por concretar convenios internacionales en los que se estipule el modo de proceder ante supuestos de insolvencia transfronteriza, se debe reflejar este particular en la legislación concursal interna⁴¹.

A criterio de la autora, para regular el concurso con elemento extranjero en la normativa cubana, sería conveniente abrazar la teoría de la universalidad cualificada. De esa manera, cuando existan bienes o acreedores de un empresario insolvente en distintas naciones, no se reconocería como solución un único procedimiento, o varios, actuando de manera independiente; sino un foro principal y otros secundarios en los que prime la colaboración y coordinación entre los funcionarios concursales de diferentes jurisdicciones para solventar, en la medida de lo posible, los intereses de cada uno de estos procedimientos.

A los efectos de dotar al derecho interno cubano de reglas que posibiliten lo anterior, se propone que se tengan en cuenta los postulados de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza, pues esta norma otorga soluciones sencillas que permiten el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales que tramiten un proceso de insolvencia, el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, la asistencia a dichos procedimientos y la cooperación internacional en la resolución de este tipo de casos.

Es indispensable señalar que lo propuesto no colisionaría con las particularidades que se acojan en la modernización del derecho concursal cubano, dirigidas a la salvaguarda de empresas de marcado interés estatal, pues la referida normativa prevé en el artículo 3 una excepción de orden público por medio de la cual un tribunal de la nación promulgante puede impedir la adopción de alguna medida en ella consignada, de contravenir esta su orden público. El artículo 1 también estipula la posibilidad de excluir de su esfera de acción a todas aquellas entidades que en el país en cuestión pudiesen estar sometidas a regímenes especiales de insolvencia. En un sentido similar, su artículo 6 reconoce que si existiera algún conflicto entre sus regulaciones y las de un

⁴¹ Los elementos a favor del reforzamiento de las disposiciones concursales internas parten de que esta opción exige menores esfuerzos y tiene un ámbito de validez mayor que la adopción de un acuerdo entre naciones, pues su debate y aprobación solo compete a las autoridades legislativas nacionales, y su aplicación no se restringe a un determinado número de países.

tratado internacional, predominarán las de este último, lo que evidencia la intención de la Cnudmi de resguardar las obligaciones internacionales de los Estados que decidan acoger sus preceptos y no tratar de imponer criterios a las naciones, sino darles la libertad de actualizar su normativa en la materia, respetando las peculiaridades e intereses de sus sistemas económicos y sociales.

Las disposiciones de la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza, aplicadas a la realidad cubana, defenderían la «igualdad» como principio concursal y responderían al reclamo de la Cnudmi por la armonización de las legislaciones nacionales en la materia. Además, otorgarían mayor seguridad jurídica al comercio y las inversiones, concederían certeza de satisfacción del crédito y de que no habrá espacio para la defraudación internacional, y posibilitarían la reorganización de empresas en dificultades financieras y la preservación de empleos. De modo que, ante la urgencia de modernizar el régimen de insolvencia en Cuba, el legislador debería tener en cuenta esta normativa «porque por estas cuestiones, pasa el derecho concursal internacional del tercer milenio» (Rouillon, 2000, p. 2).

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

VI. CONCLUSIONES

Las relaciones comerciales entre empresarios de diferentes naciones son el marco propicio para el surgimiento de la insolvencia transfronteriza, la situación de crisis patrimonial en la que existen bienes o acreedores en diferentes Estados. Los intentos por definir cómo se solucionaría este conflicto han llevado a esgrimir tres teorías: la primera, defiende la existencia de un único procedimiento (universalidad); la segunda, la de varios procedimientos independientes (territorialidad); y la tercera, la de un foro principal y otros secundarios trabajando en estrecho vínculo para la resolución de este asunto (universalidad moderada).

A nivel internacional se han adoptado diversos tratados internacionales sobre la materia, entre los que cabe citar la Convención Nórdica sobre Quiebras, el Reglamento 2015/848 de la Unión Europea sobre procedimientos de insolvencia, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1928, y el Código de Bustamante; sin embargo, la normativa paradigmática en el tema es la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza, cuyo texto, aunque no es vinculante, ha sido incorporado al derecho interno de cincuenta naciones.

A pesar de que Cuba es signataria del Código de Bustamante, en dicha nación las principales problemáticas que plantea la insolvencia transfronteriza quedan sin respuesta, principalmente por la deficiente regulación concursal interna. En base a esta realidad, se propone elaborar una normativa que logre, a través de los procedimientos de

quiebra y suspensión de pagos, sustituir las acciones individuales de los acreedores contra el deudor por una acción conjunta o colectiva que se dirija a la satisfacción del crédito y a la preservación de la empresa.

Se aboga, además, independientemente de los esfuerzos por suscribir nuevos tratados internacionales que contengan disposiciones sobre cómo manejar el concurso transnacional, por incorporar la Ley Modelo de la Cnudmi sobre insolvencia transfronteriza al derecho cubano de fuente interna, en aras de permitir el acceso de los representantes y acreedores extranjeros a los tribunales nacionales que tramiten un proceso de insolvencia, el reconocimiento de un procedimiento extranjero de insolvencia, la asistencia a dichos procedimientos y la cooperación internacional en la resolución de estos casos.

REFERENCIAS

Aguirrezábal Grünstein, M., Pérez Ragone, A., & Vargas Pave, M. (2011). Informe del XIV Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Procesal: el Justo Proceso en Examen (Procedural Justice). *Revista Ius et Praxis*, 17(2), 349-370. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122011000200013>

Araya, T. (2005). Tendencias actuales sobre la insolvencia transfronteriza: una visión desde Argentina. *Advocatus*, 12(I), 119-145. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2712/2614>

Cañizares Abeledo, D. F. (2012). *Derecho Comercial*. La Habana: Ciencias Sociales.

Carbonell O'Brien, E. (2017). La insolvencia transfronteriza. *Estudios de Derecho Empresario*, 10, 122-140. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/esdeem/article/view/16699/16457>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). (2013). *Guía para la incorporación al derecho interno y la interpretación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la insolvencia transfronteriza*. <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-s.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). (2021). *Situación actual Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza* (1997). https://uncitral.un.org/es/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status

Dávalos Fernández, R., Peña Lorenzo, T., & Santibáñez Freire, M. C. (2007). *Derecho Internacional Privado, Parte Especial*. La Habana: Félix Varela.

Del Castillo Sánchez, L. (2020). El reconocimiento de los procesos de fusión, escisión y liquidación para la transformación de la empresa estatal socialista. *Cofin Habana*, 14(2). http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2073-60612020000200005&lng=es&tlng=es.

Durán Prieto, M. C., & Reinales Londoño, A. (2003). *Insolvencia transfronteriza* [tesis inédita para optar al título de abogado, Pontificia Universidad Javeriana]. Bogotá.

Esplugues Mota, C. A. (2002). Hacia la elaboración de un standard legislativo internacional en materia concursal. La propuesta de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI/UNCITRAL). *Derecho de los Negocios*, 13(146), 19-40. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=280057>

Góngora García, Y. (2010). La insolvencia patrimonial en la jurisdicción económica cubana. *Justicia y Derecho*, (15), 94-105.

González Pascual, J., & Alda García, M. (2009). Las Insolvencias Transfronterizas; papel de la UNCITRAL. En *XV Congreso AECA - Decidir en época de crisis: transparencia y responsabilidad* (pp. 1-22). http://www.aeca1.org/pub/on_line/comunicaciones_xvcongresoaeaca/cd/61d.pdf

González Pascual, J., & Pessoa de Oliveira, A. K. (2013). El papel de la UNCITRAL (CNUDMI) en las insolvencias transfronterizas. *Panorama Socioeconómico*, 31(46), 41-57. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39929212005>

Martínez-Montenegro, I., & Baeza-Leiva, M. A. (2016). Nuevos escenarios que ameritan la implementación de la quiebra en Cuba. *Entramado*, 12(2), 70-83. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n2.24235>

Moreno Cruz, M. (2020). La nueva Constitución económica. Repercusión en el actual ordenamiento jurídico cubano. *Universidad de La Habana*, (289), 44-70. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0253-92762020000100044&lng=es&tlng=es

Rouillon, A. (2000). Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza. *Anales, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 45(38). http://www.iiiglobal.org/sites/default/files/14-_repercussions.pdf

Sánchez Serra, O. (2013). *El desarrollo: la razón de ser de la Revolución*. Cubadebate. <http://www.cubadebate.cu/noticias/2013/07/08/el-desarrollo-la-razon-de-ser-de-la-revolucion/>

Uría Meruéndano, R. (1997). *Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.

Vásquez Valencia, M. V., & Acevedo Prada, R. D. (2014). Análisis de la regulación sobre insolvencia transfronteriza en América Latina: Chile. *Justicia Juris*, 10(2), 9-16. <https://doi.org/10.15665/rj.v10i2.323>

Vásquez Valencia, M. V., & Ángel Posada, A. F. (2012). La insolvencia transfronteriza: generalidades de un fenómeno económico con impacto jurídico. *Criterio Jurídico*, 11(2), 145-164. <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/367>

Villalón-Madrado, K. M. (2011). La planificación y el modelo económico cubano. *Anuario Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 1, 37-47. <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&>

LA NECESIDAD DE
ACTUALIZACIÓN Y
PERFECCIONAMIENTO
DE LA REGULACIÓN
DE LA INSOLVENCIA
TRANSFRONTERIZA
EN CUBA

THE NEED TO
UPDATE AND
IMPROVE THE
REGULATION OF
CROSS BORDER
INSOLVENCY
IN CUBA

uact=8&ved=2ahUKEwjz1YnQp7DwAhUFQjABHSV0BnwQFjABegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fanoarioeco.uo.edu.cu%2Findex.php%2Fae%2Farticle%2Fdownload%2F659%2F633&usg=AOvVaw1bQUA44fUtxj7rYg4wlyY

Wilches Durán, R. E. (2009). La Insolvencia transfronteriza en el derecho colombiano. *Revista de Derecho*, (32), 162-198. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n32/n32a08>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 (Asamblea Nacional del Poder Popular, 15 de octubre de 1987). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria N° 9.

Código de Bustamante, IV Conferencia Panamericana de la Habana (20 de febrero de 1928). <https://iberred.org/sites/default/files/Convencion-de-Derecho-Internacional-Privado-Codigo-Bustamante2.pdf>

Constitución de la República de Cuba (Asamblea Nacional del Poder Popular, 24 de febrero de 1976). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria N° 3, 31 de enero de 2003 (1976).

Constitución de la República de Cuba (Asamblea Nacional del Poder Popular, 10 de abril de 2019). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Extraordinaria N° 5, 10 de abril de 2019x.

Instrucción N° 185-BIS (Tribunal Supremo Popular, 24 de agosto de 2007). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Edición Ordinaria N° 56.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico de la República de Cuba, Ley N° 7/1977 (Asamblea Nacional del Poder Popular, 20 de agosto de 1977). *Gaceta Oficial de la República de Cuba*.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (Cnudmi, 1997). <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-s.pdf>

Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución para el período 2016-2021 (Partido Comunista de Cuba, 2017). <http://media.cubadebate.cu/wp-content/uploads/2017/07/PDF-321.pdf>

Recibido: 03/11/2020
Aprobado: 16/04/2021

MISCELÁNEA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

La especialidad en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil: análisis desde el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina*

Special treatment in the execution of the penalty of deprivation of liberty for juveniles in the field of international human rights law and dogmatic

ÁLVARO CASTRO MORALES**

Universidad de Chile (Chile)

Resumen: El artículo que se presenta a continuación tiene por objeto identificar y analizar los criterios y estándares más relevantes del derecho internacional de los derechos humanos que fundan el derecho a un tratamiento especial en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil respecto de los adultos. El artículo profundiza en los corolarios concretos que se desprenden de la necesidad de una ejecución especializada de jóvenes en la regulación de las etapas y garantías de la ejecución de la sanción de encierro juvenil establecidas en favor de los menores. Para ello, se analiza primeramente la forma en que la protección reforzada de los menores presos es reconocida por el *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos (la legislación, doctrina y jurisprudencia internacional), concluyendo que tiene un reconocimiento expreso. Posteriormente, se explica que esa protección reforzada exige diferencias precisas respecto al tratamiento de adultos presos que pueden ser sistematizadas en cinco ejes, que son objeto de análisis pormenorizado: orientación de la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil, condiciones carcelarias, régimen penitenciario, buen orden y mecanismos de control.

Palabras clave: Adolescentes privados de libertad, estándares internacionales de derechos humanos, cárceles juveniles, ejecución de sanción privativa de libertad juvenil, centros cerrados juveniles

Abstract: The purpose of this paper is to identify and analyze the main criteria and standards developed in the field of international human rights law that delimitate the scope of the right to a special treatment in the execution of the penalty of deprivation of liberty for juveniles in contrast with adults. The work identifies the concrete consequences of the need for a specialized execution of sentences for juveniles in the regulation of institutions and guarantees established in favour of minors within the execution of the

* Este artículo fue elaborado bajo el contexto del proyecto Fondecyt de iniciación N° 11190355, titulado «El Principio de Especialidad en la ejecución de la sanción de régimen cerrado de adolescente. Entre el discurso y la realidad», adjudicado para el periodo 2020-2022. En dicho proyecto, el autor del artículo tiene la calidad de investigador principal. Asimismo, quiero agradecer el valioso apoyo de investigación para la elaboración de este trabajo realizado por el ayudante del proyecto, Julio Cortes.

** Profesor e investigador a jornada completa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho por la Universidad Ernst- Moritz-Arndt Universität Greifswald de Alemania. Código ORCID: 0000-0002-9571-7172. Correo electrónico: acastro@derecho.uchile.cl

sanction of juvenile imprisonment, and then it determines how they have been recognized and developed by the *corpus juris* of international human rights law (international legislation, doctrine and case law). First, the paper analyzes how the reinforced protection of juvenile prisoners is recognized in the international human rights system, concluding that it is widely recognized. Then, it argues that this reinforced protection requires differences with respect to the treatment of adults, which can be systematized in five areas that are subject to a detailed review: orientation of the execution of the sentence of juvenile imprisonment, prison conditions, prison regime, good order and control mechanisms.

Key words: Adolescents deprived of their liberty, international human rights standards, juvenile prisons, execution of a juvenile custodial sentence, closed youth centers

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA PROTECCIÓN REFORZADA QUE EL ESTADO DEBE BRINDAR A LOS JÓVENES PRIVADOS DE LIBERTAD.- III. PRIMER EJE: ORIENTACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD JUVENIL.- IV. SEGUNDO EJE: CONDICIONES DE DETENCIÓN.- IV.1. DISEÑO DEL RECINTO Y TAMAÑO.- IV.2. CULTURA ORGANIZACIONAL.- IV.3. ALOJAMIENTO.- IV.4. NECESIDADES ESPECIALES DE ALOJAMIENTO: MUJERES E INDÍGENAS.- IV.5. INTENSIDAD DE LA CUSTODIA.- IV.6. PERSONAL CAPACITADO.- IV.7. PREVENCIÓN DE RIESGOS.- IV.8. SALUD.- V. TERCER EJE: RÉGIMEN PENITENCIARIO.- V.1. EDUCACIÓN.- V.2. FORMACIÓN Y TRABAJO.- V.3. TIEMPO LIBRE.- V.4. CONTACTO CON EL MUNDO EXTERIOR.- V.5. APOYO PARA LA PUESTA EN LIBERTAD.- V.6. PERMANENCIA EN EL CENTRO DE LOS ADOLESCENTES QUE CUMPLAN 18 AÑOS.- VI. CUARTO EJE: BUEN ORDEN.- VI.1. MAYORES RESTRICCIONES EN LA APLICACIÓN DE LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS.- VI.2. EXIGENCIAS MÁS SEVERAS PARA EL USO DE MEDIDAS COERCITIVAS.- VII. QUINTO EJE: MECANISMOS DE CONTROL.- VII.1. CONTROL JUDICIAL.- VII.1.1. INTERVENCIÓN CON CARÁCTER PREVENTIVO.- VII.1.2. VELAR POR EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- VII.1.3. CALIFICAR LOS TRATOS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES CONSIDERANDO LAS CARACTERÍSTICAS DEL MENOR.- VII.1.4. REVISIÓN PERIÓDICA DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD PARA EXAMINAR LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR OTRA DE MENOR INTENSIDAD.- VII.2. INSPECCIÓN CARCELARIA.- VII.3. RECLAMOS Y QUEJAS.- VIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Chile emprendió, en el primer decenio del presente siglo, una ambiciosa reforma a su sistema penal juvenil (Castro Morales, 2016a, p. 14; 2016b, p. 139)¹. Dicha reforma ha tenido como referente las directrices

¹ La reforma chilena se enmarca dentro de un movimiento de reforma regional en la materia. En la gran mayoría de los países de la región imperó, sin mayores variaciones, el modelo tutelar hasta finales del siglo XX. Véase Castro Morales (2016a, pp. 17-18; 2016b, p. 142).

de la Convención de los Derechos del Niño, en adelante CDN², particularmente aquel conjunto de estándares de naturaleza penal que regulan la relación Estado-adolescente infractor (Castro Morales, 2016b, p. 141)³.

La Ley N° 20.084, conocida como Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante LRPA), establece un sistema especial de enjuiciamiento, atribución de responsabilidad y sanción de delitos cometidos por personas entre los 14 y los 18 años de edad, sujetos a los que la ley denomina «adolescentes». La LRPA ha significado un cambio profundo con grandes desafíos, que van de la mano con la elaboración de nuevas normas y prácticas penales para los jóvenes infractores de la ley penal que sean diferentes y más benignas que las contempladas para los adultos.

Es un hecho aceptado en la doctrina que estas normas y prácticas penales para los jóvenes infractores deben cubrir no solo las dimensiones adjetivas y sustantivas del sistema penal, sino que también la etapa de ejecución de la sanción penal juvenil (Düinkel, 2018, pp. 90-91; Tiffer Sotomayor, 2018, p. 142; Beloff, 2016, p. 14; Couso & Duce, 2013, p. 304; Berríos, 2011, pp. 163-191; Cillero, 2011, pp. 201-209; Maldonado, 2004, pp. 150-155)⁴.

En lo que se refiere a la ejecución de las sanciones penales juveniles, la LRPA no ha sido suficientemente precisa al establecer la diferencia con el sistema penitenciario adulto. Si bien el legislador no contempla una ley de ejecución de la pena (Cillero, 2006, p. 112), al igual que en el caso de la ejecución de sanciones penales de los adultos, sí se encargó de contemplar en la LRPA un conjunto de normas destinadas a lograr una ejecución diferenciada de las sanciones de los adultos, tanto desde el punto de vista de los recintos y sus modalidades como desde el de las instituciones encargadas de su ejecución (2014, pp. 25-27). En lo demás, y me refiero a aspectos claves de la ejecución de la sanción privativa de libertad de un adolescente, donde la especialidad juega un rol fundamental, como los traslados, las visitas, la sanción disciplinaria, el uso de la fuerza, el tiempo libre, el acceso a actividades de reinserción

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

2 En efecto, el artículo 4 de la CDN establece que «Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención».

3 Estos estándares proponen una paleta de sanciones penales más benignas y diferentes a las de los adultos, un proceso penal flexible que incorpora más garantías procesales, reglas de determinación de sanciones especial para los adolescentes infractores, y un sistema de ejecución de sanciones penales juveniles distinto al de los adultos. Véase Cillero (2006), Berríos (2011), Couso y Duce (2013), y Maldonado (2014).

4 La exigencia de trato diferenciado se funda en la evidencia criminológica que se centra, principalmente, en el carácter episódico de los delitos cometidos por adolescentes, la poca gravedad de los ilícitos, los daños psicológicos generados por el encierro, y las ventajas de la diversificación o desjudicialización en comparación con las respuestas formales contempladas por el sistema penal tradicional. Véase Kaiser (1996, p. 565), y Rösner *et al.* (2011, p. 49).

social, el control de las sanciones disciplinarias y el control comunitario, la LRPA nada dice. En Chile, todos estos aspectos se delegan para que sean regulados, ejecutados y controlados por el Ejecutivo a través de un Reglamento, con escaso contrapeso de los otros poderes del Estado y con infracción flagrante del principio de legalidad de las penas (Castro Morales, 2016a, p. 111).

Lo anterior no significa que las diferencias entre la ejecución de la pena de los adultos y adolescentes en Chile se limiten a lo señalado en esas reglas contempladas por la LRPA y su Reglamento. La especialidad del sistema penal juvenil va más allá de esas normas dictadas por el legislador o el Ejecutivo, pues se desprende de la aplicación de criterios o estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, los cuales deberán ser aplicados en relación con las normas vigentes por las instituciones encargadas de la ejecución de la sanción penal juvenil (Couso & Duce 2013, p. 23).

Por todo lo anterior, para el sistema de ejecución de sanciones penales juveniles chileno, aún con pocos años de funcionamiento, un punto importante es el que se cuestiona acerca de cuáles son los estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, de los que se derivan orientaciones especiales para la ejecución de sanciones penales juveniles, en particular la privativa de libertad de adolescentes. Esto exige sistematizar, en una primera fase, esos criterios y estándares jurídicos; y, posteriormente, evaluar en qué medida los tribunales y la institución encargada de la ejecución de la sanción de régimen cerrado de adolescentes en Chile han recogido dichos estándares aplicables a los adolescentes privados de libertad⁵.

Para el derecho internacional de los derechos humanos, la especialidad en la ejecución de la pena juvenil, y sobre todo en la privativa de libertad, es reconocida expresamente como un derecho. Dentro de este marco de ideas, el presente artículo tiene por objeto identificar y analizar los principales criterios y estándares desarrollados por el derecho internacional de los derechos humanos que configuran la especialidad en el ámbito de la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil. Se pretende dar cuenta del reconocimiento y los fundamentos del

5 La tarea de identificar y sistematizar los estándares especiales que el legislador y los tribunales deben asegurar no ha sido abordada en profundidad y de forma integral en Chile como en gran parte de la región. Dicha labor ha sido, en buena medida, afrontada en relación con las normas de derecho penal sustantivo y con las de derecho procesal penal; en cambio, en relación con las normas de ejecución de la sanción privativa de libertad de adolescentes, el desarrollo es todavía fragmentario e insuficiente. En la literatura jurídica chilena, la diferencia entre el adolescente y el mayor de edad preso (relevante para el desarrollo de los principios y estándares derivados de la especialidad) es reconocida en base a su menor desarrollo y vulnerabilidad, e incluso considerada para justificar estándares más exigentes a la hora de decidir —por ejemplo, una sanción disciplinaria o la sustitución de la sanción—; pero, en general, no ofrece una caracterización precisa acerca de cuáles son en concreto las dimensiones que constituyen esa diferencia ni de sus repercusiones normativas (Castro Morales, 2017).

derecho a la ejecución de la sanción privativa de libertad especial, e identificar las consecuencias concretas que tiene el principio de especialidad en la etapa de ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil que la diferencian de la ejecución de la pena de adultos.

Un estudio de esta naturaleza se hace necesario debido al escaso progreso⁶ que la especialidad y sus repercusiones en materia de adolescentes privados de libertad han tenido en Chile y en el continente americano (Castro Morales, 2016a, p. 2; Tiffer Sotomayor *et al.*, 2014, pp. 495-496; CIDH, 2010)⁷. Adicionalmente, un estudio de estas características se explica por la escasa discusión en la doctrina chilena y regional sobre la materia en comento (Tiffer Sotomayor *et al.*, 2014, p. 497; Estrada, 2011, p. 545).

Para lograr el objetivo del presente trabajo se considerará, además de esta introducción, una sección preliminar, que dará cuenta del reconocimiento del derecho a la ejecución de la sanción privativa de libertad especial y los fundamentos de dicho reconocimiento. Posteriormente, se intentará identificar las consecuencias concretas que tiene el principio de especialidad en la etapa de ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil, que la diferencian de la ejecución de la pena de adultos. Para ello, distinguiremos cinco ejes: orientación de la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil, condiciones carcelarias, régimen penitenciario, buen orden y mecanismos de control. En todas estas secciones se considerarán los estándares emanados del *corpus juris* de los derechos de la infancia y adolescencia, así como la doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— en la materia. Estos elementos, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, y a propósito del artículo 19 de la Convención Americana, constituyen un marco jurídico de protección de los niños, las niñas y los adolescentes, vinculante para los Estados que se han adherido al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Beloff, 2013, p. 449)⁸.

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

6 El escaso progreso puede explicarse por varias razones. Castro Morales (2016) destaca el endurecimiento de la política criminal, la prioridad en otras reformas del aparato de justicia y la escasa participación de expertos en materia de ejecución de sanciones penales juveniles (p. 176). De la misma forma, la complejidad en la construcción de la especialidad en materia de ejecución puede ser otra razón que explica el escaso progreso.

7 En la misma línea, un estudio de esta naturaleza se hace necesario para dar claridad y precisión, en materia de adolescentes privados de libertad, a la obligación de garante que tienen los Estados en el tema, que los obliga a satisfacer las necesidades específicas de los adolescentes.

8 En materia de adolescentes privados de libertad, los estándares se derivan de instrumentos internacionales generales y especiales, así como de fallos y de opiniones consultivas de organismos internacionales, que incluyen las declaraciones sobre los derechos del niño de 1924 y 1959; los dos protocolos facultativos de la CDN; las Reglas de Beijing, de Tokio de 1990 y de La Habana; las Directrices de Riad de 1990; las Observaciones del Comité de los Derechos de los Niños (en adelante, el Comité); y los pronunciamientos de la Comisión Interamericana. Dentro de las disposiciones generales debe contemplarse, entre otros instrumentos internacionales, las Reglas de Mandela, la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención Americana de Derechos Humanos. Véase Castro Morales (2017, p. 425) y Beloff (2013, p. 450).

Es importante mencionar que el análisis que se propone en el presente artículo se concentra solo en los aspectos centrales de los estándares internacionales de derechos humanos y la doctrina en materia de la ejecución de los adolescentes privados de libertad por delitos, no considerando la adecuación de dichos criterios y estándares al derecho chileno, tema que amerita una investigación aparte. Por otro lado, el presente artículo no considerará en su análisis a los niños y adolescentes encerrados como medida de protección⁹, ni los estándares y principios generales del derecho penal juvenil, de las medidas cautelares, de la pena privativa de libertad juvenil como sanción jurídica, y de la ejecución de otras sanciones penales juveniles. Finalmente, cabe señalar que gran parte de estas temáticas ya han sido suficientemente desarrolladas por la doctrina en la región¹⁰.

II. RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA PROTECCIÓN REFORZADA QUE EL ESTADO DEBE BRINDAR A LOS JÓVENES PRIVADOS DE LIBERTAD

Los adolescentes privados de libertad por infracción de la ley penal o comisión de delito gozan en la ejecución de su condena de una doble protección por parte del Estado.

La protección reforzada que recae sobre los jóvenes presos por comisión de delitos se explica por su calidad de privados de libertad y por el periodo de vida en el que se encuentran. En el primer caso, la especial posición se explica por los efectos del encierro, la total dependencia con la institución a cargo de la ejecución y la escasa visibilidad que limita los niveles de protección de derechos (Castro Morales, 2018, p. 44; Liebling & Maruna, 2005, p. 5). En el segundo caso, los adolescentes en cuanto tales presentarían una serie de características que intensificaría la fragilidad en que se encuentran en el cumplimiento de la condena de prisión. Las causas que engrosan el cuadro de vulnerabilidad en que se encuentran los jóvenes infractores que cumplen la pena de prisión giran en torno a tres dimensiones: los efectos del encierro son más graves en los

9 Es necesario precisar que, en el derecho internacional de los derechos humanos, «por privación de libertad se entiende cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización o custodia, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones de ley, ordenada por cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública» (Reglas de La Habana, N° 11.b). Véase también CIDH (2011, p. 14).

10 Los estándares internacionales en materia de derecho penal juvenil consideran, entre otros, un rango especial de edad de responsabilidad penal, legalidad, intervención mínima, no discriminación, desjudicialización y sanciones penales propias para los adolescentes. En materia de prisión preventiva, se contempla la excepcionalidad de las medidas cautelares, duración restringida y revisión periódica. Para la privación de libertad juvenil en cuanto sanción, se exige excepcionalidad, proporcionalidad, duración restringida y revisión periódica. Finalmente, para la ejecución de las sanciones penales juveniles en general, y para los niños y adolescentes encerrados como medida de protección, se exige el respeto del interés superior del menor, dignidad humana, proporcionalidad y revisión periódica. Véase, entre otros, Tiffer Sotomayor *et al.* (2014), Couso y Duce (2010), CIDH (2011), Dünkel *et al.* (2010), y Bustos (2007).

adolescentes que en los adultos, el carácter de grupo minoritario dentro de la población penitenciaria, y el hecho de que los adolescentes sufren mayores problemas relacionados con la exclusión social en comparación con la población penal adulta.

La evidencia empírica ha demostrado que los efectos del encierro en los jóvenes tiene un impacto mayor en la salud mental que en los adultos (Fagan & Kupchik, 2011, p. 59). La etapa de desarrollo en que se encuentran, la limitación de movimiento y el aislamiento social agudizarían los efectos negativos que tiene la privación de libertad, por ejemplo, «pérdida de identidad, desmoralización, desculturación y efectos psicológicos, como estrés, neurosis y depresiones», entre otros (Castro Morales, 2018, p. 44; Reglas de Beijing, N° 19).

El carácter de grupo minoritario dentro de la población penitenciaria importa debido a que el Estado consume todos sus esfuerzos en la población de presos mayoritaria. La realidad penitenciaria regional, marcada por la sobrepoblación, falta de servicios básicos y escasos recursos, obliga a los Estados a focalizar su atención en la población de adultos. En este escenario, los grupos minoritarios que cumplen su condena dentro de la prisión quedan en una situación de desventaja, marginación y discriminación en la que sus necesidades especiales difícilmente pueden ser satisfechas (Castro Morales, 2020a, pp. 764-765; Castro *et al.*, 2010, p. 233).

Los adolescentes sufren mayores problemas relacionados con la exclusión social en comparación con la población penal adulta. Se trata de deserción escolar, consumo de drogas, violencia, maltrato, explotación sexual, pobreza, problemas de salud física, problemas de salud mental y victimización. Esta última, proviene de abusos físicos, psicológicos y sexuales sufridos durante la infancia y adolescencia por distintas instancias, sean estas familiares o institucionales (Observación General N° 20, §§ 12-13, 21 y 66; Peskin *et al.*, 2013, p. 73).

Durante la adolescencia, los riesgos de enfermedad y muerte son elevados, en particular por violencia, suicidios, enfermedades mentales, enfermedades de transmisión sexual, VIH, abortos peligrosos y accidentes automovilísticos (Observación General N° 20, § 13). Asimismo, es frecuente que los jóvenes obtengan un trato hostil por parte de la comunidad que puede explicar los fenómenos de encarcelamiento, explotación o exposición a violencia de que son objeto (Observación General N° 20, § 21; Hestermann, 2018, p. 67).

Todas estas dimensiones dan cuenta de la profunda vulnerabilidad de los jóvenes presos, la misma que explicaría el porqué de la obligación del Estado de desplegar su rol de garante de manera reforzada o, como

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

explica la CIDH, de manera especial (*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, § 160).

Dicha posición, especial o reforzada, obliga a los Estados, en el caso de los niños privados de libertad, a actuar «con mayor cuidado y responsabilidad», y «a tomar medidas que tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad» (CDN, art. 37; Observación General N° 24, §§ 92 y 108); «su edad, sexo y personalidad» (Reglas de Beijing, N° 26.2; Reglas de La Habana, N° 18); «sus necesidades y problemas personales» (Reglas de Beijing, N° 26.4), y «las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad» (CIDH, 2010, § 440).

Dichas medidas deberán orientarse en «el principio del interés superior [del niño] y garantizar su protección, bienestar y desarrollo» (Observación General N° 13, § 34), así como brindar «los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria, social, educacional, profesional, psicológica, médica y física» (Reglas de Beijing, N° 26.2) «que reclama la debilidad, el desconocimiento, y la indefensión, que presentan naturalmente, en tales circunstancias, las personas menores de edad» (CIDH, 2011, § 440).

Desde luego, la posición de garante especial o reforzada que tiene el Estado con respecto a los adolescentes privados de libertad por infracción de la norma penal no lo exime del cumplimiento de las exigencias generales que tiene con respecto a los privados de libertad en general (Observación General N° 13, § 13.c; CDN, art. 37.c; Reglas de La Habana, N° 12-13)¹¹.

Lo anterior no es baladí, y aunque parezca una observación obvia, es necesario formularla debido a la evolución histórica que ha presentado el encierro de los adolescentes infractores. No olvidemos que la utilización de la cárcel de adultos para este grupo no ha sido una práctica excepcional, y que se da en condiciones aún más desfavorables que las que encuentra la población mayoritaria (Lane & Lanza-Kaduce, 2018, pp. 608-609). Por otro lado, el encierro en instituciones de menores, bajo la ideología del sistema tutelar, ha presentado serias deficiencias en materia de respeto a las garantías jurídico-penales. En efecto, los modelos de encierro que predominaron desde los siglos XIX y XX, como los reformatorios o su versión renovada, los *boot camps*¹², se han ejecutado con lógicas centradas en la disciplina, con amplia discrecionalidad de la

¹¹ A los adolescentes privados de libertad deberán aplicarse adicionalmente las Reglas de Mandela y gozarán de importantes garantías generales como legalidad, defensa, no discriminación, etc.

¹² Los reformatorios se crean en los Estados Unidos a mediados del siglo XIX y buscan borrar las lacras hereditarias y ambientales del joven delincuente a través del encierro, la disciplina militar y una vida austera. Los principios que guiaban a la institución se focalizaban, entre otros factores, en: a) la separación de las influencias corruptas de los criminales adultos, b) ser apartados de su medio y encerrados por su propio bien, c) ser encerrados para reformarse, y ser castigados solo como último recurso, y d) ser encerrados por un plazo indeterminado. Los *boot camp*, a su turno, se insertan en los programas de encierro como medida de *shock* o *scared straight programs* en los Estados Unidos,

institución encargada de la ejecución; o en el uso de la fuerza como medio para lograr el orden, con escasos contrapesos y limitado respeto de las garantías penales generales (Krisberg, 2013, pp. 749 y ss.; Gescher, 1998, p. 120; Platt, 1997, p. 79).

III. PRIMER EJE: ORIENTACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD JUVENIL

Como se adelantó en la introducción del artículo, lo que interesa a la presente investigación es dilucidar qué significa para el sistema internacional de los derechos humanos la especialidad en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil. Un primer eje temático, donde la especialidad en este ámbito tiene impacto, es el de la finalidad de la ejecución de la pena.

La cuestión de la finalidad del encierro es compleja y, según Van Zyl Smit y Snacken (2013, p. 128), debe reconocer, por un lado, la diversidad de objetivos e incluso las eventuales contradicciones entre ellos; y, por otro, las distintas ponderaciones que se le brinda en los diferentes niveles del sistema penal. Con todo, resulta clave clarificar cuál es la finalidad de la pena privativa de libertad juvenil pues, con ello, como explica Lippke (2002, pp. 122-145), se podrá determinar el alcance y sentido de los derechos de los presos, así como las obligaciones que deberá atender la institución a cargo de la ejecución de la pena en materia de asistencia, custodia y orden¹³.

El debate en torno a los objetivos de la prisión en general ha sido profundo y se pueden distinguir diferentes enfoques teóricos y jurídicos (Frisch, 2014, p. 81). El primero de ellos, la retribución, apunta en su vertiente moderna al castigo merecido que expresa una censura social y moral hacia el infractor, que debería graduarse o ser proporcional con la gravedad del delito (Von Hirsch, 1976, p. 89). En el segundo enfoque, el utilitarista, el castigo persigue reducir los futuros delitos a través de la prevención general o especial. En la prevención general se utiliza el castigo como mensaje disuasivo para que la comunidad se comporte conforme a la norma social. A su turno, la prevención especial se dirige contra el infractor para reducir la reincidencia mediante la incapacitación o reinserción social (Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 142).

La reinserción social le daría al encierro la finalidad de incrementar la capacidad de los condenados para desarrollarse pacíficamente en la

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

centrados en la disciplina militar, el trabajo duro, extenuantes ejercicios físicos y rigurosas reglas. Al respecto, véase Platt (1997, pp. 73-79) y Gescher (1998, p. 3).

13 La asistencia tradicionalmente se vincula con la entrega de atención sanitaria, la oferta de actividades, el contacto con el mundo exterior, y todo lo relacionado con el cuidado físico y psicológico de los presos. A su turno, la custodia se refiere a evitar las fugas y asegurar el cumplimiento de la condena. Finalmente, el orden está relacionado con un funcionamiento seguro y tranquilo (Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 88).

comunidad y traería como consecuencia, según Van Zyl Smit y Snacken (2013, p. 140), la necesidad de asegurar de forma efectiva los derechos de los internos, proporcionar oportunidades reales durante y después de cumplida la condena, y evitar o reducir los efectos nocivos de la cárcel. A su turno, la incapacitación tiene como objetivo la protección de la sociedad a través del encierro y no traería mayores exigencias a la institución penitenciaria, salvo la custodia y el orden.

En cuanto a la finalidad de la ejecución de la sanción privativa de libertad, el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina le otorgan a la prevención especial positiva una preponderancia por sobre las otras finalidades de la pena (*Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*, § 101; Roxin & Greco, 2020, p. 134; Nash, 2013, p. 159). Dicha preponderancia, en el caso de los adolescentes privados de libertad, se encontraría reforzada (CDN, art. 40.1; Reglas de Beijing, N° 17; Reglas de La Habana, N° 12; Observación General N° 20, § 88; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.4).

Así también lo ha entendido la doctrina (Periago Morant, 2019, p. 47; García Pérez, 2019, p. 155; Cideni, 2019, p. 277; Montero Hernanz, 2018, p. 411; Cillero, 2014, p. 27; Martínez Pardo, 2012, p. 21); por ejemplo, para Couso y Duce (2013), «los instrumentos internacionales confirman la importancia reforzada que la prevención especial positiva adquiere en la fase de ejecución de las sanciones penales de adolescentes» (p. 382). O, para Tiffer Sotomayor *et al.* (2014):

la especificidad del Derecho Penal Juvenil se encuentra precisamente en las sanciones, en comparación con el Derecho Penal de adultos. Por esto, resulta tan importante que la finalidad de la sanción penal juvenil se oriente por fines de prevención especial positiva (p. 463).

La finalidad que se le otorgue a la ejecución de la pena no es una cuestión teórica desconectada de la vida de los centros cerrados juveniles, muy por el contrario, influye de forma directa en todos los aspectos del funcionamiento de un centro; por ejemplo, en el contacto con el mundo exterior, las actividades del régimen penitenciario, la infraestructura, las medidas de protección y seguridad, etc. Es por esta razón que la doctrina considera que el reconocimiento de la preponderancia de la prevención especial positiva por sobre las otras finalidades en la etapa de ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil tiene un impacto concreto, primero, como principio rector que debe orientar el funcionamiento global de los centros privativos de libertad; y, segundo, como medidas concebidas para ayudar a reintegrar a los adolescentes infractores en la sociedad (Castro Morales, 2016, p. 233; Walter & Kirchner, 2012, p. 703).

La prevención especial positiva, en cuanto finalidad reforzada de la sanción penal juvenil, se convierte en un principio rector que debe orientar todas las acciones administrativas tomadas en el interior del recinto que afecten a un grupo de jóvenes o a todos los adolescentes presos. Ello implica, que la institución a cargo de la ejecución de la pena juvenil tiene la obligación de evaluar las posibles repercusiones derivadas de su decisión, positivas o negativas, en el proceso de reinserción del o los adolescentes (García Pérez, 2019, p. 155; Montero Hernanz, 2018, p. 411; Walter & Kirchner, 2012, p. 703; Martínez Pardo, 2012, p. 21)¹⁴.

Por otro lado, la prevención especial positiva, en cuanto medidas concebidas para ayudar a reintegrar a los adolescentes infractores en la sociedad, se refiere al conjunto de actividades o programas que habilitarán al menor para valerse en el trabajo, la familia y la comunidad después de haber cumplido su condena (*Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay*, § 174; Reglas de Beijing, N° 24.1; Reglas de La Habana, N° 12). Estas dos dimensiones, que se derivan de la prevención especial positiva reforzada en materia de adolescentes presos, serán profundizadas en las siguientes secciones del texto.

IV. SEGUNDO EJE: CONDICIONES DE DETENCIÓN

Un segundo eje temático donde la especialidad en la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil tiene impacto es el de las condiciones de detención. Es un hecho aceptado por el derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina que las condiciones de detención para adultos y adolescentes deben ser acordes con la dignidad humana (Reglas de La Habana, N° 12; Laubenthal, 2019, p. 285; Castro Morales, 2018, p. 45; López Melero, 2015 p. 205; Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 149). Lo anterior trae repercusiones precisas para los jóvenes reclusos en un conjunto misceláneo de temas: diseño del recinto, cultura institucional, alojamiento para los adolescentes en general, necesidades especiales de alojamiento para jóvenes mujeres o individuos pertenecientes a pueblos originarios, intensidad de la custodia, personal capacitado, prevención de riesgos y salud. A continuación, se revisará cada uno de ellos, pero antes es necesario hacer dos indicaciones de carácter general.

La primera indicación general gira en torno a que cuando las condiciones de encierro son humillantes o degradantes, por ejemplo, por hacinamiento, falta de higiene o de cama, ventilación deficiente, etc., no solo se friccionan los derechos a la vida e integridad corporal, sino que dichas condiciones configurarían la categoría jurídica penal de tortura. Así lo sostiene la jurisprudencia de la CIDH (Castro Morales, 2018,

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

¹⁴ En este sentido, operaría, al igual que el interés superior del menor, como una norma de procedimiento. Véase Observación General N° 14 (§ 6).

p. 47; Nash Rojas, 2013, p. 143). Asimismo, la evidencia indica que las condiciones de vida paupérrimas aumentan los riesgos de depresión en la población juvenil (Moser, 2013, pp. 168-171).

La segunda indicación general gira en torno a la preocupante distancia que existe entre los estándares que analizaremos a continuación y la práctica de muchos centros juveniles en la región. La CIDH ha dado cuenta, entre otros casos, de deficiente ventilación, luminosidad, condiciones de pisos y paredes, higiene, provisión de alimentos, de agua potable y de elementos para el aseo personal. También de la ausencia de bienes básicos como camas y colchones, además de dificultades para que los niños puedan recibir atención médica y asistencia jurídica. De igual forma, en «Centroamérica las cárceles tienen concentraciones de niños que constituyen una clara vulneración a la privacidad y la intimidad, pues en las celdas de los centros de privación de libertad de niños infractores en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua es posible encontrar de 10 a 30 niños en una misma celda» (CIDH, 2011, §§ 141-142).

IV.1. Diseño del recinto y tamaño

El diseño arquitectónico del centro, la distribución de espacios y las dependencias de los adolescentes deben servir a la finalidad de la ejecución de la sanción; esto es, a la reinserción. El recinto debe considerar espacios adecuados y suficientes para las actividades educativas, deportivas y laborales, así como también «las necesidades de intimidad, estímulos sensoriales y de oportunidades de asociarse con sus compañeros y de participar en actividades artísticas y de esparcimiento» (García Pérez, 2019, p. 172; Observación General N° 24, § 95b; Reglas de La Habana, N° 32).

Los centros también deben ser pequeños para poder asegurar un tratamiento individualizado, y garantizar el contacto con los familiares y con «el entorno social, económico y cultural de la comunidad» (Reglas de La Habana, N° 30; García Pérez, 2019, p. 172). Mientras más grande, más problemático será el logro de los objetivos de la ejecución de la sanción. En relación a la capacidad máxima, no existe acuerdo en torno al número adecuado, pero, a modo de ejemplo, la comisión que trabajó en Alemania en el proyecto de ley de 1976 estimó que la capacidad de un centro cerrado no debería sobrepasar las 240 plazas (Walter & Kirchner, 2012, p. 710; Dünkler & Geng, 2007, p. 143).

IV.2. Cultura organizacional

Una cuestión relevante en los centros cerrados juveniles tiene relación con la idea de trabajo común y compromiso de todos los funcionarios por el orden y el cuidado de los adolescentes que atienden. En este sentido, el desafío de implantar una nueva lógica dentro de la administración de

los centros cerrados juveniles, que rompa con el pragmatismo, cinismo y distanciamiento con la dirección (Sparks *et al.*, 1994, p. 41), obliga a incorporar técnicas modernas de gestión como, por ejemplo, el cuadro de mando integral, el proyecto de gestión o el proyecto de gestión de calidad, entre otras, que buscan comprometer a los funcionarios en la consecución balanceada de los fines más importantes que persigue la institución y mantenerlos permanentemente informados sobre los avances o retrocesos en la consecución de los fines, costos y la calidad esperada en la ejecución de los programas. Además, la administración deberá elaborar en forma permanente planes de ejecución, estrategias e incentivos que deben ser frecuentemente comunicados a las diversas áreas y sometidos a constantes procesos de mejoramiento (García Pérez, 2019, p. 177; Castro Morales, 2019, p. 94; Walter & Kichner, 2012, p. 729).

IV.3. Alojamiento

El alojamiento debe cumplir requisitos que se vinculan con la higiene, iluminación, calefacción y ventilación. Con todo, las normas *soft law* no determinan con precisión estas temáticas, dejando la determinación del estándar concreto a las legislaciones nacionales y a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales o de la CIDH. Adicionalmente, se puede encontrar estándares emanados de organismos de derechos humanos, como las observaciones del Comité contra la Tortura, que ha criticado, entre otras, la práctica de cubrir con materiales opacos las ventanas y el tapiado de las ventanas de las celdas con planchas de metal (CPT, 2001, § 30).

El espacio mínimo disponible para cada adolescente preso es otra cuestión debatida. La evidencia demuestra que la sobrepoblación afecta el bienestar físico y psicológico de los privados de libertad. Como señala Gaes (1985, p. 100), esta produce estados de estrés, un aumento de la demanda médica y el incremento de la media de presión arterial. Sin embargo, al igual que los requisitos del alojamiento, las reglas penitenciarias universales en la materia no especifican la cantidad de espacio para cada recluso. Con todo, en Europa algunos países han establecido definiciones; por ejemplo, en Alemania, ocho metros cuadrados por adolescente privado de libertad o, en Escandinavia, doce metros cuadrados (Düinkel & Castro Morales, 2012, p. 113).

En lo que sí hay normas precisas es en relación a la habitación durante la noche. Se establece que los dormitorios deben ser independientes o para pequeños grupos, caso en el cual será necesaria una discreta vigilancia nocturna para proteger a los adolescentes de explotación y de ser influenciados negativamente por otros reclusos de mayor edad (Reglas de La Habana, N° 32).

263

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

También durante la noche se requiere asegurar una separación de los condenados y detenidos, de hombres y mujeres, y de los reclusos jóvenes en relación con los de mayor edad (Reglas de La Habana, N° 28-29; Reglas de Beijing, N° 26.3; Observación General N° 24, § 92; Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 221).

Finalmente, en lo que no existe discusión, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en la doctrina, es en torno a la sobrepoblación. Ella debe ser entendida como una situación excepcional que debe ser evitada por los sistemas penales juveniles. La sobrepoblación genera una serie de consecuencias negativas en un centro, vinculadas, entre otros factores, con la extensión de los planes individuales, el desmedro en la calidad de los programas educativos y el aumento del estrés del personal (Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 152).

IV.4. Necesidades especiales de alojamiento: mujeres e indígenas

En los centros cerrados juveniles también es posible encontrar grupos minoritarios para los cuales el recinto debe presentar facilidades adicionales que cubran sus necesidades específicas. Dentro de este grupo se encuentran las adolescentes privadas de libertad y los adolescentes pertenecientes a pueblos originarios (Reglas de Beijing, N° 26.4; Observación General N° 17, § 52; N° 24, § 102; Reglas de Bangkok, N° 2, 6, 7, 19, 20 y 31; Convenio 169, arts. 8.1 y 9.2)¹⁵.

IV.5. Intensidad de la custodia

En el caso de los adolescentes presos, la seguridad pasiva, destinada a lograr la custodia y evitar fugas por medio del empleo de cámaras, barrotes, puertas de seguridad, muros, vallas, etc., debe ser mínima (Reglas de La Habana, N° 30). La doctrina es partidaria de un perímetro de seguridad y, dentro del mismo, de un régimen abierto que permita un tránsito fluido a las diferentes secciones del recinto y el flexible desarrollo de las actividades que se ofrezcan en su interior. Adicionalmente, el control debe realizarse privilegiando la relación

¹⁵ Las Reglas de Bangkok establecen, en el caso de las mujeres privadas de libertad, una serie de estándares particulares que buscan contener los riesgos que pueden llegar a padecer las mujeres dentro de la cárcel, principalmente abusos sexuales, discriminación y una oferta laboral estereotipada. Algunos de los estándares son la necesidad de reforzar el contacto familiar y los exámenes médicos para detectar posibles abusos sexuales y enfermedades tales como el cáncer de mama. Por otro lado, también se recomienda restringir la celda de aislamiento en casos de mujeres con niños lactantes o con problemas de salud, así como las requisas; y prohibir los sistemas de inmovilización, como grilletes o esposas, durante partos o exámenes médicos (Laubenthal, 2019, p. 579). El Convenio 169, por su parte, exige, «al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados[,] tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario» (art. 8.1). Asimismo, señala que «las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia» (art. 9.2). Para mayor detalle, véase la propuesta de modificación del Reglamento Penitenciario número 518, a la luz de las necesidades de los pueblos originarios, en Castro Morales *et al.* (2018).

interno-personal. Lo importante, como explican las Reglas de Beijing y gran parte de la doctrina, es que los centros deben ser abiertos y que sus dependencias deben poseer un carácter educacional más que penitenciario, privilegiando las actividades de reinserción social y la seguridad dinámica que surge del contacto, vínculo y comunicación entre personal y jóvenes internos (Reglas de Beijing, N° 19.1; García Pérez, 2019, p. 172; Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 394).

IV.6. Personal capacitado

El personal de trato directo debe poseer una formación que le permita comprender las características de la adolescencia como etapa de vida y, para ello, es fundamental que sea capacitado en temáticas tales como psicología juvenil, pedagogía, derechos del niño y estándares de derechos humanos (Reglas de La Habana, N° 85; Reglas de Beijing, N° 22.2; Observación General N° 15, § 27; N° 24, § 112; García Pérez, 2019, p. 174). Asimismo, el trabajo con adolescentes presos es muy complejo y requiere de un equipo multidisciplinario compuesto no solo de trabajadores sociales y pedagogos, sino además de psicólogos, psicoterapeutas y psiquiatras (Walter & Kirchner, 2012, p. 728).

La exigencias de formación deben ir acompañadas de la dotación suficiente, una jornada laboral realista y una remuneración atractiva que mantengan el compromiso del funcionario y de espacios para la creación de nuevos proyectos, como el de apadrinamiento de un adolescente o trabajos voluntarios de carácter social con los adolescentes (García Pérez, 2019, p. 174; Walter & Kirchner, 2012, p. 728).

IV.7. Prevención de riesgos

En el interior de las cárceles juveniles el riesgo de incendio, motines, enfermedades y suicidios es elevado. Por eso, es fundamental que el Estado reduzca al mínimo estos peligros, contemple protocolos de actuación, capacite a los funcionarios e implemente alarmas «que garanticen la seguridad de los menores» (Reglas de La Habana, N° 32). En el mismo sentido, «los centros no deben estar situados en zonas de riesgo conocidos para la salud o donde existan otros peligros» (Reglas de La Habana, N° 32; *Instituto de Reducción del Menor vs. Paraguay*, §§ 177-179).

En lo relativo a la COVID-19, resulta pertinente mencionar que distintas instituciones, tales como el Comité, la CIDH¹⁶ y el Unicef¹⁷, han avanzado en recomendaciones que tienen por objeto orientar

265

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

16 Se destaca la Resolución N° 01/20 sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

17 Se destaca el Informe sobre la situación mundial de la prevención de la violencia contra los niños, al cual se puede acceder en el siguiente enlace: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/paises-no-han-logrado-prevenir-violencia-contra-los-ninos>

los protocolos desarrollados al interior de los países para contener los efectos de la pandemia en la población infantil y juvenil. A modo de ejemplo, el Comité enfatiza el incremento del riesgo a la salud que la pandemia ha significado para los privados de libertad y, entre sus variadas recomendaciones, sugiere liberar a los adolescentes presos siempre que sea posible y proporcionar a los niños que no pueden ser liberados los medios para mantener un contacto regular con sus familias, ya sea a través de internet o telefónicamente (Comité, 2020, §§ 5, 7 y 8). Adicionalmente, sugiere «Activar medidas inmediatas para garantizar que los niños reciban alimentos nutritivos durante el período de emergencia, desastre o encierro. Y mantener la provisión de servicios básicos, incluyendo atención médica, agua y saneamiento» (§ 4).

IV.8. Salud

Como ya se señaló en la primera sección de este artículo, los adolescentes en cuanto tales, y especialmente en su condición de privados de libertad, se encuentran en una posición de fragilidad marcada, entre otros, por riesgos para la salud que vienen asociados a la etapa de vida en la que se encuentran, como enfermedades venéreas¹⁸, depresión, problemas de adicción, trastornos alimentarios, autolesiones, suicidios, etc. Por lo tanto, la salud es uno de los factores más importantes dentro de las condiciones materiales de la detención (Observación General N° 4, § 22; N° 20, §§ 58 y 60; N° 15, § 5).

La asistencia médica integral es un derecho para los adolescentes¹⁹ que incluye «servicios de prevención, promoción, tratamiento, rehabilitación y atención paliativa» (Observación General N° 15, § 25). Esta, en el caso de los menores presos, debe girar principalmente en torno a programas de salud, prevención del uso indebido de drogas, desintoxicación, y protección con participación de las familias y las comunidades (Observación General N° 24, § 95d; Reglas de La Habana, N° 54).

La atención médica que se brinda en el interior de los centros cerrados deberá cumplir con los criterios generales que se exige a todos los programas de salud infantil, que tienen que ver con la disponibilidad,

18 El VIH sería un serio problema en la adolescencia, como se explica en la Observación General N° 3 (§ 2): «el grueso de las nuevas infecciones se produce entre jóvenes de edades comprendidas entre los 15 y los 24 años [...] Los adolescentes son vulnerables al VIH/SIDA, entre otros, porque su primera experiencia sexual a veces se verifica en un entorno en el que no tienen acceso a información u orientación adecuadas. También están expuestos a un gran riesgo los niños que consumen drogas».

19 La salud es definida por el Comité como un «derecho inclusivo que no solo abarca la prevención oportuna y apropiada, la promoción de la salud y los servicios paliativos, de curación y de rehabilitación, sino también el derecho del niño a crecer y desarrollarse al máximo de sus posibilidades y vivir en condiciones que le permitan disfrutar del más alto nivel posible de salud, mediante la ejecución de programas centrados en los factores subyacentes que determinan la salud» (Observación General N° 15, § 2).

accesibilidad, aceptabilidad y calidad (García Pérez, 2019, p. 158; Ortega Navarro, 2018, p. 165; Observación General N° 15, § 112)²⁰.

En el caso de jóvenes con problemas psiquiátricos, «deberán recibir tratamiento en una institución especializada bajo supervisión médica independiente». Además, deberá asegurarse «que pueda[n] continuar cualquier tratamiento de salud mental que requiera[n] después de la liberación» (Reglas de La Habana, N° 53).

Finalmente, el equipo médico deberá estar atento no solo para atender cuestiones sanitarias, sino además para denunciar sin dilación cualquier vulneración de derechos y los delitos cometidos dentro del recinto (Observación General N° 15, § 25; Reglas de La Habana, N° 52).

V. TERCER EJE: RÉGIMEN PENITENCIARIO

Un tercer eje temático en donde la especialidad tiene importancia en materia de ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil está vinculado a un conjunto variopinto de elementos del régimen penitenciario. Hoy parece consumada la idea de que la experiencia en un recinto cerrado no solo depende de las condiciones del encierro, sino también de los mecanismos de solución de conflictos, las relaciones con los funcionarios penitenciarios, y las distintas actividades de enseñanza, formación laboral, trabajo, descanso y contacto con el mundo exterior (Laubenthal, 2019, p. 233; Van Zyl Smit & Snacken 2013, p. 275).

Es un hecho aceptado por la doctrina que todo régimen penitenciario debe cumplir con cuatro exigencias. Primero, no debe generar situaciones que signifiquen un trato inhumano o degradante. En segundo término, debe permitir al preso el ejercicio de sus derechos fundamentales. Tercero, debe perseguir la reinserción social. Y, finalmente, no debe ser discriminatorio (Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 275)²¹.

20 Según el Comité, la disponibilidad gira en torno a «la cantidad suficiente de instalaciones, bienes, servicios y programas de salud infantil. La accesibilidad alude a la no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica, y accesibilidad de la información. La aceptabilidad entiende la obligación de que todas las instalaciones, bienes y servicios relacionados con la salud se diseñen y usen de una forma que tenga plenamente en cuenta y respete la ética médica, así como las necesidades, expectativas, cultura e idioma de los niños. Y la calidad considera que las instalaciones, bienes y servicios relacionados con la salud deben ser adecuados desde el punto de vista científico, médico y de calidad. Para garantizar la calidad es preciso, entre otros, que: a) los tratamientos, intervenciones y medicamentos se basen en las mejores pruebas disponibles; b) el personal médico esté debidamente facultado y disponga de capacitación adecuada en salud materna e infantil; c) el equipo hospitalario esté científicamente aprobado y sea adecuado para los niños; d) los medicamentos estén científicamente aprobados y no caducados, estén destinados a los niños y sean objeto de seguimiento por si se producen reacciones adversas; y e) se evalúe periódicamente la calidad de la atención dispensada en las instituciones sanitarias» (Observación General N° 15, §§ 113-116).

21 También es aceptado por la doctrina que el régimen penitenciario debe entenderse como un «proceso dinámico» que se inicia con el ingreso del joven al centro y termina con el acompañamiento del mismo por algunos meses después de consumado el egreso. Dentro de este proceso, hay esfuerzos por parte del derecho internacional de los derechos humanos para asegurar que determinados hitos tengan su espacio y debida consideración dentro de las diferentes etapas. A modo de ejemplo, en la admisión, se tomará registro de la información individual de cada interno, la duración de la condena,

267

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

El primer criterio alude a «que ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes» (CDN, art. 37a). También hace referencia a erradicar el castigo corporal²² en el interior de los centros cerrados (Reglas de Beijing, N° 17.3; Directrices de Riad, N° 21.h y 54; Reglas de La Habana, N° 67). No olvidemos que el castigo corporal, lamentablemente, aún tiene lugar como práctica tolerada en diferentes entornos de la sociedad, ni que los sistemas penales juveniles deben hacer esfuerzos por erradicarlo (Observación General N° 8, § 12; N° 12, § 120).

En torno al segundo criterio, el régimen penitenciario debe facilitar el ejercicio no solo de los derechos generales que tiene todo individuo privado de libertad, sino también de las garantías especiales contempladas en la CDN²³. En este sentido, para un eficaz ejercicio de derechos, resulta relevante que los adolescentes conozcan, desde el momento en que ingresan al centro, los derechos y deberes que tienen durante su estadía en un centro cerrado (García Pérez, 2019, p. 83; Reglas de La Habana, N° 24).

El tercer criterio alude a que el diseño y la ejecución del régimen debe organizarse y ejecutarse en torno a la finalidad preventiva especial positiva reforzada. En este punto, cobra sentido la distinción realizada en el primer eje en torno al impacto que tiene la finalidad de la sanción privativa de libertad en cuanto a principio rector y, sobre todo, en cuanto a medida. Sobre esta última distinción, es fundamental que el régimen esté diseñado de forma tal que considere y privilegie medidas de corte educativo, de formación, de trabajo, de tiempo libre, de contacto con el mundo exterior y de apoyo en el egreso que sean concebidas para ayudar a los jóvenes a reintegrarse en la sociedad.

La participación del adolescente en las medidas de reintegración estará determinada por el plan de intervención diseñado entre los funcionarios y el adolescente en el momento en que ingresó al centro. La elaboración del plan de intervención cuenta con exigencias precisas por parte del

el destino, el lugar de internamiento, la información de derechos y obligaciones, el control médico y el diseño del plan de intervención. Al respecto, véase Reglas de La Habana (N° 21).

22 En su Observación General N° 8 (§ 11), el Comité definió «el castigo corporal o físico como todo castigo en el que se utiliza la fuerza física y que tiene por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños con manotazos, bofetadas, palizas, con la mano o con algún objeto —azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarlos del pelo o de las orejas, golpearlos con un palo, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos». El Comité opina que «el castigo corporal es siempre degradante» (Observación General N° 13, § 24).

23 Los principios generales contemplados en la CDN son: no discriminación (art. 2), interés superior del niño (art. 3), derecho a la vida (art. 6) y el derecho a expresar su opinión (art. 12). Asimismo, los derechos a la libertad de expresión (art. 13), la libertad de pensamiento (art. 14), a la información (art. 17), los derechos de los niños con discapacidades (art. 23), a la educación en materia de salud (art. 24), a la educación (art. 28) y los derechos de los niños de pueblos indígenas (art. 30). Para mayor detalle, véase Unicef (2001).

derecho internacional de los derechos humanos, las cuales giran en torno a orientar la especificidad del mismo, así como medios, etapas y plazos, considerando incluso la continuación de algunas de esas prestaciones en el medio libre con posterioridad al egreso del joven (Reglas de La Habana, N° 27; Cideni, 2019, p. 311; García Pérez, 2019, p. 190)²⁴. La psicología ha ofrecido una serie de instrumentos para poder determinar los factores que han influido en la comisión del delito, los riesgos de reincidencia y de violencia, los cuales han sido útiles para objetivar el diseño de los planes de intervención (Negredo López & Pérez Ramírez, 2019, p. 163). En todo caso, lo relevante es que en la evaluación de los factores y riesgos estén presentes las cuestiones de la adolescencia con el fin de que se cubran las necesidades específicas de esa etapa de vida, lo que reducirá el daño que genera el encierro sobre la salud mental y mejorará la reinserción social (Ostendorf, 2012, pp. 119-120).

Al realizar una selección de las cuestiones más significativas vinculadas con el régimen penitenciario, se puede identificar seis temáticas donde se debe reconocer la protección reforzada o especial que el Estado debe asegurar a los menores presos por infracción de ley, a saber: la enseñanza, la formación laboral, el trabajo, el descanso, el contacto con el mundo exterior y la permanencia en el centro de los niños que cumplan 18 años. A continuación, se revisará cada una de ellas.

V.1. Educación

Para la enseñanza de los menores presos deberá privilegiarse, en la medida de lo posible, los centros de educación ubicados fuera del recinto (Ortega Navarro, 2018, p. 141). Asimismo, para incrementar la capacidad de los condenados para su normal desenvolvimiento en la sociedad es recomendable potenciar el contacto con la comunidad y la participación en actividades fuera del centro cerrado (Reglas de La Habana, N° 38; UDP & Unicef, 2017, p. 10).

Los programas de educación que se imparten en el interior o fuera de los centros cerrados deben cumplir con todas las exigencias generales en materia educativa. En esa línea, deben perseguir como objetivo «habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima y confianza en sí mismo» (Observación General N° 1, § 2). Además, deben ser «diseñados y adaptados a las

24 En relación al modelo o metodología empleada para el plan de intervención, no existen recomendaciones por parte del derecho internacional de los derechos humanos de los privados de libertad. Esto es correcto, ya que se abre el espacio para incorporar los últimos avances científicos en materia de conductas desviadas. Sin ánimo de hacer una descripción detallada de los diferentes modelos de intervención desarrollados por la psicología, ya que ese objeto escapa al alcance del presente artículo, se puede mencionar, entre otros, el enfoque evolutivo, el enfoque de género, el psicosocioeducativo, el modelo de riesgo-necesidad-capacidad de respuesta, el modelo del desistimiento y el modelo ecológico (Negredo López & Pérez Ramírez, 2019, p. 163).

necesidades y capacidades de los adolescentes y destinados a prepararlos para su reinserción en la sociedad» (Observación General N° 24, § 95c; N° 17, § 27; Reglas de La Habana, N° 38; Directrices de Riad, N° 21).

El gran desafío que enfrentan los programas educativos en los que participan jóvenes infractores recae en su diseño. Se trata de un modelo educativo que debe ser atractivo y flexible para motivar e incluir a jóvenes marcados por vidas con entornos difíciles y elevados niveles de abandono escolar (Ortega Navarro, 2018, p. 140; Observación General N° 20, § 70; Directrices de Riad, N° 24 y 30; Reglas de La Habana, N° 40)²⁵. Asimismo, debe ser un modelo escolar que evite espacios de autoritarismo, discriminación²⁶ y violencia (Observación General N° 12, § 105), y contemple mecanismos de disciplina que sean compatibles con los derechos humanos.

V.2. Formación y trabajo

La formación laboral también resulta relevante para el normal desenvolvimiento en la comunidad de los jóvenes condenados a la pena de prisión juvenil (Ortega Navarro, 2018, p. 161). Es concebido como un derecho por las Reglas de La Habana y tiene como objetivo «permitirles desempeñar un rol constructivo y productivo en la sociedad, así como procurar su cuidado y protección» (Reglas de La Habana, N° 42; Reglas de Beijing, N° 26.1; Ortega Navarro, 2018, p. 146).

El trabajo también apunta al mismo objetivo y, por ello, deberá desplegarse esfuerzos en el interior de los centros cerrados para que los jóvenes tengan la oportunidad de realizarlo remuneradamente y completando la formación laboral durante la condena. En este sentido, es importante que tanto la formación como la actividad laboral se adapten a las necesidades del mercado de trabajo moderno (Observación General N° 20, § 74; Ortega Navarro, 2018, p. 143).

Al igual que la enseñanza, debería darse prioridad a los programas de formación y las actividades laborales fuera del recinto; y, de no ser estos posibles, «la organización y los métodos de trabajo de los centros cerrados

25 En este sentido, la Observación General N° 20 identifica un conjunto de factores que explicarían el abandono escolar: «las tasas académicas; la pobreza de las familias y la falta de planes de protección social adecuados; la carencia de instalaciones de saneamiento adecuadas y seguras para las niñas; la exclusión de las alumnas embarazadas y las madres adolescentes; la persistencia de la utilización de castigos crueles, inhumanos y degradantes; la falta de medidas eficaces para eliminar el acoso sexual en las escuelas; la explotación sexual de las niñas; los entornos no propicios para la inclusión; métodos de enseñanza inadecuados; planes de estudios obsoletos o desfasados; la falta de participación de los estudiantes en su propio aprendizaje; y el acoso escolar. Además, las escuelas a menudo carecen de la flexibilidad necesaria para que los adolescentes puedan compaginar el trabajo o la responsabilidad de atender a su familia con la educación» (§ 71).

26 A modo de ejemplo, las Reglas de La Habana establecen que «los diplomas o certificados de estudios otorgados a los menores durante su detención no deberán indicar en ningún caso que los menores han estado reclusos» (N° 40).

deberán asemejarse lo más posible a los de trabajos en la comunidad, a fin de preparar a los jóvenes para las condiciones laborales normales» (Reglas de La Habana, N° 45).

Los adolescentes, en su calidad de trabajadores, deberán gozar de todas las garantías contempladas en la legislación laboral de sus respectivos países y de una remuneración justa, la que se dividirá en dos partes en el caso de los privados de libertad: una dirigida a «un fondo de ahorro que le será entregado cuando quede en libertad» (Reglas de La Habana, N° 46); y la otra a ser utilizada para adquirir objetos de «uso personal, indemnizar a la víctima perjudicada por su delito, o enviarlo a su propia familia o a otras personas fuera del centro» (Reglas de La Habana, N° 46; Observación General N° 12, § 117).

V.3. Tiempo libre

El juego y el descanso son fundamentales para la salud y el bienestar de los niños y adolescentes, contribuyen al desarrollo de la creatividad, fortalecen la autoestima y potencian habilidades sociales, cognitivas y emocionales (Observación General N° 17, § 9; N° 12, § 115)²⁷. Son tan importantes como la nutrición y la educación, y cualquier limitación excesiva de ellos puede tener efectos físicos y psicológicos irreversibles en el desarrollo, la salud y el bienestar del menor (N° 17, § 13).

Los niños y adolescentes «tienen derecho a un tiempo que no esté determinado ni controlado por los adultos» (Observación General N° 17, § 42). Este derecho exige a la institución encargada de la ejecución de la pena de encierro, siempre motivada a organizar con rigor rutinas y tiempos que no den espacio al ocio, a considerar el tiempo libre en los horarios que tengan los adolescentes (§ 51).

Las instituciones cerradas deben ofrecer espacios seguros, apropiados y oportunidades para que los adolescentes presos puedan relacionarse con sus camaradas y participar en actividades deportivas, culturales y artísticas (Fiedler & Vogel, 2012, pp. 307-308). Al igual que la enseñanza, formación y trabajo, estas actividades de tiempo libre debieran, cuando sea viable, ofrecerse fuera del centro (Observación General N° 17, § 51; Reglas de La Habana, N° 47).

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

27 La Observación General N° 17 explica «que el juego es también un elemento central del impulso espontáneo hacia el desarrollo y desempeña un importante rol en el desarrollo del cerebro, especialmente en la primera infancia. El juego y la recreación promueven la capacidad de los niños de negociar, restablecer su equilibrio emocional, resolver conflictos y adoptar decisiones. A través de ellos, los niños aprenden en la práctica, exploran y perciben el mundo que los rodea, experimentan con nuevas ideas, papeles y experiencias y, de esta forma, aprenden a entender y construir su posición social en el mundo» (§ 9).

V.4. Contacto con el mundo exterior

El contacto con el mundo exterior es otro ámbito del régimen penitenciario que se ve reforzado en el caso de la sanción privativa de libertad de los adolescentes. Según la doctrina, este ámbito cumple tres importantes funciones, a saber: es útil para prevenir la tortura y los abusos; también para potenciar la normalización del régimen penitenciario imperante y la preparación para la puesta en libertad; y es una condición *sine qua non* para el ejercicio de derechos que tocan diferentes esferas de la vida personal y social como, por ejemplo, el derecho a formar una familia, a la libertad de expresión, de voto, etc. (Laubenthal, 2019, p. 405; Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 326).

Cabe precisar que, históricamente, se ha reconocido a las visitas familiares e íntimas, el intercambio epistolar, la recepción de encomiendas, las llamadas telefónicas y las reuniones con los abogados como las formas tradicionales para mantener el contacto con la comunidad (Laubenthal, 2019, p. 406).

En el caso de los adolescentes privados de libertad, se ha considerado de forma explícita, por una parte, ampliar las visitas familiares de modo que sean más frecuentes y largas; y, por otra parte, ampliar las salidas controladas fuera del recinto para potenciar el contacto con las redes de apoyo, así como la participación en actividades educativas, de formación laboral, trabajo, ocio y asistencia sanitaria (Reglas de La Habana, N° 59-60; Reglas de Beijing, N° 26.5; Observación General N° 24, §§ 94-95e). Esto último, exige una permanente cooperación entre el servicio penitenciario juvenil y los servicios sociales del exterior (Walkenhorst *et al.*, 2012, p. 380).

También el acceso a la información constituye una dimensión del contacto con el mundo exterior que ha sido tradicionalmente considerada y que, en el caso de los adolescentes, tiene particularidades que giran en torno al uso de la tecnología, de aparatos electrónicos con acceso a internet, y a la utilización de las redes sociales y de aplicaciones. Como explica el Comité:

los adolescentes utilizan el entorno en línea para explorar su identidad, aprender, participar, opinar, jugar, socializar, involucrarse políticamente y encontrar oportunidades de empleo. Internet brinda además la posibilidad de acceder a información sanitaria y a mecanismos de protección y fuentes de asesoramiento y orientación, y puede ser utilizado por las instituciones como medio para comunicarse e interactuar con los adolescentes (Observación General N° 20, § 47).

V.5. Apoyo para la puesta en libertad

Uno de los desafíos que trae aparejada la puesta en libertad consiste en la relación con el acompañamiento de los jóvenes. Como explican Mackenzie y Freeland (2012, p. 792), durante mucho tiempo no se comprendió la importancia de esta etapa y los jóvenes, al ser liberados, eran abandonados a su suerte, dejando atrás todos los logros obtenidos mientras estaban encarcelados.

La evidencia indica que la reincidencia puede llegar a alcanzar hasta el 55 % en los primeros doce meses posteriores a la liberación (Mackenzie & Freeland, 2012, p. 792). Para reducirla, se recomienda a la institución encargada de la ejecución contar con una red de servicios que acoja al adolescente egresado y le brinde, por lo menos durante los primeros meses de egreso, «alojamiento, trabajo y vestidos convenientes, así como los medios necesarios para que pueda mantenerse para apoyar su reintegración» (Reglas de La Habana, N° 80; Pruin & Treig, 2018, p. 683).

En el mismo sentido, la doctrina ha comenzado a explorar formas de proporcionar supervisión, además de servicios de transición y reintegración a delinquentes jóvenes. Los programas de cuidado posterior, como se les ha llamado tradicionalmente, están diseñados para ayudar a las personas a hacer la transición de regreso a la comunidad después de un periodo de encarcelamiento. Los expertos en la materia enfatizan la importancia de comenzar la preparación para la liberación al comienzo del periodo de encarcelamiento, y la investigación sobre programas efectivos respalda esta propuesta. Este periodo se puede usar para ayudar a lograr la transformación cognitiva necesaria, de manera que el menor pueda aprovechar las oportunidades que ofrece la comunidad después de la liberación (Mackenzie & Freeland, 2012, p. 792).

V.6. Permanencia en el centro de los adolescentes que cumplan 18 años

La evidencia científica levantada por la neurociencia señala que el desarrollo cerebral continúa hasta cerca de los 25 años. Estas pruebas nos demuestran que los jóvenes adultos están más cerca del mundo de los jóvenes que del de los adultos, lo que haría recomendable aplicar el sistema de justicia juvenil a las personas de 18 o más años (Castro Morales, 2020b, pp. 579-580; Dünkler *et al.*, 2017, p. 120; Observación General N° 24, § 32). Es por esta razón que el Comité recomienda que los jóvenes presos que cumplan la mayoría de edad no sean enviados a centros para adultos, sino que permanezcan en dichos centros para menores (Observación General N° 24, §§ 35 y 92)²⁸.

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

28 En el derecho penal juvenil alemán, la Ley de Tribunales Juveniles —conocida como JGG— se aplica a dos grupos: los jóvenes entre los 14 y 18 años de edad, y los jóvenes adultos de 18 a 21 años. Para mayor detalle, véase Ostendorf y Drenkhahn (2020, p. 24).

VI. CUARTO EJE: BUEN ORDEN

Un cuarto eje en donde la especialidad cobra relevancia en materia de ejecución de la pena de encierro juvenil es a propósito del funcionamiento pacífico del centro. Es aceptado por la doctrina que el buen orden es un concepto amplio que le entrega a la administración penitenciaria espacio suficiente para utilizar variados instrumentos que influyan en la conducta de los internos²⁹. Considerando la etapa de vida en que se encuentran los privados de libertad, resulta prioritario que estos instrumentos consideren un régimen activo, incentivos atractivos para la adaptación³⁰ y funcionarios dialogantes que establezcan una estrecha comunicación con los internos (García Pérez, 2019, p. 214). También contribuyen al orden la planificación del plan de intervención con participación del joven, una oferta suficiente de actividades de reinserción, los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y condiciones dignas que mejoren la calidad de vida y reduzcan el sufrimiento del internamiento (Laubenthal, 2019, p. 593).

La disciplina y las medidas de coerción son otro tipo de instrumento que se encuentra al servicio del orden, pero, en el caso del grupo de los adolescentes privados de libertad, no deberían tener protagonismo y más bien permanecer en un segundo orden. En efecto, tanto la doctrina como el derecho internacional los reconocen como necesarios, pero de forma expresa reducen su aplicación y les dan un carácter excepcional (Ortega Navarro, 2018, p. 298; Van Zyl Smit & Snacken, 2013, pp. 394-396).

A partir del análisis del *corpus juris* de los derechos de la infancia y adolescencia, se puede desprender que la especialidad obligaría a limitar las estrategias de orden focalizadas en la violencia en dos dimensiones: restringiendo la aplicación de las infracciones disciplinarias y contemplando exigencias más severas para el uso de medidas coercitivas. A continuación, se revisará cada uno de estos temas.

VI.1. Mayores restricciones en la aplicación de las infracciones disciplinarias

En lo que atañe a las infracciones disciplinarias, la primera exigencia apunta a que deben ser adaptadas a los menores (Observación General N° 12, § 66). Los funcionarios de los centros juveniles no deben perder de vista en la determinación y aplicación de las sanciones disciplinarias

29 Un aspecto a considerar en los centros cerrados es la permanente tensión entre el interés de los funcionarios penitenciarios por hacer cumplir las reglas de la prisión y la necesidad de los internos de ampliar los restringidos espacios de autonomía que les brinda el encierro (Sykes, 2017, p. 127). Este choque de intereses puede generar espacios de violencia no amparados por el derecho, por lo que la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos despliegan esfuerzos por ofrecer diferentes herramientas para resolver esta pugna sin recurrir a la fuerza. En el caso de los adolescentes, es lo que vamos a explicar.

30 Se refiere a potenciar recursos personales y factores protectores que mejoran la reinserción y apoyan el desistimiento.

que los jóvenes, por la etapa de vida en la que se encuentran, presentan problemas de control de impulsos y no prevén las consecuencias de sus actos (Dünkel *et al.*, 2017, p. 115). Dicha inmadurez puede generar en los adolescentes malos comportamientos, agresividad, autolesiones, motines y suicidios, todas estas cuestiones que impactan la capacidad de adecuar su conducta a las reglas del recinto. Tomando en consideración lo anterior, la doctrina es partidaria de que el régimen disciplinario no obvie las cuestiones de la adolescencia y manifieste su tolerancia con las desobediencias, atenuando el castigo disciplinario o incorporando mecanismos de diversificación de respuesta, como el principio de oportunidad (Ortega Navarro, 2018, p. 341; Rose, 2012, p. 604).

En cuanto proceso en el que participan menores, las etapas de investigación, determinación y aplicación de las infracciones disciplinarias deben cumplir con las exigencias de todo procedimiento: «ser transparentes e informativos; voluntarios; respetuosos; pertinentes; incluyentes; apoyados en la formación; seguros y atentos al riesgo; y responsables» (Observación General N° 12, § 134)³¹.

Adicionalmente, los centros cerrados deben realizar un levantamiento de acta completo de todas las actuaciones disciplinarias y no podrán aplicar «sanciones disciplinarias que no se ajusten a lo dispuesto a las leyes o los reglamentos» (Reglas de La Habana, N° 70). Tampoco deberán sancionar a un «menor más de una vez por la misma infracción disciplinaria; aplicar sanciones colectivas»; e infringir el debido proceso, por ejemplo, no informando de la infracción que le es imputada, «limitando la oportunidad de presentar defensa, o negando el derecho de apelar a una autoridad imparcial» (Reglas de La Habana, N° 70).

En cuanto a las sanciones disciplinarias, en ningún caso pueden constituir «un trato cruel, inhumano o degradante, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor» (Reglas de La Habana, N° 67; Ortega Navarro, 2018, p. 299). Adicionalmente, están prohibidas «la reducción de alimentos, la

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

31 La Observación General N° 12 define estos conceptos de la siguiente forma: «Transparentes e informativos: alude a dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente. Voluntarios: no se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento. Respetuosos: se deben tratar las opiniones de los niños con respeto y siempre se debe dar a los niños oportunidades de iniciar ideas y actividades. Pertinentes: las cuestiones respecto de las cuales los niños tienen derecho a expresar sus opiniones deben tener pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad. Incluyentes: evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados puedan participar. Apoyados en la formación: los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los niños. Seguros y atentos al riesgo: en algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. Y responsables: compromiso respecto del seguimiento y la evaluación» (§ 134).

restricción o denegación de contacto con familiares y el trabajo a título de sanción disciplinaria» (Reglas de La Habana, N° 67; Observación General N° 24, § 95g; CIDH, 2005, § 12).

Asimismo, existe en la doctrina y el derecho internacional de los derechos humanos especial énfasis en prohibir como sanciones disciplinarias a los castigos, las celdas de aislamiento y los traslados (Reglas de Beijing, N° 17.3; Directrices de Riad, N° 21h y 54; Reglas de La Habana, N° 67; *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, § 167; García Pérez, 2019, p. 260; Ortega Navarro, 2018, p. 305).

En torno a los castigos, estos pueden ser corporales y psicológicos, ambos entendidos por la CIDH y la doctrina como crueles y degradantes. El castigo físico alude a la fuerza desplegada en contra del menor, «que tiene por objeto causar dolor o malestar, aunque sea leve» (Observación General N° 8, §§ 11 y 24). Se trata, por un lado, «de manotazos, bofetadas, palizas, con la mano o con algún objeto, azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera», etc.; pero también puede consistir en «obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos, como jabón o alimentos picantes» (§§ 11 y 24).

El castigo psicológico, a su vez, abarca toda acción u omisión «en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño» (Observación General N° 8, §§ 11 y 24).

El caso de la celda de aislamiento o confinamiento solitario ha sido duramente criticado por la doctrina, en especial por los perjudiciales efectos que trae aparejado para los jóvenes, siendo uno de los más graves el aumento del riesgo de suicidio³² (Ortega Navarro, 2018, p. 305; Shalev, 2014, p. 35). Es por esta razón que el Comité lo prohíbe (Observación General N° 24, § 95a y h).

Finalmente, los traslados no pueden ser utilizados como sanción disciplinaria (Reglas de La Habana, N° 26). Lo anterior es especialmente relevante en el caso de los adolescentes «problema», con quienes el traslado se utiliza de forma frecuente como un sistema de carrusel y una estrategia de mantenimiento del orden. Estas prácticas, según la doctrina, generan efectos negativos en la integridad física, psíquica y en su capacidad de mantener contactos con el mundo exterior, su familia y abogados. Adicionalmente, pueden generar retrocesos en los planes de

32 No se debe olvidar que el Comité se ha mostrado preocupado por la elevada tasa de suicidios en la adolescencia producto de los desequilibrios mentales y las enfermedades psicosociales. Es posible que tengan por causas, entre otras, «la violencia, los malos tratos, los abusos y los descuidos, los abusos sexuales, la intimidación y/o las novatadas dentro y fuera de la escuela u otra institución» (Observación General N° 4, § 22).

intervención y afectar las relaciones de confianza que se hayan logrado con los funcionarios (Van Zyl Smit & Snacken, 2013, p. 406).

La decisión que desencadena el traslado de un adolescente preso de un centro a otro tiene que estar motivada por razones distintas al castigo y debe privilegiar como criterio la cercanía del nuevo centro con la red de apoyo del adolescente, la mayor satisfacción de las necesidades del adolescente y las posibilidades de avanzar en el plan de intervención (CIDH, 2020, p. 147; 2012, § 20). Si no se satisfacen los criterios anteriormente mencionados, no deberá realizarse.

Por último, en el caso de producirse el traslado, este será notificado «sin demora a los padres, tutores, abogados y parientes más cercanos del menor. Y el transporte, deberá efectuarse a costa de la administración en vehículos ventilados e iluminados, y en condiciones que no les impongan sufrimientos físicos o morales» (Reglas de La Habana, N° 22 y 26).

VI.2. Exigencias más severas para el uso de medidas coercitivas

La utilización de los medios de coerción dentro de los recintos cerrados juveniles exige el mayor cuidado. Las dificultades para controlar los impulsos, las dificultades para sopesar las consecuencias de sus actos y los altos niveles de estrés que sufren los jóvenes presos (Goerder, 2012, pp. 453-456) hacen que las medidas coercitivas mal empleadas, o utilizadas sin proporcionalidad, generen situaciones de mayor riesgo para la vida e integridad corporal del o los adolescentes³³. Es por ello, que las medidas de coerción deben ejercerse siempre bajo la estricta supervisión de especialistas en medicina o psicología (Observación General N° 10, § 89).

En esa línea, solo podrá utilizarse la coerción física, mecánica y médica cuando se hayan agotado o hayan fracasado los mecanismos de solución de conflictos, o «cuando el niño represente una amenaza inminente para sí o para los demás» (Observación General N° 24, § 95f; Reglas de La Habana, N° 64). Asimismo, los medios utilizados en la coerción deben ser los menos lesivos y han de ser utilizados por el lapso estrictamente necesario (Ortega Navarro, 2018, p. 284; Reglas de La Habana, N° 64).

De no respetarse los límites relativos a las hipótesis de utilización, medios y periodos en los que se puede desplegar la o las medidas coercitivas, la acción dejará de estar autorizada y constituirá tortura, trato inhumano o degradante (Observación General N° 24, § 95f).

277

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

33 Según las Reglas de La Habana, «En todo centro donde haya menores detenidos deberá prohibirse al personal portar y utilizar armas» (N° 65).

VII. QUINTO EJE: MECANISMOS DE CONTROL

El último eje temático en donde la especialidad tiene importancia en la ejecución de la pena privativa de libertad juvenil es en los mecanismos de control. Hoy parece consensuada la idea de que en la ejecución de la privación de libertad existen elevados riesgos de que se cometan abusos entre y contra los jóvenes presos (Observación General N° 8, § 11; N° 13, § 3i; Neubacher & Schmidt, 2018, pp. 772-773). Para tal efecto, el derecho internacional de los derechos humanos reconoce la importancia de los mecanismos de prevención y protección de derechos en el interior de las prisiones (Observación General N° 20, § 49; N° 4, § 12). Los primeros se ocupan de la detección de situaciones de riesgo que podrían lesionar derechos en el interior de la prisión y de la visibilización de las condiciones carcelarias en general. Los segundos, en cambio, se ocuparían de la adjudicación de los derechos, de restaurar el imperio de la ley en el interior de los recintos carcelarios y de determinar responsabilidades legales. De igual forma, los inspectores de prisiones materializarían el control preventivo y el rol de protección recaería en los tribunales de ejecución. Además, la administración penitenciaria también podrá adoptar vías que tendrían una doble naturaleza —preventiva y de protección—, como los mecanismos de reclamo, queja y sumarios administrativos (Koepel, 1998, pp. 4-7).

A partir del reconocimiento de este piso básico de mecanismos, la cuestión relevante es la de dilucidar si el principio de especialidad se traduce en alguna diferencia en la actuación que estos mecanismos desplegarán en favor de los adolescentes presos. La revisión del derecho internacional y la doctrina lleva a una respuesta positiva. A continuación, se revisará en qué consiste esta diferencia.

VII.1. Control judicial

Con respecto al control judicial, existen cuestiones generales que, aunque pueden parecer obvias, deben mencionarse. Deberá existir un tribunal con competencia expresa encargado de resolver las lesiones de derechos producidas por toda acción u omisión del servicio durante la etapa de ejecución. A modo de ejemplo, de las decisiones que recaigan en el diseño del plan de intervención, de los traslados, de la aplicación de sanción disciplinaria, del uso de la fuerza, de las salidas, del acceso a programas de rehabilitación y prestación de servicios básicos, entre otras acciones, se pueden derivar vulneraciones de derechos que deben ser resueltas por tribunales con competencia especial.

Adicionalmente, para poder determinar la injerencia en el derecho, el tribunal deberá realizar un análisis de proporcionalidad. Es probable que la decisión administrativa se fundamente en intereses absolutamente legítimos, como el buen orden del recinto o el interés superior del

menor, generándose un conflicto de intereses que deberá ser resuelto por el tribunal analizando la idoneidad, necesidad y proporcionalidad tal de la decisión. En la primera dimensión de análisis, el tribunal deberá determinar si la decisión administrativa es útil para satisfacer el fin que deseaba resguardar; posteriormente, si se eligió la alternativa menos dañina, la más inocua o la que menos impacto tenía para los derechos de los afectados entre todas las opciones que tenía a mano la administración; y, finalmente, si está justificado el sacrificio de un interés por la utilización de un medio que sirve a la protección de otro, lo que dependerá del valor asignado dentro de la administración a los principios en pugna (Michael & Morlok, 2014, p. 301).

En el ámbito de los adolescentes privados de libertad existen exigencias expresas en materia de control que marcan la diferencia con el encierro de los adultos. Estas son básicamente cuatro, las cuales pasamos a analizar a continuación.

VII.1.1. Intervención con carácter preventivo

La decisión judicial debe fomentar activamente los comportamientos positivos, prohibir comportamientos negativos y solicitar a la institución la adopción de mecanismos de resguardo concretos en el caso de riesgos para los adolescentes (Observación General N° 13, § 54; Martínez Pardo, 2012, pp. 26-28). En este sentido, la intervención judicial debe ir más allá, resolviendo el conflicto jurídico y, en la medida de lo posible, ordenando que se adopten medidas de prevención concretas que protejan a todos los adolescentes de un centro cerrado.

VII.1.2. Velar por el interés superior del menor

En toda decisión, los tribunales deberán respetar el debido proceso y proteger al joven, así como «salvaguardar su posterior desarrollo y velar por su interés superior y procurar que la intervención sea lo menos perjudicial posible» (Observación General N° 13, § 54). Igualmente, los tribunales deberán actuar con celeridad; y orientar sus intervenciones a respuestas que incluyan la mediación y adopción de medidas dirigidas a proteger al niño, terminar con la impunidad de los agresores e indemnizar los daños originados por la violencia (§ 55).

VII.1.3. Calificar los tratos crueles, inhumanos o degradantes considerando las características del menor

En el análisis de las penas o tratos como crueles, inhumanos o degradantes, el tribunal «debe considerar necesariamente la calidad de niños de los afectados por ellos» (*Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay*, § 168; *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*, § 170). En este tipo de casos, «los niños deben ser tratados con tacto y sensibilidad, teniendo en cuenta su situación personal, sus necesidades, su edad, su sexo, los impedimentos físicos que puedan tener y su nivel de madurez» (Observación General N° 13, § 54b).

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

VII.1.4. Revisión periódica de la privación de la libertad para examinar la sustitución de la pena por otra de menor intensidad

El carácter excepcional que se le otorga a la sanción privativa de libertad en el ámbito de la infancia y adolescencia, fundada en los dañinos efectos que el encierro genera en los jóvenes, obliga a realizar revisiones periódicas de la sanción y evaluar la conveniencia de sustituir la sanción privativa de libertad por otra menos intensiva y en el medio libre (Reglas de Beijing, N° 19.1 y 28.1; Observación General N° 20, § 88; N° 24, § 88; Reglas de La Habana, N° 79; CIDH, 2020, p. 91; Cideni, 2019, p. 312; Montero Hernanz, 2018, p. 286). Para tal efecto, la doctrina identifica como elementos relevantes a considerar para la toma de decisión de la mencionada sustitución los efectos dañinos que la sanción está generando en el adolescente, los avances logrados en el plan de intervención³⁴, el efecto positivo que las nuevas condiciones de la sanción en libertad tendrán en el adolescente, y la escasa probabilidad de que vuelva a cometer otro delito similar a aquel por el que fue condenado una vez que se ponga en libertad (Couso & Duce 2013, pp. 402-406).

VII.2. Inspección carcelaria

En lo relativo a la inspección carcelaria, la institución responsable debe ser independiente; mientras que los inspectores deben ser calificados, contando para ello con la participación de expertos de la salud y con facultades legales para ingresar sin restricciones a los centros cerrados juveniles y entrevistarse confidencialmente con los adolescentes (García Pérez, 2019, p. 283; Reglas de La Habana, N° 72-73). En cuanto a la forma de realizar la inspección, deberán realizarse visitas periódicas que:

evaluarán el cumplimiento de las reglas relativas al ambiente físico, la higiene, el alojamiento, la comida, el ejercicio y los servicios médicos, así como cualquier otro aspectos o condiciones de la vida del centro que afecten a la salud física y mental de los menores (Reglas de La Habana, N° 73; Observación General N° 24, § 95j).

En lo anterior, resulta fundamental que para la inspección se utilice un instrumento con indicadores que permita medir objetivamente la satisfacción de las necesidades especiales. Finalmente, los inspectores deberán elaborar un informe con la evaluación de la forma en que el centro observa las normas y las recomendaciones en torno a medidas que considera necesarias (Reglas de La Habana, N° 74).

³⁴ Es importante, que a la hora de evaluar los avances en los planes de intervención, la conducta del adolescente dentro del centro y el éxito de los objetivos perseguidos por la sanción al momento de la condena, los tribunales tengan en cuenta en su ponderación el desfase entre el desarrollo emocional y el comportamiento juicioso. Véase Castro Morales (2020b).

VII.3. Reclamos y quejas

Los reclamos y quejas son otra forma de lograr una protección y prevención de derechos en el interior de los centros cerrados juveniles. Son una forma de prevención porque permiten solucionar problemas y evitar que escalen, y también una forma de protección porque permiten conocer hechos que constituyen lesiones de derechos. Podrán presentarse en todo momento y deberán ser respondidas sin demora, además de permitir la asistencia de asesores jurídicos y familiares en la elaboración y presentación de los reclamos y quejas (García Pérez, 2019, p. 232). Y, finalmente, la administración del centro cerrado o cárcel juveniles debe poner a disposición un mediador independiente en cada centro, «facultado para recibir e investigar las quejas formuladas y ayudar a la consecución de soluciones equitativas» (Reglas de La Habana, N° 75-78; Observación General N° 24, § 95i).

VIII. CONCLUSIONES

Durante el desarrollo de este trabajo se ha podido observar, a partir del análisis de los instrumentos del sistema internacional y la doctrina, que existe una amplia gama de disposiciones que exigen que la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil se lleve a cabo de forma distinta a la de los adultos. Asimismo, se ha determinado que las razones que explicarían este trato especial giran en torno a la vulnerable situación en que se encontrarían los adolescentes privados de libertad, lo que exigiría al Estado reforzar su obligación de protección y asistencia para con los menores presos.

Para los instrumentos internacionales y la doctrina es un hecho consensuado que la especialidad en el ámbito de la privación de libertad juvenil impacta a cinco dimensiones del sistema, a saber: en la orientación de la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil, en las condiciones carcelarias, sobre el régimen penitenciario, al orden y a los mecanismos de control.

Llegado a este punto, es posible afirmar que las repercusiones del principio de especialidad en materia de ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil traen aparejados grandes desafíos para las legislaciones nacionales en la materia, lo que las obliga a repensar en profundidad los diseños y estructuras que históricamente han tenido como referente la ejecución de la pena de adultos. Lo anterior no es nada sencillo, pues no todas las observaciones pueden ser traducidas en obligaciones específicas para los Estados parte, como hemos visto; es más, un número importante de ellas se formula como principios generales, dando amplios márgenes de interpretación a los Estados para establecer reglas y prácticas a nivel interno basadas en dichos principios. Por otro lado, las observaciones deben implementarse en una dimensión

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

del sistema penal, el de la ejecución de las sanciones penales, que no ha sufrido mayores mejoras ni procesos de modernización en los últimos años, funcionando con marcados niveles de hacinamiento que han impactado en el desempeño cualitativo de un número importante de sistemas carcelarios en la región. Dicho aspecto obliga a sumarse a las voces que claman desde hace tiempo por una reforma integral del sistema carcelario en el continente americano.

En este escenario, el desafío de las próximas etapas de esta investigación será dilucidar cuánto ha avanzado Chile y qué es lo que ha ocurrido con la pena privativa de libertad juvenil a más de doce años de la implementación del nuevo sistema de responsabilidad juvenil. Lo que importa es saber si el conjunto de normas contenidas en la LRPA, destinadas a asegurar una ejecución especializada de las sanciones de los adultos, así como los estándares jurisprudenciales desarrollados en la materia, son o no suficientes y acordes con las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y la doctrina, esfuerzo que —como expliqué en la introducción— requiere una investigación en sí misma que espero emprender próximamente.

REFERENCIAS

- Berríos, G. (2011). La ley de responsabilidad penal adolescente como sistema de justicia: análisis y propuestas. *Política Criminal*, 6(11), 163-191. <https://doi.org/10.4067/s0718-33992011000100006>
- Beloff, M. (2013). Comentario artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos En Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (pp. 445-469). Berlín: Konrad Adenauer Stiftung.
- Beloff, M. (2016). Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina (1999-2006). *Justicia y Derechos del Niño*, (8), 9-49.
- Bustos, J. (2007). *Derecho Penal del Niño-Adolescente*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Castro Morales, A. (2016a). *Jugendstrafvollzug und Jugendstrafrecht in Chile, Peru und Bolivien unter besonderer Berücksichtigung von nationalen und internationalen Kontrollmechanismen*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Castro Morales, A. (2016b). Instituto Nacional de Reeduación del Menor contra Paraguay: bases para la ejecución de la sanción privativa de libertad juvenil en las Américas. En R. Abella y D. Fessler (comps.), *El retorno del "estado peligroso". Los vaivenes del sistema penal juvenil* (pp.139-160). Montevideo: Casa Bertolt Brecht.
- Castro Morales, A. (2017). Dignidad Humana y principio de igualdad como fundamentos de una intervención penal mínima y diferenciada en el ámbito de la justicia juvenil: una mirada a través de la criminología y del derecho internacional

de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En Anuar Quesille (ed.), *Constitución e infancia* (pp. 423-453). Unicef.

Castro Morales, A. (2018). Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de imputados y condenados privados de libertad. En *Anuario de Derechos Humanos* (pp. 35-54). Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2018.49161>

Castro Morales, A. (2019). Ley de ejecución de sanciones privativas de libertad y mecanismos de protección de derechos de los privados de libertad en Chile: ¿bajo la maldición de Sísifo? En J. Contesse y L. Contreras (coords.), *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos* (pp. 89-120). Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

Castro Morales, A. (2020a). Schütz der Menschenrechte von Gefangenen durch die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. En *Kriminologie und Kriminalpolitik im Dienste der Menschenwürde, Festschrift für Frieder Dinkel zum 70 Geburtstag* (pp. 757-776). Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Castro Morales, A. (2020b). Hallazgos de la neurociencia sobre la maduración del cerebro en los adolescentes: repercusiones para el derecho penal juvenil. En N. Acevedo, R. Collado y J. Mañalich (coords.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (pp. 563-583). Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Castro Morales, Á., Cillero, M., & Mera, J. (2010). *Derechos Fundamentales de los privados de libertad. Guía práctica con los estándares internacionales en la materia*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.

Castro Morales, A., Villegas Díaz, M., Millaleo Hernández, S., & Yáñez Fuenzalida, N. (2018). *Minuta: Propuesta de modificación del Reglamento de Establecimientos Penitenciario número 518 a la luz de las necesidades de los pueblos originarios*. https://www.uchile.cl/documentos/revisalapropuesta_145556_0_1305.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=cl

Centro Iberoamericano de Derechos del Niño (Cideni). (2019). *Proporcionalidad de la sanción penal de adolescentes. Estudio comparado y estándares comunes para Iberoamérica*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

Cillero, M. (2006). Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal de Adolescentes. En *Anuario de derechos humanos* (pp. 189-195). Santiago de Chile: Universidad de Chile. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2006.13386>

Cillero, M. (2011). Comentario al artículo 10 No. 2 del Código Penal. En J. Couso Salas y H. Hernández Basualto (dirs.), *Código Penal Comentado* (pp. 201-223). Santiago de Chile: Abeledo Perrot/Legal Publishing.

Cillero, M. (2014). Procedencia y Regulación de la Privación de Libertad de Personas Condenas por la Ley 20.084 en Establecimientos Penitenciarios Administrados por Gendarmería de Chile. En *Estudios de Derecho Penal Juvenil* (vol. V, pp. 25-54). Santiago de Chile: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública.

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2011). Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas. En *Relatoría de los Derechos de la Niñez*. <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>

Comité de los Derecho del Niño. (2020). *Declaración sobre el grave efecto físico, emocional y psicológico de la pandemia COVID-19 en niños y niñas*. <http://www.achnu.cl/wp-content/uploads/2020/04/Declaracion-Comite%CC%81-de-Derechos-del-Nin%CC%83o-.pdf>

Comité para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes. (2001). *Informe General*, CPT/inf (2001)16.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2020). *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos N° 9: personas privadas de libertad*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf>

Couso, J., & Duce, M. (2013). *Juzgamiento Penal de Adolescentes*. Santiago de Chile: Lom.

Dünkel, F. (2018). Internationale Tendenzen des Umgangs mit Jugendkriminalität. En Bernd Dollinger y Henning Schmidt-Semisch (eds.), *Handbuch Jugendkriminalität interdisziplinäre Perspektiven* (pp. 89-118) (3era ed.). Wiesbaden: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-531-19953-5_5

Dünkel, F., & Castro, A. (2012). Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas. *Revista digital Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, (4), 93-122.

Dünkel, F., & Geng, B. (2007). Aktuelle rechtstatsächliche Befunden zum Jugendstrafvollzug in Deutschland Ergebnisse einer Erhebung bei den Jugendstrafanstalten zum 31.01.2006. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, (2), 143-151.

Dünkel, F., Geng, B., & Passow, D. (2017). Erkenntnisse der Neurowissenschaften zur Gehirnreifung. Argumenten für ein Jungtäterstrafrecht. *Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe*, (2), 115-120.

Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., & Pruin, I. (2010). *Juvenile Justice Systems in Europe. Current Situation and Reform Developments* (vol. 2). Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Estrada, F. (2011). La sustitución de pena en el derecho penal juvenil chileno. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2), 545-572. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372011000300006>

Fagan, J., & Kupchik, A. (2011). Juvenile Incarceration and the Pains of Imprisonment. *Duke Forum for Law & Social Change*, 3, 29-61. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1772187>

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). (2001). *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. Suiza: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

Fiedler, M., & Vogel, S. (2012). Freizeit, Medien, Sport. En H. Ostendorf (ed.), *Jugendstrafvollzugsrecht* (pp. 299-357). Baden-Baden: Nomos.

Frisch, W. (2014). Los conceptos de pena y el desarrollo del derecho penal en Europa. En W. Frisch y G. Freund (eds.), *Cuestiones fundamentales del derecho penal* (pp. 81-126). Lima: Jurista Editores.

Gaes, G. G. (1985). *The Effects of Overcrowding in Prisons*. Chicago: University of Chicago Press.

García Pérez, O. (2019). *Las medidas y su ejecución en el sistema de justicia penal juvenil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Gescher, N. (1998). *Boot Camp-programme in den USA. Ein Faktbeispiel zum Formenwandel in der amerikanischen Kriminalpolitik*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Goerder J. (2012). Sicherheit und Ordnung. En H. Ostendorf (ed.), *Jugendstrafvollzugsrecht* (pp. 444-518). Baden-Baden: Nomos.

Hestermann, T. (2018). Jugendkriminalität in den Medien: Opfer, Dämonen und die Mediatisierung der Gewalt. En Bernd Dollinger y Henning Schmidt-Semisch (eds.), *Handbuch Jugendkriminalität interdisziplinäre Perspektiven* (pp. 67-85) (3ra ed.). Wiesbaden: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-531-19953-5_4

Jakobs, J. (1977). *Stateville: The Penitentiary in Mass Society*. Chicago: Chicago University Press.

Kaiser, G. (1996). *Kriminologie*. Heidelberg: C.F. Müller.

Koeppel, T. (1999). *Kontrolle des Strafvollzuges: Individueller Rechtsschutz und generelle Aufsicht: Ein Rechtsvergleich*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Krisberg, B. (2013). Juvenile Corrections: An Overview. En B. Feld y D. Bishop (eds.), *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice* (pp. 748-770). Oxford: University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195385106.013.0030>

Lane, J., & Lanza-Kaduce, L. (2018). The Problem of incarcerating Juveniles with Adults. En J. Wooldredge y P. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Prisons and Imprisonment* (pp. 601-626). Oxford: University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199948154.013.27>

Laubenthal, K. (2019). *Strafvollzug*. Berlín: Springer. <https://doi.org/10.1007/978-3-662-58637-2>

Liebling, A., & Maruna, S. (2005). Introduction: The Effects of Imprisonment Revisited. En A. Liebling y S. Maruna (eds.), *The Effects of Imprisonment* (pp. 1-32). Devon: Willan Publishing.

Lippke, R. L. (2002). Toward a Theory of Prisoners Rights. *Ratio Juris*, 15(2), pp. 122-145. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00201>

López Melero, M. (2015). *Los Derechos Fundamentales de los Reclusos*. Madrid: Edisofer.

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

Maldonado, F. (2004). La especialidad del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado. *Justicia y Derechos del Niño*, (6), 103-160.

Maldonado, F. (2014). Estado y perspectivas de la reforma proyectada en Chile sobre el sistema de protección de menores de edad. *Ius et Praxis*, 20(2), 209-234. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122014000200006>

Martínez Pardo, V. J. (2012). *La ejecución de las medidas en el proceso de menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

MacKenzie Layton, D., & Freeland, R. (2012). Examining the effectiveness of Juvenile Residential Programs. En B. Feld y D. Bishop (eds.), *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice* (pp. 771-800). Oxford: University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195385106.013.0031>

Michael, L., & Morlok, M. (2014). *Grundrechte* (4ta ed.). Baden-Baden: Nomos.

Montero Hernanz, T. (2018). *La privación de libertad de menores y los estándares internacionales*. Madrid: Wolters Kluwer.

Moser, R. (2013). *Die Erhebung der Lebensqualität im Jugendstrafvollzug*. Saarbrücken: Akademiker Verlag.

Nash Rojas, C. (2013). Artículo 5. Derecho a la integridad corporal. En Christian Steiner y Patricia Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (pp. 132-160). Berlín: Konrad Adenauer Stiftung.

Negredo López, L., & Pérez Ramírez, M. (2019). *Intervención y tratamiento de delincuentes en prisión y medidas alternativas*. Madrid: Síntesis.

Neubacher, F., & Schmidt, H. (2018). Von punitiven Tendenzen, Knappen Behandlungsressourcen und der Schwierigkeit, dem Einzelnen gerecht zu werden. Neuere Forschungsbefunde zum Jugendstrafvollzug. En Bernd Dollinger y Henning Schmidt-Semisch (eds.), *Handbuch Jugendkriminalität interdisziplinäre Perspektiven* (pp. 767-787) (3ra ed.). Wiesbaden: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-531-19953-5_40

Ortega Navarro, C. R. (2018). *El régimen jurídico del menor privado de libertad en los centros de internamiento de menores infractores*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.

Ostendorf, H. (2012). Vollzugsplanung. En H. Ostendorf (ed.), *Jugendstrafvollzugsrecht* (pp. 114-173). Baden-Baden: Nomos.

Ostendorf, H., & Drenkhahn, K. (2020). *Jugendstrafrecht*. Baden-Baden: Nomos. <https://doi.org/10.5771/9783748905387>

Platt, A. (1997). *Los salvadores de los niños o la invención de la delincuencia* (trad. Félix Blanco). México: Siglo XXI.

Periago Morant, J. J. (2019). *La ejecución de la medida de internamiento de menores infractores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Peskin, M., Glenn, A., Gao, J., Liu J., Schug, R., Yang, Y., & Raine, A. (2013). Personal Characteristics of Delinquents: Neurobiology, Genetic Predispositions, Individual Psychosocial Attributes. En B. Feld y D. Bishop (eds.), *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice* (pp. 73-106). Oxford: University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195385106.013.0004>

Pruin, I., & Treig, J. (2018). Wiedereingliederung nach der Entlassung aus dem Strafvollzug: Evidenzbasierte Perspektiven. En M. Walsh, B. Pniewski, M. Kober y A. Armbrorst (eds.), *Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland. In Leitfaden für Politik und Praxis* (pp. 683-708). Wiesbaden: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-658-20506-5_35

Rössner, D., Meier, B. D., & Schöch, H. (2013). *Jugendstrafrecht* (3ra. ed.). München: Verlag C.H. Beck.

Roxin, C., & Greco, L. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre* (5ta ed.). München: Verlag C. H. Beck. <https://doi.org/10.17104/9783406758010>

Shalev, S. (2014). Solitary confinement as a prison health issue. En S. Enggist, L. Møller, G. Galea y C. Udesen (eds.), *Prisons and Health* (pp. 25-35). World Health Organisation.

Sykes, G. (2017). *La sociedad de los cautivos. Estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Tiffer Sotomayor, C. (2018). Principio de especialidad en el Derecho Penal Juvenil. En Tiffer Sotomayor (coord.), *Derecho Penal Juvenil, experiencias y buenas prácticas* (pp. 103-147). San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Tiffer Sotomayor, C., Llobet, J., & Dünkel, F. (2014). *Derecho Penal Juvenil* (2da ed.). Costa Rica: Ilanud-DAAD.

Universidad Diego Portales (UP), & Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). (2017). *Situación educativa de las y los adolescentes privados de libertad por causas penales en América Latina y el Caribe*. Ciudad de Panamá: Unicef, Facultad de Derecho de la UDP.

Van Zyl Smit, D., & Snacken, S. (2013). *Principios de Derecho y Política Penitenciaria Europea. Penología y Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Von Hirsch, A. (1976). *Doing Justice: The Choice of Punishments: Report of the Committee of Incarceration*. Nueva York: Hill & Wang.

Walkenhorst, P., Roos, S., & Bihs, A. (2012). Aussenkontakte. En H. Ostendorf (ed.), *Jugendstrafvollzugsrecht* (pp. 379- 443). Baden-Baden: Nomos.

Walter, J., & Kirchner, G. (2012). Organisation. En H. Ostendorf (ed.), *Jugendstrafvollzugsrecht* (pp. 703- 742). Baden-Baden: Nomos.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el «Complejo do Tatuape» da FEBEM respecto Brasil (CIDH, 30 de noviembre de 2005).

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa respecto de Brasil (CIDH, 26 de abril de 2012).

Convención de los Derechos del Niño (Asamblea General de la ONU, 20 de noviembre de 1989). Resolución 44/25.

Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (OIT, Ginebra, 27 de junio de 1989).

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil [Directrices de Riad] (Asamblea General de la ONU, 14 de diciembre de 1990). Resolución 45/112.

Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004.

Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013.

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 1: Propósitos de la educación (OHCHR, 1 de abril de 2001).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 3: El VIH/SIDA y los derechos del niño (OHCHR, 3 de marzo de 2003).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño (OHCHR, 4 de julio de 2003).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 8: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (OHCHR, 21 de agosto de 2006).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 11: Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño (OHCHR, 12 de febrero de 2009).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 12: El derecho del niño a ser escuchado (OHCHR, 20 de julio de 2009).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 13: Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (OHCHR, 18 de abril de 2011).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 15: Sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (OHCHR, 17 de abril de 2013).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 17: Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (OHCHR, 17 de abril de 2013).

Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 20: Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (OHCHR, 6 de diciembre de 2016).

Observación General Observación General del Comité de los Derechos del Niño N° 24: Los derechos del niño en el sistema penal juvenil (OHCHR, 18 de septiembre de 2019).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Asamblea General de la ONU, 16 de diciembre de 1966). Resolución 2200 A (XXI).

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes 65/229 [Reglas de Bangkok] (Asamblea de la ONU, 16 de marzo de 2011).

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad [Reglas de La Habana] (Asamblea General de la ONU, 14 de diciembre de 1990). Resolución 45/113.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores [Reglas de Beijing] (Asamblea General de la ONU, 28 de noviembre de 1985). Resolución 40/33.

Reglas mínimas sobre medidas no privativas de libertad [Reglas de Tokio] (Asamblea General de la ONU, 14 de diciembre de 1990). Resolución 45/110.

Recibido: 07/11/2019
Aprobado: 01/09/2020

LA ESPECIALIDAD
EN LA EJECUCIÓN
DE LA SANCIÓN
PRIVATIVA DE
LIBERTAD JUVENIL:
ANÁLISIS DESDE
EL DERECHO
INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y LA
DOCTRINA

SPECIAL
TREATMENT IN
THE EXECUTION
OF THE PENALTY
OF DEPRIVATION
OF LIBERTY FOR
JUVENILES IN
THE FIELD OF
INTERNATIONAL
HUMAN RIGHTS
LAW AND
DOGMATIC

Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el *nasciturus**

Creation, abrogation and application of precedents: An analysis of chilean constitutional precedents related to unborn

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO**

Universidad Austral de Chile, sede Valdivia (Chile)

JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ***

Universidad Austral de Chile, sede Valdivia (Chile)

Resumen: El objetivo de este trabajo es analizar las condiciones de creación, derogación y aplicación de los precedentes. Para ello, tomaremos como referencia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de protección del *nasciturus*. Procederemos del siguiente modo: en primer lugar, se realizará una introducción al problema. En segundo lugar, se expondrán los precedentes constitucionales chilenos sobre la materia. En tercer lugar, se definirán los términos básicos para entender el problema: precedente, *stare decisis* y *ratio decidendi*. En cuarto lugar, se expondrán algunas de las normas más frecuentemente presentes en nuestros ordenamientos que regulan la existencia de precedentes. En quinto lugar, se presentan los diferentes tipos de derogación de precedentes, analizando si alguno de los precedentes de la discusión chilena ha sido eliminado. En sexto lugar, abordamos los criterios de aplicabilidad frente a la presencia de precedentes incompatibles. Se finaliza con unas breves conclusiones.

Palabras clave: Precedente, *ratio decidendi*, *stare decisis*, existencia de precedentes, derogación de precedentes, aplicabilidad

Abstract: The objective of this work is to analyze the conditions of creation, abrogation and application of the precedents. For this, we will take as a reference the jurisprudence of the Chilean Constitutional Court on the protection of unborn babies. We will proceed as follows: first, an introduction to the problem is made. Secondly, the Chilean constitutional precedents on the matter are presented. Third, the basic terms to understand the problem will be defined: precedent, *stare decisis* and *ratio decidendi*. Fourth, some of the rules most frequently present in our legal systems that regulate the

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular 1180494 («Hacia una teoría del *stare decisis*»), del cual Álvaro Núñez es investigador principal. Agradecemos a Daniel Silva Horta por su ayuda con los planes de estudio en enseñanza media y básica que mencionan los anticonceptivos de emergencia.

** Profesor de Teoría del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, y doctor en Derecho por la Universidad de Génova.
Código ORCID: 0000-0001-8665-2381. Correo electrónico: alvaro.nunez.vaquero@gmail.com / alvaro.nunez@uach.cl

*** Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, y doctor en Derecho por la Universidad Europea.
Código ORCID: 0000-0002-7035. Correo electrónico: josefernandez@uach.cl

existence of precedents are exposed. Fifth, the different types of abrogation of precedents are presented, analyzing whether any of the precedents of the Chilean discussion have been eliminated. Sixth, we will address the criteria of applicability in the face of incompatible precedents. The article ends with a few brief conclusions.

Key words: Precedent, *ratio decidendi*, *stare decisis*, existence of precedents, abrogation of precedents

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CASO DE LOS AUTOPRECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO.- III. PRECEDENTES, *RATIO DECIDENDI* Y *STARE DECISIS*.- III.1. PRECEDENTES.- III.2. *RATIO DECIDENDI*.- III.3. REGLA DEL PRECEDENTE O REGLA DEL *STARE DECISIS*.- IV. EXISTENCIA DE LOS PRECEDENTES.- IV.1. INNOVACIÓN DEL ORDENAMIENTO.- IV.2. NÚMERO DE VOTOS.- V. DEROGACIÓN DE PRECEDENTES.- V.1. DEROGACIÓN EXPRESA.- V.2. DEROGACIÓN TÁCITA.- V.3. POR DESUETUDO.- V.3.1. EFICACIA.- V.3.2. GRADUALIDAD.- V.4. POR DEROGACIÓN DE LEGISLACIÓN BASE.- V.4.1. PRECEDENTES INTERPRETATIVOS EN SENTIDO ESTRICTO.- V.4.2. PRECEDENTES-CONSTRUCCIÓN.- VI. APLICABILIDAD DE PRECEDENTES.- VI.1. TEMPORALIDAD.- VI.2. ESPECIALIDAD.- VI.3. TEMPORALIDAD Y ESPECIALIDAD.- VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La literatura científica sobre precedentes está viviendo una nueva primavera, con multitud de volúmenes y artículos publicados en los últimos años sobre el tema. Esta literatura es, sin duda, valiosa. No obstante, resulta curioso observar cómo la teoría analítica¹ del derecho no ha prestado suficiente atención a cuestiones fundamentales de la práctica de los precedentes en los ordenamientos del *civil law*. El presente trabajo pretende venir a colmar parcialmente dicha laguna.

En particular, este artículo viene a profundizar una cuestión escasamente problematizada en el ámbito del *civil law*: la sucesión de precedentes en el tiempo. En concreto: ¿qué sucede cuando órganos jurisdiccionales de cierre dictan precedentes incompatibles sin ni siquiera mencionar sus propias decisiones previas? El objetivo de carácter general es plantear algunos de los problemas de la dinámica de precedentes y las posibles soluciones, empleando como laboratorio la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno en materia de protección de la vida del *nasciturus* y usando instrumentos clásicos de la teoría analítica del derecho.

¹ Definir qué es la teoría analítica del derecho es cualquier cosa menos sencillo. No obstante, lo que sí puede hacerse fácilmente es definirla de manera extensional, señalando algunos autores claramente analíticos (Bulygin, Guastini, Hart, Leiter, Moreso, Ross), otros a todas luces no analíticos (Unger, Zaccaria, Rabbi-Baldi) y un sinfín de casos intermedios o dudosos (Dworkin, Pérez-Luño, Viola).

II. EL CASO DE LOS AUTOPRECEDENTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO

La discusión chilena acerca de la sucesión de precedentes se ha planteado a raíz de la reciente doctrina de su Tribunal Constitucional (en adelante, TC) sobre la protección del *nasciturus*². La sentencia del TC (en lo sucesivo, STC) de 28 de agosto de 2017 (Rol 3729-17-CPT)³, relativa a la Ley N° 21.030 de 23 de septiembre de 2017, que «Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales», ha generado una discusión, tanto en el propio fallo como en la doctrina (Martínez & Covarrubias, 2018; Corral, 2017), sobre la sucesión de precedentes en el tiempo. Así, a partir de la necesidad de concretar la disposición normativa sobre el estatus constitucional del *nasciturus* contemplada en el artículo 19.2, inciso 2, de la Constitución Política de la República de Chile (en lo sucesivo, CPR), la cuestión que se plantea es si este fallo ha cambiado o, en su defecto, mantenido los precedentes del TC chileno sobre esta materia⁴.

En la actualidad, contamos con cuatro fallos del TC chileno relacionados directa o indirectamente con el estatus constitucional del *nasciturus*. El primero de ellos afirmó que «la Constitución regula la vida desde antes del nacimiento y durante la existencia de la persona, la que termina en su muerte natural» (STC Rol 220-95, 13 de agosto de 1995, considerando 6)⁵. El segundo fallo determinó que el *nasciturus* ostenta la cualidad de persona y que su protección constitucional se inicia desde el «momento mismo de la concepción» (STC Rol 740-2007, 18 de abril de 2008, considerandos 40-60)⁶. El tercer fallo consideró, conforme a la Constitución, la obligación de incluir, por parte de los establecimientos educacionales de enseñanza media reconocidos por el Estado, «un programa de ‘educación’ sexual, el cual, según sus principios y valores, contemple, entre otros contenidos, los diversos métodos anticonceptivos existentes y autorizados» (Ley N° 20.418, 2010, art. 1, inc. 4), entre los que se incluyen, paradójicamente, los anticonceptivos de emergencia, los cuales habían sido declarados inconstitucionales en *píldora* (STC Rol 1.588-10-CPR, 14 de marzo de 2010)⁷.

2 Ello resulta relevante, pese al proceso constituyente que se está inaugurando en Chile, por dos razones. En primer lugar, nada garantiza que la nueva constitución chilena regule expresamente la protección del *nasciturus*, por lo que se podría sostener que tales precedentes no son derogados. En segundo lugar, incluso aunque se positivase su regulación en la nueva constitución, es más que probable que se intente sostener que existe una relación de sinonimia sobre este punto entre la vieja y la nueva constitución.

3 En adelante, *tres causales*.

4 Sobre otras cuestiones relacionadas a la constitucionalidad de una eventual reforma legislativa que incluya un modelo de plazos, véase Fernández y Zúñiga (2020).

5 De ahora en adelante, *trasplantes*.

6 De ahora en adelante, *píldora*. A partir, entre otras razones, de esta comprensión del *nasciturus*, el TC chileno declaró inconstitucional la distribución de los denominados anticonceptivos de emergencia por parte del sistema público de salud.

7 De ahora en adelante, *educación*. El fallo, de acuerdo con el artículo 93.1 de la CPR, abordó de oficio la constitucionalidad de este precepto, ya que supone la reforma de una ley orgánica constitucional (Ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza).

El cuarto y último fallo, la STC Rol 3729-17 (*tres causales*), si bien desestimó el requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la vigente ley que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación, malformación y riesgo para la madre, se produjo un empate sobre el alcance del artículo 19.2, inciso 2, de la CPR. Así, cinco ministros del voto de mayoría (en adelante, voto de mayoría) (STC Rol 3729-17, considerandos 20-25) entendieron que el *nasciturus* no tiene el estatus constitucional de persona, pero sí constituye un «bien jurídico de la mayor relevancia» (considerandos 40 y 54); y cuatro ministros del voto disidente, más la prevención de uno de los ministros del voto de mayoría (prevención 1-2 del ministro Hernández) —en adelante, voto concurrente—, consideraron, por el contrario, que el *nasciturus* sí tiene la cualidad de persona, manteniendo lo sostenido en *píldora* (disidencia, considerando 37)⁸.

De hecho, una de las cuestiones más debatidas en la sentencia *tres causales* se centró en la relevancia de los anteriores fallos del TC relacionados con el estatus constitucional del *nasciturus*. Así, el voto de mayoría dedica un capítulo específico a los precedentes del TC (STC Rol 3729-17, considerandos 22-25), en el que, tras analizar las discrepancias entre *trasplantes* y *píldora*, y criticar los razonamientos del último fallo, justifica la nueva interpretación del artículo 19.1, inciso 2, de la CPR. En cambio, el voto concurrente consideró que el voto de mayoría no había fundamentado de manera suficiente el cambio de precedente sobre el estatus constitucional del *nasciturus* (STC Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017, disidencia, considerandos 19-21).

Sobre lo que no cabe duda, y no nos parece necesario insistir aquí porque requeriría de demasiada extensión para la reconstrucción del ordenamiento jurídico chileno, es que estas cuatro sentencias han sido consideradas como precedentes en la comunidad jurídica chilena. En caso contrario, si los razonamientos de estos fallos del TC no fueran de algún modo relevantes, no se entendería la razón por la cual se han discutido tan intensamente sus implicancias a la hora de determinar el estatus constitucional del *nasciturus*⁹.

8 El voto disidente reproduce la postura mantenida en la STC Rol 740-2007, en la que se justifica el inicio de la condición de persona a partir de la concepción en el hecho de que en ese momento el recién nacido cuenta con toda la información genética. Incluso, llega a afirmar que, al quedar «demostrado que el momento del inicio de la vida tiene bases científico-médicas», este «no puede quedar entregado a definiciones convencionales de carácter cultural o de otro orden al margen de la ciencia» (STC Rol-3729, disidencia, considerando 37).

9 Para una reconstrucción de una parte de esta discusión, véase Nuñez Vaquero y Fernández (2021), así como Zuñiga y Fernández (2020).

III. PRECEDENTES, *RATIO DECIDENDI* Y *STARE DECISIS*

Una vez presentado cómo se ha producido la sucesión de decisiones judiciales del TC chileno relacionadas con el estatus constitucional del *nasciturus*, es necesario aclarar brevemente qué vamos a entender por «precedentes». Además de ello, será necesario definir el sentido de otros dos términos estrechamente vinculados con el anterior: *ratio decidendi* y *stare decisis*¹⁰.

III.1. Precedentes

Cabe poca duda de que los precedentes son decisiones jurisdiccionales¹¹; y, paradigmáticamente, sentencias judiciales, relevantes¹² para decidir casos posteriores similares. Ahora bien, no toda decisión jurisdiccional, ni toda sentencia judicial, se convierte necesariamente en un precedente. Para que una decisión judicial sea considerada precedente es necesario que aquella cumpla con algunos requisitos, los cuales además pueden variar —y, de hecho, varían— en cada ordenamiento jurídico.

Pese a ello, los ordenamientos jurídicos del *civil law* mantienen criterios similares acerca de cuándo una decisión cuenta como precedente, y en ellos nos concentraremos¹³. Sin embargo, es importante señalar que los criterios o normas acerca de cuándo una decisión cuenta como precedente raramente —y el ordenamiento jurídico chileno no es una excepción— son normas expresas. Antes bien, normalmente se trata de

295

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

10 Aquí nos concentraremos exclusivamente en aquellas propiedades de estos tres conceptos que nos parecen más relevantes a los fines de este trabajo. Para una reconstrucción en términos generales, véase Chiassoni (2012), Iturralde (2013) y Núñez Vaquero (2016).

11 Por «decisiones jurisdiccionales» estamos entendiendo aquellas decisiones tomadas por órganos creados por algún ordenamiento jurídico que califican jurídicamente casos genéricos o individuales, y a las que algún ordenamiento les otorga relevancia jurídica. Desde luego, se trata de una definición estipulativa, pero pensamos que es útil para identificar decisiones de órganos jurídicos, y no solo de órganos judiciales, que son consideradas relevantes para casos posteriores. Nuestra definición, en este sentido, no pretende sustituir a aquellas definiciones, propias de la dogmática procesal, que insisten en la necesidad de que sean órganos independientes e imparciales para poder ser calificados como jurisdiccionales.

12 Existe una amplia literatura sobre la relevancia y la obligatoriedad normativa. Aquí, por el momento, es suficiente con afirmar que una decisión jurisdiccional es relevante para casos posteriores cuando su presencia o ausencia modifica *prima facie* la calificación normativa de un caso genérico o individual. La noción de relevancia normativa que estamos empleando es aquella que Alchourrón y Bulygin (2012) denominan «relevancia 2» y que supone que, dado un universo de propiedades, la presencia o ausencia de una propiedad implica la modificación del estatus normativo de una conducta (p. 149). Trasladada a la noción de precedente, es posible sostener que los precedentes son normativamente relevantes en el sentido de que, frente a dos borradores de decisión jurisdiccional igualmente justificados, el hecho de que uno de estos tenga en su favor un precedente hace que se considere tal decisión como mejor justificada que la anterior. Esto, bajo determinadas circunstancias, puede suponer la invalidez de la decisión que no sigue el precedente. Véase, no obstante, Núñez Vaquero (2021).

13 Desde luego, las diferencias entre los diversos ordenamientos de *civil law*, especialmente entre el europeo y el latinoamericano —pero también al interior de cada uno de estos bloques—, son muy importantes. No obstante, pese a lo comentado, nos parece que sí es posible identificar algunas normas comunes en todos ellos. Agradecemos al autor o la autora de uno de los informes de evaluación por señalarnos este aspecto.

normas implícitas¹⁴, no producto de interpretación de ningún enunciado normativo concreto, sino construcciones de la práctica jurídica¹⁵.

«Ser precedente» es entonces una propiedad que podemos predicar de algunas decisiones jurisdiccionales que satisfacen ciertos requisitos. En particular, «ser precedente» es una característica que consiste en que tal decisión emplea alguna norma general y abstracta cuya presencia es considerada normativamente relevante para decisiones jurisdiccionales posteriores.

Es importante señalar que se suele dar por hecho que los precedentes constitucionales son relevantes en algún sentido; igualmente, nadie sostiene que los precedentes sean inmodificables o que su aplicación no esté sujeta a excepciones. De hecho, la creencia de que los precedentes son absolutamente vinculantes para el órgano posterior es errónea tanto en el *civil* como en el *common law*, pues solo se han dado algunos casos a lo largo de la historia en los que los jueces no pudiesen desvincularse de decisiones anteriores¹⁶. De este modo, nuestro concepto de precedente sirve para dar cuenta de aquellos, sean estos considerados obligatorios o persuasivos.

Definiremos, por tanto, «precedente» como aquella decisión jurisdiccional que satisface algunas condiciones, implícitas o explícitas en los ordenamientos jurídicos y que contiene una norma considerada relevante para la decisión de casos posteriores similares.

III.2. *Ratio decidendi*

Ahora bien, ¿qué es exactamente aquello que resulta normativamente relevante para casos posteriores? Evidentemente, no puede tratarse de toda la decisión jurisdiccional, que contiene todo tipo de aspectos particulares sobre el caso decidido en el pasado. Aquello que podría ser vinculante —mejor dicho, normativamente relevante— es alguna norma¹⁷ general y

14 En el tema que nos ocupa, este punto tiene especial trascendencia por diferentes motivos. El primero es que ha habido quien ha negado el estatus de precedente a la sentencia *tres causales* porque no contaría con un voto de mayoría. En segundo lugar, porque se podría sostener que *tres causales*, si fuera precedente, habría derogado *pildora*. Y, por último, porque también sería posible pensar que *pildora*, pero también *educación*, habrían caído en *desuetudo* por falta de aplicación. Ninguno de estos requisitos, del mismo modo que en otros muchos ordenamientos, están positivizados en formulaciones normativas, legislativas ni constitucionales chilenas.

15 Es importante señalar que algunos ordenamientos, como el colombiano, el ecuatoriano, el peruano o el argentino, sí contienen normas expresas sobre la creación de precedentes. No obstante, es preciso tener en cuenta que tales ordenamientos regulan un tipo de precedentes, formalmente vinculantes, empero nada dicen respecto de otras decisiones jurisdiccionales no llamadas expresamente «precedentes», pero que son relevantes para las decisiones posteriores.

16 Se trata del caso de la Cámara de los Lores, que expresamente estuvo vinculada a sus propias decisiones durante buena parte del siglo XX. Véase Cross y Harris (2012, p. 164).

17 Si bien es cierto que ciertos autores, como Chiassoni (2012), entienden que algunos sentidos de *ratio decidendi* no coinciden con esta noción de la norma (p. 215), aquí presuponemos que todos aquellos sentidos son reducibles a una noción amplia de norma, que incluye tanto las normas de carácter prescriptivo como aquellas de carácter constitutivo. Para una noción de precedente que evita la noción de norma, véase Lamond (2005).

abstracta¹⁸ aplicada en la decisión que constituye el precedente. A esta norma se le suele llamar *ratio decidendi* o *holding*.

Sin embargo, hay al menos dos formas diferentes de concebir la *ratio decidendi*, dependiendo de si nos fijamos en los criterios para su identificación (concepción estructural) o en su relevancia normativa para decisiones posteriores (concepción normativa). Desde el primer punto de vista, si bien existe una gran discusión sobre los criterios de identificación de la *ratio*, aquella será una norma aplicada en la justificación interna o externa de la decisión previa, que constituye una premisa para la conclusión normativa¹⁹. Desde el segundo punto de vista, la *ratio decidendi* del caso será aquella norma que es considerada por parte de la comunidad jurídica como normativamente relevante para la decisión de casos posteriores.

Como resulta evidente, ambas definiciones se fijan en aspectos diferentes. La concepción estructural presta atención a las condiciones que debe satisfacer una norma, empleada en una decisión, para convertirse en *ratio decidendi*. La concepción normativa se fija en la norma cuya presencia es considerada normativamente relevante para decidir casos posteriores. Pues bien, en la medida en que las condiciones para ser considerada *ratio* pueden cambiar, y de hecho cambian de ordenamiento a ordenamiento, parece más aconsejable adoptar el segundo criterio de carácter normativo para definir qué es *ratio decidendi*.

No obstante, y como es evidente, esta definición normativa nada indica acerca de qué norma ha de ser considerada como *ratio decidendi* de un precedente. Para entender las diferentes formas en las que se puede identificar la *ratio decidendi* es preciso ahondar en el concepto de *ratio* estructural. Ello se debe a que, dependiendo de la concepción estructural de *ratio decidendi* que se adopte, el objeto sobre el cual recaen algunos de los requisitos de la existencia del precedente cambia. Desde este punto de vista, es posible distinguir entre una concepción objetiva y una concepción subjetiva de la *ratio decidendi*, de acuerdo con la forma en la que se la identifique.

1. Según la primera concepción, llamada objetiva, la *ratio* vendría a coincidir con la norma que —más allá de lo declarado por los miembros del tribunal— justifica la adopción de la decisión. Según esta primera concepción, cuál sea la *ratio decidendi* sería entonces algo independiente de la voluntad de los decisores.

18 Si no es una norma general ni abstracta, entonces estaríamos hablando de la extensión de una norma particular y concreta. Nada impide que una norma de este tipo sea empleada en la justificación de decisiones posteriores, como ocurre en los casos en que las decisiones jurisdiccionales pasadas son utilizadas como medios de prueba. No obstante, esto no suele ser calificado como precedente, sino como extensión de la cosa juzgada. Véase Romero Seguel (2012) y Núñez Vaquero (2018).

19 Para una revisión de la discusión, véase Marinoni (2013, pp. 257 y ss.), y Cross y Harris (2012, cap. II).

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

A su vez, es necesario introducir una ulterior distinción en relación con la identificación de la *ratio decidendi* objetiva. En primer lugar, a) como *ratio* objetivo-empírica, la *ratio decidendi* coincide con aquella premisa común que justifica la decisión: una suerte de mínimo común denominador de todos los argumentos; es decir, una norma de hecho empleada en la justificación de la decisión. En segundo lugar, b) como *ratio* objetivo-normativa, se identifica aquella con la norma que *deberían* haber empleado los jueces para lograr la mejor justificación de la decisión²⁰.

No obstante, es preciso señalar que esta forma de entender la *ratio* presupone que habría una, y solo una norma, que puede ser considerada como *ratio decidendi*. Sin embargo, hay dos buenas razones para descartar esta idea. La primera es que frecuentemente, tanto en la práctica jurídica chilena como en la comparada, se considera que hay más de una norma considerada como relevante dentro de una misma decisión —por ejemplo, una norma respecto de cuestiones procesales y otra respecto del fondo de la cuestión— para la decisión de casos posteriores. La segunda es que, debido al clásico problema de la inducción, no es una única norma la que justifica la misma decisión a la luz de los mismos hechos, sino infinitas las normas que la justifican²¹.

2. Según la segunda concepción, llamada subjetiva, la *ratio decidendi* coincide con y ha de ser identificada haciendo referencia a la voluntad de los titulares del órgano jurisdiccional. Es decir, la *ratio* sería aquella norma que los jueces deseaban que funcionase como tal.

Sin embargo, aquí es de nuevo necesario introducir una distinción ulterior, dependiendo del valor atribuido a la voluntad expresada por los titulares del órgano constitucional. De este modo, en primer lugar, tendremos una *ratio* subjetiva expresa toda vez que aquella coincida con lo expresamente mencionado por los jueces. En segundo lugar, tendremos una *ratio* subjetiva implícita toda vez que la *ratio* venga identificada con alguna premisa normativa que los jueces pensaban que justificaba su decisión, más allá de que hayan declarado a aquella como tal²².

20 Es perfectamente posible que, empleando los dos criterios, se identifiquen como *rationes decidendi* de un mismo caso dos normas diferentes. Es posible, en tal sentido, que la norma que efectivamente justifica la decisión no sea la misma que aquella que desde algún punto de vista normativo de la teoría de la argumentación constituya la mejor justificación para el mismo caso.

21 Esto se entiende fácilmente empleando un ejemplo. Imaginemos que el señor López es condenado a pagar una indemnización por atropellar, en estado de ebriedad, al señor Martínez, mientras este último circulaba alegremente por un parque. A la luz de los hechos probados, la misma decisión queda justificada por infinitas normas: N_1 : obligatorio indemnizar si se producen daños en un vehículo de motor; N_2 : obligatorio indemnizar si se producen daños en estado de ebriedad; N_3 : obligatorio indemnizar si se atropella en un parque público; N_4 : obligatorio indemnizar cualquier daño, etc. Véase, en cualquier caso, Núñez Vaquero (2021).

22 Evidentemente, también puede haber discordancias entre estas cuando, por ejemplo, el tribunal quiere que otra norma diferente a la aplicada cuente como *ratio decidendi* para el futuro. Este,

III.3. Regla del precedente o regla del *stare decisis*

Ahora bien, ¿cómo sabemos que una decisión previa (por ejemplo, su *ratio decidendi*) es relevante para la decisión de casos posteriores? ¿Cómo sabemos qué decisiones cuentan efectivamente como precedentes para la decisión de casos posteriores? Pues bien, no hay nada, ni en las decisiones ni en sus *rationes decidendi*, que las haga intrínsecamente relevantes para la decisión de casos posteriores. Por el contrario, es la presencia de otra norma (la regla del precedente o regla del *stare decisis*) la que convierte en relevantes a dichas decisiones. De este modo, por «regla del precedente» o «regla *stare decisis*» entenderemos aquella norma que convierte en relevantes las *rationes decidendi* de decisiones jurisdiccionales previas para la decisión de casos posteriores.

Cabe precisar, en sentido estricto, que antes que dos expresiones sinónimas, «regla del precedente» y «regla del *stare decisis*» designan respectivamente una clase de normas y un ejemplo concreto de tal clase. En particular, la regla del *stare decisis* es solo una de las posibles reglas del precedente propia de los ordenamientos del *common law* (especialmente el inglés y el estadounidense) y fija un altísimo grado de obligatoriedad de seguir los precedentes por parte de los tribunales.

Sin embargo, no es del todo claro que la regla del precedente como clase, ni la regla del *stare decisis* como ejemplo, puedan ser plausiblemente reconstruidas como unas normas prescriptivas; es decir, como una norma de obligación. Por el contrario, si se tratase de una norma prescriptiva, el no seguimiento de los precedentes tendría como consecuencia una sanción para los titulares del órgano²³. No obstante, es extremadamente raro que se sancione a los jueces por no seguir precedentes. Antes bien, cuando el no seguimiento de precedentes tiene asociada alguna consecuencia normativa, aquella es la nulidad de las decisiones posteriores, condicionando de este modo la validez de la decisión posterior al seguimiento de la *ratio decidendi* del caso previo.

Qué tipo de condición (necesaria, suficiente, contribuyente) imponga la regla del precedente sobre la validez de las decisiones posteriores de casos similares es algo que depende de cada ordenamiento; o, mejor dicho, de cada parte del ordenamiento, ya que pueden convivir diferentes reglas del precedente en un mismo ordenamiento. Por ejemplo, existe una diferencia entre el tipo de condición que la regla del precedente impone para los autoprecedentes (especialmente de los órganos de cierre) y los

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

además, es precisamente el caso del *prospective overruling*; es decir, el caso en el que se emana un precedente que no es, sin embargo, aplicable para el caso sometido al conocimiento del tribunal. Sobre el *prospective overruling*, véase Bustamante (2016, pp. 423 y ss.), Garay (2013, pp. 254 y ss.), Marinoni (2013, pp. 481 y ss.), Orozco Muñoz (2011, pp. 248 y ss.) y Passanante (2018, pp. 289 y ss.).

²³ Aquí no nos estamos comprometiendo con la idea de que no existan prescripciones sin sanciones, ni tampoco con la tesis opuesta. Únicamente estamos sosteniendo que las normas prescriptivas, cuando tienen asociada alguna consecuencia jurídica, aquella es la invalidez, no una sanción (Núñez Vaquero, 2021).

precedentes entre órganos diferentes que mantienen, en algún sentido, una relación jerárquica²⁴.

No obstante, en sentido estricto, la regla del precedente no es una sola norma, sino más bien un conjunto de normas acerca de la competencia de los órganos jurisdiccionales, por un lado, que condiciona el contenido de las decisiones posteriores; pero también, por el otro, que establece las condiciones para la creación y derogación de precedentes. En efecto, la regla del precedente establece las condiciones (requisitos para el ejercicio de la competencia)²⁵ para que una decisión sea considerada como precedente (existencia), para que deje de ser considerada tal (derogación) y, al menos, acerca de su aplicabilidad en caso de que haya más de un precedente aplicable. No obstante, nada impide que haya indeterminación sobre las normas que regulan alguno de estos aspectos, o que el ordenamiento sea lagunoso al respecto. Dedicaremos el resto de este trabajo precisamente a establecer, a partir del ejemplo chileno, algunas de las condiciones comunes a varios de nuestros ordenamientos para crear, eliminar y sobre la aplicabilidad de los precedentes.

Antes de analizar algunas de las condiciones necesarias para que una decisión sea considerada como precedente (o deje de serlo) es preciso señalar que las competencias para crear precedentes, para no aplicar un precedente y para derogarlos son competencias diferentes no implicadas lógicamente. Aunque es posible que dichas competencias recaigan en un mismo órgano (como en el caso del TC chileno), ello es completamente contingente. Es más, es perfectamente posible que un órgano tenga la capacidad de crear precedentes, pero no para derogarlos ni dejar de aplicarlos²⁶.

IV. EXISTENCIA DE LOS PRECEDENTES

Uno de los temas centrales en la discusión chilena ha sido aquel sobre si *tres causales* modificaría o no el estatus constitucional del *nasciturus* establecido en *píldora* y *trasplantes*; y, por tanto, en aquel concentraremos nuestra atención. La razón esgrimida para que aquellos sigan siendo válidos es que la decisión de *tres causales* no constituiría un precedente debido a que no se alcanzó una mayoría suficiente en el voto de mayoría y, por esta razón, no se podría considerar dicha decisión como tal (Martínez &

24 Por supuesto, entre los tribunales no existen relaciones de jerarquía, al menos en el ámbito del *civil law*, dado el principio de independencia interna de los jueces. Donde, no obstante, sí habría relaciones de jerarquía en sentido material es entre las normas individuales que constituyen el *decisum* de las sentencias. Véase Núñez Vaquero (2020a).

25 Para una reconstrucción de la regla del precedente como una norma de competencia en términos de posiciones hohfeldianas, véase Arriagada (2021), y Núñez Vaquero y Arriagada Cáceres (2021).

26 Este fue precisamente el caso de los precedentes ingleses entre la dictación de la sentencia *Beamish vs. Beamish* en 1861 y el *Practice Statement* de 1966, en donde la Cámara de los Lores tenía la capacidad de dictar precedentes, pero no para derogarlos ni dejarlos de aplicar. Véase Cross y Harris (2012, p. 25).

Covarrubias, 2018; Corral, 2017). Resulta entonces necesario establecer bajo qué condiciones podemos sostener que existe un precedente.

Procederemos del siguiente modo: en primer lugar, analizaremos algunos de los criterios relevantes para establecer la existencia de precedentes. En el siguiente apartado, haremos referencia a las formas en las que es posible derogar un precedente en cuanto a su condición negativa de existencia, intentando determinar si los precedentes constitucionales chilenos han sido derogados. Finalmente, analizaremos cómo determinar qué precedente resulta aplicable cuando tenemos diferentes precedentes no derogados, pero incompatibles, como pareciera ser el caso chileno.

Lo primero que resulta entonces necesario hacer es tratar de desentrañar algunos de los criterios de hecho empleados en nuestras comunidades jurídicas acerca de cuándo una decisión jurisdiccional cuenta como precedente²⁷. Aunque no son las únicas (pero sí las más relevantes en nuestro caso)²⁸, presentaremos dos condiciones frecuentemente mencionadas en la literatura acerca de cuándo una decisión cuenta como precedente: la creación de una norma nueva y el número de votos necesarios (Cross & Harris, 2012, p. 110; Legarre, 2016, pp. 48 y ss.).

IV.1. Innovación del ordenamiento

El primer criterio para que una decisión cuente como precedente es que su *ratio decidendi* debe innovar el ordenamiento, y no meramente constituir una aplicación del derecho previo. Por supuesto, este requisito no se refiere a la norma individual o conclusión del caso que, en toda resolución jurisdiccional, es por definición una norma nueva. Por el contrario, se refiere a la existencia de una norma general nueva que funcione como premisa de la justificación (interna o externa) de la decisión jurisdiccional (Moral Soriano, 2002, p. 152; Pulido Ortiz, 2019, p. 47). En palabras de Kelsen (2017): «La primera condición [para que cuente como precedente] es que la sentencia judicial debe establecer una nueva regla de derecho» (p. 5).

Cuándo las decisiones jurisdiccionales crean derecho nuevo es una cuestión demasiado compleja de la que aquí no podemos ocuparnos. En este sentido, resulta conveniente mantener una aproximación amplia del concepto de norma que permita dar cuenta de las ordenaciones de normas, los resultados de la ponderación, la elección

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

27 Desde luego, pueden existir —y de hecho existen— importantes diferencias en lo que a las condiciones de existencia de los precedentes se refiere en los diferentes ordenamientos, incluso dentro del *civil law* y del *common law* (Garay, 2021; Gonçalves, 2020; Pulido Ortiz, 2019; Sarrabayrouse, 2021; Summers & McCormick, 2017).

28 En la discusión constitucional chilena, han sido varios los autores que han sostenido que el estatus constitucional del *nasciturus* —fijado en *pildora*— no se ha visto modificado por la sentencia *tres causales* debido a que en esta última no se habría alcanzado una mayoría de los miembros del tribunal (Martínez & Covarrubias, 2018; Corral, 2017). Para una reconstrucción general de las condiciones de existencia de los precedentes, véase Núñez Vaquero & Arriagada Cáceres (2021).

de una interpretación válida o inválida²⁹, etc. De hecho, los cuatro casos objeto de análisis parecen ser precisamente casos de precedentes interpretativos; es decir, precedentes que vienen a fijar la interpretación de un texto normativo (Guastini, 2018, p. 321; Marinoni, 2016), puesto que parece que se trata de (meta)normas acerca del alcance del artículo 19.1, inciso 2, de la CPR.

Es importante señalar este aspecto porque, si se acepta que los precedentes instituyen normas nuevas y, al mismo tiempo, que *trasplantes*, *píldora*, *educación* y *tres causales* son precedentes, entonces tácitamente se estaría admitiendo que la cuestión no es resuelta por la CPR; en otras palabras, que no hay una solución preestablecida en la CPR³⁰. Estaríamos, entonces, frente a un caso lagunoso: no se sabe —no hay norma jurídica al respecto— cómo ha de interpretarse tal enunciado normativo. Esto resulta especialmente relevante para el caso chileno, puesto que las cuatro decisiones, al ofrecer interpretaciones diferentes, satisfarían esta primera condición de existencia de precedentes.

IV.2. Número de votos

El segundo criterio sobre la existencia de precedentes consiste en que el voto de mayoría de la decisión cuente con la mitad más uno de los votos de los miembros del tribunal. Este criterio ha sido clave a la hora de determinar como precedentes determinadas sentencias en la discusión chilena. En efecto, se ha sostenido que el estatus constitucional del *nasciturus*, fijado en *píldora*, no se habría visto modificado por *tres causales* debido a que en esta última no se alcanzó una mayoría entre los miembros del tribunal acerca de la *ratio decidendi*.

Dado que lo que nos interesa es saber en qué condiciones se puede afirmar que hay un precedente y se sostiene que, para que haya precedente, debe haber mayoría sobre la decisión, es necesario volver sobre las diferentes concepciones de *ratio decidendi* estructural. Ello se debe a que la mayoría ha de versar sobre alguna específica *ratio* —evidentemente, sobre el *decisum* hay mayoría—; es decir, sobre (alg)una norma general. De este modo, podría haber mayoría sobre el *decisum*, pero no sobre la justificación de la decisión.

Analicemos ahora, bajo esta luz, si *tres causales* tiene una *ratio decidendi* sobre la que coincida la mayoría del tribunal. En la sentencia *tres causales* se encuentra el voto concurrente del ministro Hernández, según el cual no es concebible el *aborto libre* como un derecho subjetivo de la gestante derivado de la autonomía sobre el propio cuerpo. Ahora bien, el voto

29 Sobre construcción jurídica, véase Guastini (2014, pp. 165-172). Sobre fenomenología de las sentencias interpretativas, véase Guastini (2016, 566 y ss.).

30 Sobre el punto en particular, véase Zúñiga y Fernández (2020); y, con carácter general, Gascón (1996, p. 95).

concurrente también sostiene que, si bien el aborto está penado, existen limitaciones a la protección constitucional del *nasciturus* de carácter excepcional. Más allá de lo que se entienda por «excepciones»³¹, el voto de mayoría y el concurrente coinciden en que el estatus constitucional del *nasciturus* no tiene una protección ilimitable frente a cualquier eventualidad.

Pues bien, según la concepción objetiva en sus dos versiones, no parece que haya duda de que, efectivamente, tanto el voto de mayoría como el voto concurrente comparten al menos una premisa (metanorma sobre la interpretación de la CPR): la protección del *nasciturus* puede ser legítimamente limitada en algún caso. Bajo estas dos formas de entender la *ratio decidendi*, parece que sí existe alguna premisa común que convertiría a *tres causales* en un precedente. Si bien es cierto que no existe acuerdo acerca de cuándo o bajo qué circunstancias se puede limitar dicho derecho, no cabe duda de que el voto de la mayoría y el voto concurrente están de acuerdo en que la protección constitucional del *nasciturus* no es frente a todo evento, pues tiene limitaciones.

Lo mismo sucede en relación con la concepción subjetiva implícita, dado que tanto el voto de mayoría como el voto concurrente coinciden en que la protección constitucional al *nasciturus* no es frente a cualquier evento. Solo en este caso es posible que hayan llegado a la misma conclusión normativa. Es decir, si asumimos esta concepción, pareciera haber la mayoría de votos necesaria para considerar la sentencia como precedente, puesto que tanto el voto de mayoría como el concurrente hacen referencia expresa a la protección condicionada de la vida del *nasciturus*³².

No sucede lo mismo, sin embargo, desde el punto de vista de la *ratio decidendi* subjetiva expresa. En efecto, para esta concepción de la *ratio decidendi*, aquella coincide con lo expresamente declarado por los miembros del órgano que ha dictado la decisión. Desde este punto de vista —pero solo desde este punto de vista—, por tanto, no habría voto de mayoría suficiente sobre la *ratio decidendi* de *tres causales* dado que no se habría declarado expresamente una premisa sobre la que coincidiera tanto el voto de mayoría como el concurrente. De este modo, *tres causales* no sería un precedente.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

31 Desde luego, en el voto concurrente el derecho a la vida del *nasciturus* sería limitable solo bajo condiciones excepcionales. No obstante, cuándo una condición es excepcional es cuestión discutible —como si hubiese mujeres que abortasen caprichosamente—; pero, además, aquello sobre lo que sí habría *ratio* es la posibilidad de que la integridad del *nasciturus* puede ceder bajo determinadas circunstancias, aunque no esté claro cuáles. Sobre los posibles sentidos que adquiere la expresión «excepción» en la teoría del derecho, véase García Yzaguirre (2020).

32 Podría pensarse que, mediante esta multiplicidad de criterios para identificar la *ratio* estructural de un precedente, el requisito de que haya voto de mayoría sobre aquella se vuelve irrelevante; no obstante, esta sería una conclusión demasiado apresurada. La razón es que dependiendo de la concepción de la *ratio* que se adopte, sería una u otra la norma considerada como *ratio*, de lo que dependería que la decisión contase como precedente. Dicho de otro modo: no es irrelevante en la medida en que se considere que el precedente existirá solo si se selecciona una determinada norma como *ratio*.

Dado que no encontramos razón alguna para afirmar que en el ordenamiento jurídico chileno se tenga que adoptar la concepción subjetiva expresa, es menester preguntarse si una tal elección estaría justificada. Pues bien, la concepción subjetiva del precedente es, en este sentido, susceptible de dos críticas.

La primera de ellas es que no resulta en absoluto claro cómo podemos determinar cuál ha sido la norma que han querido aplicar los jueces, ya que no tenemos acceso a sus estados mentales. Ciertamente, los titulares de los órganos jurisdiccionales se expresan a través de los textos. Ahora bien, no podemos presuponer que sus razonamientos están cristalinamente plasmados en tales textos, siendo problemática la interpretación de las sentencias (Núñez Vaquero, 2016). Desde este punto de vista, no parece que haya buenas razones para preferir esta concepción de la *ratio decidendi* frente a otras.

La segunda dificultad es que, si se acepta una concepción subjetiva expresa del precedente, entonces se corre el peligro de que cualquier norma —aunque no sea parte necesaria del razonamiento o, incluso, no haya formado parte mínimamente del razonamiento— pueda ser considerada *ratio decidendi* y, por tanto, relevante para casos posteriores similares³³. Dicho de otro modo: bajo esta concepción, los jueces podrían decir que la *ratio decidendi* es cualquier norma, aunque no tenga nada que ver con el caso decidido.

Volvamos al caso chileno. A la luz de lo dicho anteriormente, parece posible afirmar entonces que *tres causales* sí constituye un precedente, siempre que no mantengamos una concepción subjetiva expresa de la *ratio decidendi*, cosa que no es exigida por el ordenamiento jurídico chileno, ni tampoco parece muy buena idea. Una cuestión distinta es si *tres causales* ha modificado *píldora y trasplantes*.

V. DEROGACIÓN DE PRECEDENTES

Además de las condiciones positivas que ha de satisfacer una decisión para ser considerada como precedente, debe también cumplir una condición negativa: no haber sido derogado en cuanto precedente. Del mismo modo que una norma de origen no ha de estar derogada para que sea considerada válida, para que un precedente siga siendo tal también es preciso que no haya sido derogado.

Aunque la derogación de precedentes mantiene algunas singularidades respecto de la derogación de normas de origen legislativo, aquí no es

³³ Es necesario tener en cuenta que es perfectamente posible que se dé una discordancia entre la norma considerada *ratio*, la decisión y los fundamentos de la misma. Véase Garay (2013, cap. VI).

posible ocuparse de todas ellas³⁴. Por ello, partiendo de la teoría de la derogación de normas (Aguiló, 1995; Sauca Cano, 2001; Guastini, 2016, cap. XXVII), únicamente nos centraremos en los aspectos relevantes para determinar cuáles son los precedentes constitucionales chilenos válidos en materia de protección del *nasciturus*.

Antes de analizar las diferentes formas en las que se puede derogar un precedente, es menester recordar la distinción entre las competencias para crear precedentes, para no aplicar un precedente y para derogarlos. Como ya se ha dicho, si bien algún órgano puede tener las tres competencias (como sería el caso del TC chileno), ello no es necesario ni se produce en todos los casos. Esto es especialmente relevante porque podría pensarse que el hecho de ser competente para no aplicarlo implica que se es competente para derogarlo —*overruling*— o crear un nuevo precedente, cuando en realidad se trata de tres competencias diferentes entre las que no existen relaciones de implicación³⁵. No solo eso, sino que incluso si las tres competencias recayesen sobre el mismo órgano, ello no implica que su ejercicio no esté sometido a condiciones o requisitos diferentes. De hecho, este es precisamente el caso cuando hablamos de creación, derogación y aplicabilidad de los autoprecedentes del TC chileno.

De este modo, no todo acto de no aplicación presupone, ni tampoco implica, la derogación del precedente. Por el contrario, la no aplicación de un precedente *prima facie* aplicable puede darse de muy diferentes formas y razones, entre las que se encuentra, claro está, la previa derogación del precedente, aunque no es desde luego la única. La más conocida de ellas es la distinción o especificación de precedentes, que —partiendo de la constatación de la existencia de un precedente aplicable³⁶— consiste en afirmar que el caso posterior tiene alguna característica adicional que lo hace merecedor de un tratamiento diferente (Guastini, 2014, p. 277; García Yzaguirre, 2020).

La especificación no es la única forma de no-aplicación de precedentes. También es perfectamente posible que un precedente no sea aplicado sencillamente porque no regula el caso o porque se considera que hay otras razones que pesan más que el propio precedente.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

34 Por ejemplo, no solo se trata de que las condiciones cambian dependiendo de si estamos frente a una derogación retroactiva o no (Marinoni, 2013, pp. 445 y ss.; Garay, 2013, pp. 56-76), sino que también es posible preguntarse sobre otras condiciones como la publicación (Núñez Vaquero, 2020b).

35 En algunos de los esquemas que presentan los diferentes grados de «obligatoriedad» de los precedentes se encuentran las anteriores competencias como elementos que modulan aquella; sin embargo, una vez aclarado que son competencias independientes, es fácil rechazar tal hipótesis. La obligatoriedad es algo que no parece que pueda ser modulado, al menos si entendemos que el comportamiento obligatorio es aquel calificado como tal por una norma prescriptiva imperativa. Tal sería, por ejemplo, el caso de Chiassoni (2012, p. 235) y del *Legal Research Group Bielefelder Kreis* (Summers & McCormick, 2017, p. 555).

36 Siguiendo a Moreso y Navarro (1996, p. 121), por aplicabilidad estamos entendiendo la «obligación» y/o «permisión» que tienen los jueces para aplicar una norma.

Los precedentes, al igual que las normas de origen legislativo, también pueden ser derogados de diferentes maneras. La primera forma es mediante la derogación formal o, como se la conoce en el ámbito angloamericano en relación a los precedentes, el *overruling*. La segunda forma de derogar precedentes es mediante la promulgación de un precedente posterior incompatible. La tercera de ellas se refiere a una discutida forma de derogación por falta de aplicación: la *desuetudo*. La cuarta es una forma de derogación exclusiva de los precedentes que se produce cuando se da una derogación del texto normativo que servía de base textual para el mismo.

V.1. Derogación expresa

Estamos frente a una derogación expresa de un precedente toda vez que un órgano jurisdiccional no se limita a rechazar la aplicación de un precedente en un determinado caso, sino que lo expulsa del conjunto de los precedentes válidos. Todo acto de derogación expresa (Guastini, 2017, p. 57), también para la derogación de precedentes, implica la emanación de una norma derogatoria y la consiguiente eliminación de otra(s) norma(s).

Sin embargo, la derogación expresa de precedentes mantiene una importante peculiaridad respecto a la derogación de normas legislativas, relevante para determinar el conjunto de precedentes constitucionales chilenos válidos; a saber: la necesidad de una «especial» justificación para derogar precedente.

En efecto, mientras que un órgano legislativo puede derogar expresamente una norma sin mayor necesidad de justificación, suele considerarse que son solo dos las razones que pueden llevar a la derogación expresa de un precedente (Bustamante, 2016, pp. 408 y ss.; Gascón, 2016, p. 246; Marinoni, 2013, pp. 247 y ss.; Moral Soriano, 2002, p. 148; Pin, 2017, p. 63). En primer lugar, que el precedente sea considerado desactualizado; es decir, que se determine que han cambiado bien las circunstancias fácticas, bien las valoraciones sociales, bien las condiciones institucionales³⁷. En segundo lugar, es posible que se considere que el precedente es antijurídico (Duxbury, 2008, p. 118; Pulido Ortiz, 2019,

37 La modificación, derogación o no aplicación de precedentes constitucionales por razones de corrección institucional no resultan extrañas en el derecho comparado. Este es el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (BVerfGe 39). Así, ante la necesidad de llevar a buen puerto el acuerdo de reunificación alemana y resolver la contradicción existente entre las regulaciones sobre el aborto —un modelo de indicaciones en la República Federal Alemana y un modelo de plazos en la República Democrática Alemana—, afrontar un problema que dividía a la sociedad alemana y hacerse cargo de la inacción deliberada de los operadores jurídicos en la antigua República Federal Alemana de perseguir este tipo de conductas, el Tribunal Constitucional alemán tuvo que tomar en consideración de manera latente cuestiones institucionales como el aseguramiento de un proceso de reunificación lo menos conflictivo posible o el cambio de las percepciones y actitudes sociojurídicas respecto al aborto. Véase en extenso Domingo (1993, pp. 274-281).

p. 76). No obstante, en cualquiera de los dos casos, es necesario que se lleve a cabo un especial esfuerzo justificativo o argumentativo³⁸.

Volvamos al caso chileno. Limitándonos a *tres causales*, el único precedente que se supone que podría haber sido derogado por alguno de los anteriores, no parece que se satisfaga ninguna de las condiciones mencionadas. En primer lugar, si la *ratio* sobre la que debería haber mayoría es una norma derogatoria, sobre aquella —debido al voto concurrente del ministro Hernández— no hay evidentemente mayoría de la mitad más uno de los votos. En segundo lugar, como bien muestra el voto concurrente del propio Hernández, la justificación no parece suficiente al no mencionar siquiera uno de los precedentes relevantes, *educación* (SCT Rol 3729-17, 28 de agosto de 2017, prevención 1-2)³⁹.

V.2. Derogación tácita

Una de las formas más frecuentes para derogar normas es, como se acaba de ver, la emanación de normas posteriores incompatibles. No obstante, como ya se ha anunciado, es necesario no confundir la competencia para establecer nuevos precedentes, eventualmente incompatibles, con la competencia para derogar precedentes anteriores.

Tal distinción es fundamental en este contexto porque si la emanación de un precedente posterior incompatible implicase la derogación del precedente posterior, entonces la norma que exige una especial justificación para la derogación de precedentes carecería de sentido. Si así estuvieran las cosas, bastaría con emanar posteriormente un precedente incompatible para derogar el previo.

En efecto, mientras que se considera que el legislador no tiene obligación de justificar la emanación de normas, se presupone lo contrario en el caso de los órganos jurisdiccionales. De este modo, no es únicamente necesario justificar la emanación de precedentes, sino también —y de manera independiente— argumentar la razón por la cual un precedente debe ser eliminado. Además de una determinada forma de entender la separación de poderes como equilibrio de poderes⁴⁰, lo que está en juego es la seguridad jurídica. Solo si los órganos jurisdiccionales han de justificar expresamente el cambio de doctrina, y no pueden ir

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

38 Cuando se ha realizado tal esfuerzo argumentativo es algo difícil de determinar por la vaguedad de la noción. No obstante, lo que parece es que hay casos claros tanto de suficiente argumentación como de insuficiente argumentación (Duxbury, 2008, p. 117; Pulido Ortiz, 2019, p. 76).

39 No obstante, como ya sabemos, ello no implica que *tres causales* no tenga una *ratio* sobre la que sí exista mayoría.

40 La posibilidad misma de que existan precedentes jurisdiccionales parece presuponer que no haya una separación estricta de competencias, sino más bien poderes con competencias en algunos puntos similares. Ahora bien, para conservar de algún modo la separación de funciones, desde este punto de vista se impide que los tribunales puedan emanar normas libremente y sin justificación alguna (Guastini, 2016, pp. 297 y ss.).

zigzagueando de caso en caso⁴¹ sin más necesidad que la de justificar la solución del caso actual, se puede mantener algún grado razonable de previsibilidad.

Nótese que si efectivamente así están las cosas, entonces la emanación de precedentes incompatibles no implica la derogación de precedentes, salvo en el caso de los precedentes verticales. En efecto, podría darse el caso de que un órgano inferior vea derogado un precedente por otro precedente posterior de un órgano superior. Ahora bien, en este caso, la derogación no se produciría por el hecho de tratarse de un precedente posterior, sino, además, por ser este también superior⁴². Es decir que ambas propiedades —posterioridad y jerarquía— resultan necesarias para que se produzca el efecto derogatorio.

De vuelta al contexto chileno, no parece plausible afirmar que *tres causales* derogue a *pildora*. Ello se debe a que se considera que la derogación de precedentes por norma posterior debe verse acompañada siempre de una derogación expresa, cosa que no se produce en este caso por ausencia de mayoría sobre una norma derogatoria.

V.3. Por *desuetudo*

Como es bien sabido, la *desuetudo* es aquella forma en la que Kelsen (2005) consideraba que podían perder validez las normas jurídicas por falta de eficacia; es decir, que la «norma [no] sea aplicada por órganos jurídicos y, en especial, por los tribunales [...] sino también el hecho de que esa norma sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico» (pp. 25 y 224). Se trata de una norma negativa de origen consuetudinario que viene a derogar o eliminar la norma que ha perdido su eficacia.

Aquí no es posible entrar en todos los pormenores de la *desuetudo* como pérdida de validez de la norma, y es suficiente con mencionar que la *ratio decidendi*⁴³ de un precedente puede dejar de ser tal si no es considerada como una razón relevante pese a ser aplicable. Parece, en este sentido, poco plausible afirmar que un precedente —pongamos un ejemplo extremo— ignorado por más de cien años sea aún válido.

Son dos los problemas relevantes que afronta la derogación por *desuetudo* con relación a los precedentes.

41 Por ejemplo, el comportamiento de la Corte Suprema de Chile en materia administrativa ha sido cualquier cosa menos constante (Vergara Blanco, 2021).

42 Es preciso señalar que no existen relaciones de jerarquía entre órganos jurisdiccionales, sino únicamente entre las normas que emanan (Guastini, 2014, p. 175; Núñez Vaquero, 2020a).

43 Es preciso tener en cuenta que, si se admite que un precedente puede tener varias *rationes* expresadas en diferentes partes de la decisión, sería necesario preguntarse bajo qué condiciones lo que se deroga es solo una de las *rationes* y cuándo el precedente completo.

V.3.1. Eficacia

El primero de ellos es que «eficacia» es un término ambiguo que puede denotar tres cosas diferentes: en primer lugar, «eficacia» puede significar aplicación judicial o de otros órganos jurisdiccionales; en segundo lugar, puede querer decir seguimiento por parte de los ciudadanos; y, en tercer lugar, «eficacia» puede significar que mediante la norma se consigue alcanzar los propósitos que se perseguían con su emanación⁴⁴. Aquí son relevantes únicamente los dos primeros sentidos.

Ahora bien, el término «aplicación», con relación al primero de los sentidos, también resulta ambiguo, pudiendo querer decir dos cosas diferentes. Piénsese, por ejemplo, en una norma que fuera empleada como premisa mayor de un razonamiento deductivo (en la justificación interna o en la externa) de una decisión jurisdiccional, pero que la conclusión de dicho razonamiento fuese rechazada. Tal podría ser el caso, por ejemplo, si se produjese una antinomia o porque se considerase que hay razones concurrentes para rechazar la conclusión⁴⁵.

Expresado en términos de razones para la acción, se podría decir que la *ratio* de un precedente puede contar como razón, pero no ser una razón definitiva, y ser derrotada por otras consideraciones. Ahora bien, el problema es si es suficiente que un precedente cuente como una razón para la acción para ser eficaz, o si es necesario aceptar las consecuencias que se siguen de usarlo como premisa mayor de un razonamiento deductivo. La cuestión no es baladí porque es posible que una *ratio decidendi* regule el caso y sea empleada en la justificación de la decisión, pero siempre sea rechazada la conclusión que se seguiría de su aplicación.

V.3.2. Gradualidad

El segundo problema respecto a la *desuetudo* es que se trata de un juicio gradual en dos sentidos diferentes. El primero de ellos es que no se sabe cuántos jueces, órganos del Estado y/o ciudadanos deben no emplear la norma para concluir que aquella ha perdido eficacia. El segundo es que no se sabe durante cuánto tiempo una norma ha de dejar de ser aplicada —siempre, claro está, que sea aplicable— para que se pueda afirmar que la norma ha caído en *desuetudo*.

Volvamos al caso chileno. De los cuatro precedentes que hemos tomado en consideración en este trabajo, solo dos parecen haber caído en *desuetudo*. El primero de ellos es *educación* y el segundo, contra lo que pudiera parecer, es *píldora*. Analicemos cada uno por separado.

44 Con carácter general, véase Hierro (2003) y Navarro (1990).

45 Esto es sumamente frecuente: se emplea un precedente para realizar un razonamiento, pero se rechazan, expresa o implícitamente, las consecuencias que se seguirían de su aplicación. Se dan también casos, por supuesto, en que el precedente es nombrado, pero no es empleado para llevar a cabo ningún razonamiento. No obstante, en este último caso no tendría mucho sentido hablar de aplicación. Para una taxonomía de los usos de sentencias pasadas, véase Vío Vargas (2021).

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

- *Educación*. En primer lugar, el voto concurrente del ministro Hernández en *tres causales* señala expresamente que el voto de mayoría de tal precedente no se hace cargo, precisamente, del precedente *educación*. Desde luego, la total ausencia de referencia es ya un síntoma de que este precedente ha caído en *desuetudo*, aunque todavía no puede ser considerado como un dato definitivo.

Sin embargo, esta forma de mirar a la eficacia relevante para determinar la *desuetudo* sería reductiva en la medida en que estaría mirando solo a las decisiones del TC. Bien visto, *educación* tiene un alto grado de eficacia, aunque no entendida como aplicación efectiva de los tribunales, sino como seguimiento por parte de los ciudadanos y, sobre todo, de la Administración. En efecto, incluso los programas de Ciencias Naturales de séptimo básico y de segundo medio del Ministerio de Educación de Chile (2016a, p. 272; 2016b, p. 131) prevén expresamente la explicación a las y los estudiantes del levonorgestrel micronizado —el principio activo de la píldora del día después— como método anticonceptivo de emergencia. Si se acepta la idea kelseniana de que los actos de creación normativa implican —salvo aquellos aplicables por los órganos encargados de la aplicación coactiva— la aplicación de normas previas, incluidas las normas de competencia que limitan materialmente los actos que pueden ser llevados a cabo, entonces parece claro que el Ministerio de Educación chileno aplicó el precedente *educación*.

- *Píldora*. Pero, si así están las cosas, en segundo lugar, entonces, podría ser *píldora* el precedente que ha caído en desuso. Desde luego, el hecho de que el TC haya aplicado *píldora* en *tres causales* constituye un buen indicio para pensar que aquel no ha caído en *desuetudo*. No obstante, es preciso subrayar que aquel, aunque aplicado en un sentido amplio, no está siendo empleado como premisa necesaria de la conclusión ni del voto de mayoría, ni tampoco del voto concurrente del ministro Hernández. Es decir, no ha tenido aplicación judicial en el sentido de que se hayan aceptado las conclusiones que se seguirían de su aplicación en un razonamiento deductivo.

Pero la ineficacia de *píldora* es mucho más acusada si miramos más allá de *tres causales* y más allá del TC chileno. De hecho, *píldora* parece haber sido sistemáticamente ignorada por todo el mundo, incluido, paradójicamente, el propio TC chileno.

En primer lugar, tras *píldora* se aprobó la Ley N° 20.418, que «Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad», la cual no solo contempla la

distribución de anticonceptivos de emergencia, sino que, incluso, permite que su uso forme parte de los programas de educación sexual en las instituciones educacionales de enseñanza media. Es decir, el Parlamento ignoró por completo *píldora*.

En segundo lugar, también resulta significativo que ningún grupo de diputados o senadores plantease un requerimiento de inconstitucionalidad sobre este punto como, por el contrario, sí hicieron en el caso del Decreto Supremo sobre regulación de la fertilidad que conoció *píldora*. En tal caso, el TC tendría que haberse planteado mantener o anular sus precedentes sobre el estatus constitucional del *nasciturus*⁴⁶.

Pero, en tercer lugar, tampoco el TC anuló, precisó o mantuvo los precedentes establecidos en *píldora* cuando tuvo la oportunidad en la sentencia que creó el precedente *educación*. En efecto, en tal ocasión se planteó la (in)constitucionalidad del artículo 1, inciso 4, de la Ley N° 20.418, que dispone el deber de incluir dentro del ciclo de enseñanza media un programa de educación sexual que establezca que, según los principios y valores del centro de educación, se «informe de manera completa sobre los diversos medios anticonceptivos existentes y autorizados». El TC, teniendo la competencia para pronunciarse, hizo «mutis por el foro», sin mencionar el tema ni tomar en consideración su propio precedente sobre la interpretación del artículo 19.2, inciso 2, de la CPR, desarrollada en *píldora*⁴⁷.

Esta omisión resulta más significativa, si cabe, si se tiene en cuenta que el voto contrario del ministro Fernández señala expresamente esta ausencia de coherencia por parte del voto de mayoría (STC Rol-1.588-CPR, considerando 6). Esto es, todos los ministros del Tribunal tuvieron previamente conocimiento de esta situación a la hora de redactar el fallo de mayoría⁴⁸.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

46 Sobre las consideraciones de orden político-partidista que llevaron, por una parte, a que varios diputados y senadores de los partidos de derecha votaran a favor de la citada ley y, por otra, a que tampoco presentaran un requerimiento de inconstitucionalidad de la ley por parte de estos, véase en extenso Muñoz (2014, pp. 157-172). Para una explicación de los motivos que pueden provocar un *overruling*, véase Sprigs y Hansford (2001).

47 Recordemos: en la sentencia *píldora*, el Tribunal Constitucional había declarado inconstitucional la regulación y distribución de anticonceptivos de emergencia; es decir, uno de los métodos anticonceptivos expresamente autorizados por la citada ley. En la sentencia *educación*, sencillamente guarda silencio.

48 La única explicación posible de lo que podríamos calificar como omisión dolosa a la hora de fundamentar la anulación o la modificación de un precedente solo puede ser de corte político institucional. En el mismo sentido, véase Muñoz (2014, pp. 257-172). Así, la promulgación de la Ley N° 20.418, junto a la ausencia de un requerimiento de inconstitucionalidad planteado por parte de los diputados y senadores de la República, y de la aceptación por parte de la mayoría de la ciudadanía chilena de la distribución de anticonceptivos de emergencia, pueden explicar por qué el Tribunal Constitucional no mencionó la sentencia *píldora* a la hora de realizar el control previo y obligatorio de constitucionalidad de la ley citada.

Por tanto, si bien ninguno de estos precedentes ha caído de manera definitiva en desuso, es *píldora* y no *educación* el precedente que parece encaminarse hacia el cementerio de los precedentes. En efecto, basta una sencilla prueba para darse cuenta de que *píldora* es un precedente que, si aún no ha caído completamente en *desuetudo*, es —del universo de sentencias analizado— el candidato idóneo a hacerlo: resulta posible adquirir levonorgestrel micronizado en cualquier farmacia chilena, no siendo necesario presentar una receta médica.

V.4. Por derogación de legislación base

Esta última forma de derogación consiste en eliminar el texto normativo que servía de fundamento textual al precedente. Hay dos formas posibles de derogación de precedentes de este tipo.

V.4.1. Precedentes interpretativos en sentido estricto

La primera de ellas se refiere exclusivamente a los precedentes interpretativos; es decir, aquellos que vienen a fijar la interpretación válida de un determinado texto normativo. En este caso, la norma —la *ratio decidendi* del precedente— que establece la interpretación de un texto normativo derogado también parece derogada, debido a que el único contenido de tal norma es fijar la interpretación de un texto normativo ya derogado.

Es preciso señalar que esta forma de derogación produce indeterminación. En efecto, es posible que, frente a la sustitución de un texto por otro, el intérprete considere que se trata de textos sinónimos y, por tanto, su precedente siga siendo válido. Así, el hecho de que se haya producido o no una derogación se vuelve objeto de controversia interpretativa en sentido estricto. De hecho, los tribunales chilenos ya han operado en más de una ocasión de esta forma⁴⁹.

V.4.2. Precedentes-construcción

La segunda de ellas, si bien también se debe a la eliminación de un texto normativo que servía de base para el precedente, no es en estricto rigor derogación de precedente interpretativo. Estos casos se producen cuando el precedente venía a colmar algún tipo de laguna producto de una determinada interpretación de un texto de origen legislativo; es decir, mediante construcción jurídica. Eliminado el texto cuya interpretación generaba una laguna, podría argumentarse que el precedente —la *ratio decidendi*— quedaría derogado con la eliminación del texto que le sirve de base.

⁴⁹ En Chile se ha producido un debate acerca de si el artículo 449 bis del CP había o no derogado artículo 456 bis N° 3 del mismo Código, relativo al agravante de actuación por una multiplicidad de malhechores. Lo que consideraron varios tribunales es que ambas disposiciones resultaban, al menos parcialmente, sinónimas. Véase un estudio jurisprudencial en Bascuñán (2019, pp. 198-199).

Pero también esta segunda forma de derogar precedentes interpretativos por derogación de la legislación base produce indeterminación. Ello se debe a que si, en efecto, la *ratio* del precedente ha sido producto de la construcción jurídica⁵⁰, entonces en realidad no se ve cómo le afectaría la derogación del texto normativo. Si las *rationes* de los precedentes (o cualquier otra norma) son producto de la construcción jurídica, ello quiere decir que no dependen de ningún texto normativo. Ahora bien, el problema es que en muchas ocasiones los precedentes constructivos se fundamentan precisamente en normas que sí son producto de la interpretación de algún texto normativo. De esta manera, habrá que determinar si en la justificación de la norma producto de la construcción hay alguna norma explícita que efectivamente haya sido derogada. Pero esto es cualquier cosa menos sencillo de establecer.

Regresemos al caso chileno. No parece ser esto lo que sucede con los precedentes *píldora* y *educación* debido a que en ambos casos se trata, por un lado, de textos jurídicos diferentes y, por el otro, no se ha producido cambio normativo alguno en relación con sus respectivos textos normativos. Tampoco *tres causales* presupone una derogación de texto normativo alguno, ni parece verse afectada por ninguna derogación legislativa.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

VI. APLICABILIDAD DE PRECEDENTES

Una de las posibles conclusiones en relación a la situación chilena es que las cuatro decisiones objeto de análisis son precedentes, no habiendo sido derogado ninguno de ellos. La situación chilena, debido a la indeterminación acerca de las normas sobre la dinámica de precedentes en nuestros ordenamientos, está lejos de constituir una excepción, sino que parece más bien la regla: es sumamente frecuente encontrar en nuestros ordenamientos precedentes incompatibles válidos.

¿En qué situación, por tanto, nos encontramos cuando tenemos varios precedentes aplicables válidos, pero incompatibles? Frente a la presencia de precedentes incompatibles es necesario preguntarse cuál de ellos ha de prevalecer. Aquí son posibles dos respuestas.

La primera consiste en afirmar que los precedentes incompatibles se anulan entre sí, resultando todos ellos irrelevantes (Cross & Harris, 2012, p. 173; Orozco Muñoz, 2011, p. 211). En este sentido, en el caso chileno, el TC tendría discrecionalidad para decidir cuál de los precedentes seguir o, directamente, no seguir ninguno. Ahora bien, esta

50 No resulta en absoluto sencillo distinguir entre normas producto de la interpretación jurídica en sentido estricto y normas producto de la construcción jurídica. No obstante, en la medida en que existen casos tanto de unas como de otras (una interpretación literal y una jerarquía axiológica, por poner un ejemplo de cada uno), me parece conveniente conservar la distinción, aunque extensionalmente sea complicado calificar algunos casos. Véase Guastini (2015).

opción, aunque no del todo injustificada⁵¹, pareciera arrojar al niño con el agua sucia, descartando indistintamente todas las decisiones previas incompatibles. En efecto, no parece ser muy razonable afirmar que del hecho de que dos precedentes mantengan una relación de especialidad entre sí, o que sean precedentes sucesivos, se siga inmediatamente la irrelevancia de aquellos.

La segunda de ellas es considerar que para resolver las antinomias entre precedentes podemos o debemos recurrir a las normas sobre antinomias en general (Summers & McCormick, 2017, pp. 59, 98, 287, 311, 345, 400 y apéndice); es decir, a los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad⁵². Ahora bien, es preciso volver a subrayar que la aplicación de dichos criterios de ningún modo implica la derogación de ninguno de los precedentes.

VI.1. Temporalidad

Lo primero que resulta necesario subrayar es que resulta discutible que el principio de temporalidad rija para establecer qué precedente es aplicable cuando aquellos chocan, al menos por dos razones. La primera razón es que si efectivamente rigiese el principio de «precedente posterior» entonces, de nuevo, las normas que exigen un especial esfuerzo argumentativo para la derogación de precedentes no tendrían mucho sentido. En efecto, para deshacerse de un precedente, convirtiéndolo en no aplicable, pero con un efecto similar a la derogación, bastaría con que un tribunal simplemente decidiese emanar otro precedente de manera posterior, evitando así la carga argumentativa necesaria para la derogación del anterior precedente.

La segunda razón es que la regla del *stare decisis* (el caso paradigmático o central de regla del precedente) vendría a dar preferencia a las decisiones pasadas. En efecto, si el objetivo más inmediato de los sistemas de precedentes consiste en que los casos más recientes se resuelvan del mismo modo que los anteriores, emplear el principio de temporalidad para la resolución de antinomias entre precedentes no derogados parece frustrar al menos este objetivo inmediato.

51 No se trata de una decisión injustificada en la medida en que de una contradicción entre normas se sigue cualquier consecuencia. No obstante, como ha mostrado Rodríguez (2020, p. 370), es dudoso que en los ordenamientos jurídicos los efectos de una contradicción se expandan a todo el ordenamiento, limitándose solo horizontalmente. Véase también Orozco Muñoz (2011, p. 201).

52 Debido a que aquí hemos limitado el análisis a los precedentes del TC chileno, omitiremos el estudio del criterio de jerarquía que, no obstante, mantiene algunas especialidades cuando es aplicado al contexto de los precedentes. En efecto, en muchas ocasiones la aplicabilidad de este criterio puede resultar dudosa debido a que no existen, en rigor, relaciones jerárquicas entre los tribunales porque se aplica a órganos que no mantienen relaciones orgánicas. Además, puede darse el caso de que este criterio resulte aplicable, como cuando nos referimos a las relaciones que mantienen las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con los tribunales nacionales de cada Estado.

Sin embargo, y pese a que se declare con cierta frecuencia que este es el objetivo de los sistemas de precedentes, aquello que sucede en la práctica jurisdiccional del *civil law* (Moral Soriano, 2002, p. 145; Orozco Muñoz, 2011, p. 211) es precisamente que se atribuye prevalencia en la aplicación de los precedentes más recientes. Si esto constituye una violación de las normas que rigen la aplicabilidad de los precedentes, o la auténtica norma que gobierna aquellos, es algo que no es fácil de determinar y que no podemos hacer en este trabajo. Lo que, no obstante, si sería claro es que, en tal caso, sería *tres causales* el precedente aplicable⁵³.

VI.2. Especialidad

Tampoco el principio de especialidad resulta fácilmente aplicable en el ámbito de los precedentes, aunque en esta ocasión por razones de carácter general. Ello se debe a que, bajo el paraguas del principio de especialidad, se establece una importante heterogeneidad de tipos de relaciones entre normas, ya que la relación de especialidad puede darse tanto entre los supuestos de hecho de las normas, sus destinatarios y sus consecuencias jurídicas, como entre los operadores deónticos⁵⁴. Ello puede determinar precisamente que una norma N_1 sea especial respecto de otra norma N_2 con relación a sus antecedentes, pero que N_2 sea especial respecto a N_1 en consideración a su consecuencia jurídica.

En nuestro caso, no obstante, pareciera que la relación de especialidad se produce al menos en lo relativo a *píldora* con *tres causales*. En efecto, al tratarse de un único método para la interrupción voluntaria del embarazo, *píldora* parecería especial respecto a *tres causales*, que no prevé ningún método específico. En este sentido, tendría prevalencia en la aplicación *píldora*, pero solo para los casos en los que se tratase del uso de levonorgestrel micronizado, siendo prevalentemente aplicable *tres causales* para el resto de los casos.

VI.3. Temporalidad y especialidad

Ahora bien, el problema principal es que entre estos dos mismos precedentes, *píldora* y *tres causales*, subsiste también una relación de temporalidad que complica un poco todavía más las cosas. Surgen, en este sentido, dos problemas.

El primer problema consiste en que, como ya hemos visto, es discutible si el principio de temporalidad da prevalencia, en el ámbito de los precedentes, a aquellos más antiguos o a los más nuevos: si es el primer caso, precedente posterior, entonces el precedente aplicable será *píldora*;

53 No obstante, la aplicación del criterio de temporalidad abre una serie de problemas acerca de cuándo se considera que un precedente forma parte del ordenamiento. Sobre el problema de la publicación de precedentes, véase Núñez Vaquero (2020b).

54 Sobre las relaciones de especialidad entre normas, véase Zorsetto (2011, 2013).

si es el segundo caso, precedente anterior, entonces será aplicable *tres causales*. Nuevamente, el problema es que no está claro si rige *lex praevia* o *lex posterior*.

El segundo problema consiste en que, si lo que rige las antinomias entre precedente es el principio de precedente posterior, entonces la aplicación de los principios de temporalidad y especialidad conducen a resultados diferentes en este caso: según especialidad sería aplicable *píldora*; mientras que, si prevalece temporalidad, el precedente aplicable sería *tres causales*. El problema, no limitado al caso de los precedentes constitucionales chilenos, es que no existe una solución general acerca de cuál de estos dos criterios debe ser aplicado preferentemente.

VII. CONCLUSIONES

En el presente trabajo hemos analizado la jurisprudencia del TC chileno sobre el *nasciturus* con el objetivo de comprender mejor el fenómeno de la sucesión de precedentes en el tiempo. Para ello, hemos comenzado presentando las diferentes decisiones que ha ido adoptando el TC sobre la materia, así como la forma en la que íbamos a entender los términos clave de la discusión: precedente, *ratio decidendi* y regla del precedente.

Antes de analizar las condiciones para la creación y eliminación de precedentes, hemos visto que estas, junto a la de no aplicar un precedente, son competencias que no están conectadas lógicamente. De esta manera, aunque es posible que las tres sean atribuidas a un mismo órgano, se trata de algo completamente contingente.

En relación a la noción *ratio decidendi*, hemos reconstruido dos conceptos de *ratio decidendi* dependiendo de si nos fijamos en las condiciones para que una norma sea *ratio decidendi* (concepto normativo) o en la consecuencia que se sigue de ello (concepto estructural); esto es, que sea relevante para la decisión del caso posterior. No obstante, a su vez, hay varias concepciones de la *ratio* estructural, lo que afecta a cómo han de ser entendidos los requisitos que ha de cumplir una decisión jurisdiccional para ser considerada como precedente. En efecto, hemos visto dos condiciones de existencia de precedentes —necesidad de que la *ratio* del caso innove el ordenamiento y que exista una mayoría de los miembros del tribunal sobre aquella— para las que resulta determinante qué concepción de la *ratio* se escoja. Ello resulta decisivo en el caso de la doctrina del TC chileno porque, dependiendo de tal elección, algunas sentencias serán o no consideradas como precedentes.

A continuación, hemos visto cuatro formas en las que se pueden derogar los precedentes. En este contexto, hemos concluido que, si realmente existe en nuestros ordenamientos la norma según la cual es necesario realizar un especial esfuerzo argumentativo para eliminar un precedente

del ordenamiento, entonces no podemos considerar que la emanación de precedentes posteriores incompatibles implique o presuponga la derogación de ningún precedente. Además, hemos visto los problemas que aborda la derogación de precedentes por *desuetudo* y por derogación del texto base para los precedentes interpretativos.

Como resultado de lo anterior, se ha concluido que en nuestros ordenamientos —y el caso del TC chileno constituiría un ejemplo magnífico— es muy frecuente que existan varios precedentes válidos, en principio aplicables, pero incompatibles. Ante la necesidad de saber cuál de ellos resulta aplicable, hemos analizado la aplicabilidad de los criterios de resolución de antinomias, mostrando cómo aquellos —y de nuevo el caso chileno constituye un buen ejemplo— pueden resultar problemáticos por ser más de uno aplicable y por la falta de claridad de su contenido. En tal sentido, resulta problemático incluso que el principio de temporalidad sea aplicable porque puede constituir una forma de vaciar de contenido la norma que exige una especial justificación para eliminar precedentes y, además, puede frustrar el objetivo más evidente e inmediato, aunque no el único (Marinoni, 2013, cap. II), de los sistemas de precedentes: aumentar la seguridad jurídica.

REFERENCIAS

- Aguiló, J. (1995). *Sobre la derogación*. México: Fontamara.
- Aguiló, J., (2015). Fuentes del derecho. En J. Fabra y A. Núñez Vaquero (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (vol. I, pp. 1019-1066). México: UNAM.
- Arriagada Cáceres, M. B. (2021). Las dos caras del precedente vinculante. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente en Chile y Latinoamérica* [en prensa]. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bascuñán, A. (2019). La formación de *lex tertia*: una defensa diferenciada. *Polít. Crim.*, 14(27), 173-201. <http://politycrim.com/wp-content/uploads/2019/06/Vol14N27A6.pdf>
- Bustamante, T. (2020). *Teoría del precedente judicial*. Lima: Ediciones Legales.
- Chiassoni, P. (2012). ¿Los precedentes civiles son vinculantes? Consideraciones sobre el artículo 360-bis c.p.c. En *Desencantos para abogados realistas* (pp. 211-266). Bogotá: Universidad del Externado.
- Corral, H. (2017). El estatus del embrión humano en la sentencia sobre aborto del Tribunal Constitucional. *Diario Constitucional*. <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-estatus-del-embrión-humano-en-la-sentencia-sobre-aborto-del-tribunal-constitucional/>
- Cross, R., & Harris, J. W. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid: Marcial Pons.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

Domingo, R. (1994). El aborto y el Tribunal Constitucional Alemán. Observaciones sobre la sentencia de 28 de mayo de 1993. *Revista Chilena de Derecho*, 21(2).

Duxbury, N. (2008). *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511818684>

Fernández, J. A., & Zúñiga, Y. (2020). ¿Resulta inconstitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), 177-206. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.06>

Garay, A. (2013). *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Garay, A. (2021). La Corte Suprema argentina y el uso de sus precedentes. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 111-152). Valencia: Tirant lo Blanch.

García Yzaguirre, V. (2020). Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual. *Doxa*, (43), 427-456. <https://doi.org/10.14198/doxa2020.43.16>

Gascón, M. (1996). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos.

Gonçalves, R. (2020) La regla del precedente en el sistema de justicia civil brasileño. Un modelo *sui generis*. En M. Gascón y A. Núñez Vaquero (coords.), *La construcción del precedente en el civil law* (pp. 137-162). Barcelona: Atelier.

Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Madrid: CEPC.

Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 11-48. <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>

Guastini, R. (2016). *Fuentes del derecho*. Lima: Raguel.

Guastini, R. (2017). *La sintaxis del derecho*. Madrid: Marcial Pons.

Guastini, R. (2018). *Filosofía del derecho positivo*. Lima: Palestra.

Hierro, L. (2003). *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona: Ariel.

Iturralde, V. (2013). Precedente judicial. *Eunomía*, (4), 194-201.

Iturralde, V. (2015). El precedente como fuente de interpretación. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante (eds.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 231-261). Bogotá: Universidad del Externado. <https://doi.org/10.2307/j.ctv13qfwm3.10>

Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. México D. F.: Porrúa.

Kelsen, H. (2017) *¿Se convertirá la sentencia del Juicio de Núeremberg en un precedente para el derecho internacional?* Bogotá: Universidad del Externado.

Lamond, G. (2005). Do precedents create rules? *Legal Theory*, 11(1), 1-26. <https://doi.org/10.1017/s1352325205050019>

Legarre, S. (2016). *Obligatoriedad atenuada de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*. Buenos Aires: Rodolfo Depalma.

Marinoni, L. G. (2013). *Precedentes obligatorios*. Lima: Palestra.

Marinoni, L. G. (2016). El precedente interpretativo como respuesta a la transformación del civil law. En J. Ferrer y C. Vázquez (eds.), *Debatiendo con Taruffo* (pp. 133-155). Madrid: Marcial Pons.

Martínez, J., & Covarrubias, I. (2018). La ley 'protege' la vida del que está por nacer. ¿En qué situación ha quedado el concebido, pero no nacido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional? En L. Casas y G. M. Vargas (eds.), *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N°1 de la Constitución Política* (pp. 105-116). Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

Ministerio de Educación de Chile. (2016a). *Ciencias Naturales, Programa de estudio, Séptimo Básico*. Santiago de Chile: Unidad de Currículum y Evaluación del Ministerio de Educación de Chile. https://curriculumnacional.mineduc.cl/614/articles-20720_programa.pdf

Ministerio de Educación de Chile. (2016b). *Ciencias Naturales, Programa de Estudio, Segundo Medio*, Santiago de Chile: Unidad de Currículum y Evaluación del Ministerio de Educación de Chile. https://curriculumnacional.mineduc.cl/614/articles-20720_programa.pdf

Moral, L. (2002). *El precedente judicial*. Madrid: Marcial Pons.

Moreso, J. J. (2010). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. *Arbor*, CLXXXVI(745), 821-832. <https://doi.org/10.3989/arbor.2010.745n1233>

Moreso, J. J., & Navarro, P. (1996). Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Isonomía*, (5), 119-139.

Muñoz, F. (2014). Morning after Decisions: Legal Mobilization against Emergency Contraception in Chile. *Michigan Journal of Gender and Law*, 21, 123-175.

Navarro, P. (1990). *La eficacia del derecho*. Madrid: CEPC.

Núñez Vaquero, A. (2016). Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis. *Doxa*, (39), 127-156. <https://doi.org/10.14198/doxa2016.39.08>

Núñez Vaquero, A. (2018). Precedente en materia de hechos. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 31(1), 51-78. <https://doi.org/10.4067/s0718-09502018000100051>

Núñez Vaquero, A. (2020a). ¿Violan los precedentes la IJI? Desencuentros desde la incompreensión. *Derecho PUCP*, (84), 303-336. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.010>

Núñez Vaquero, A. (2020b). Algunos problemas abiertos sobre la publicación de precedente. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (43), 104-129. <https://doi.org/10.7203/CEFD.43.17793>

Núñez Vaquero, A. (2021). ¿Son obligatorios los precedentes? En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 329-360). Valencia: Tirant lo Blanch.

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

Núñez Vaquero, A., & Arriagada Cáceres, M. B. (2021). ¿Es la aplicación del precedente una condición necesaria de su existencia? Un examen desde la teoría analítica del derecho. *Ius et Praxis*, 1(43).

Núñez Vaquero, A., & Fernández Cruz, J. A. (2021). Precedentes, interpretación constitucional, derechos subjetivos y aborto. Algunos comentarios a partir de un texto de Martínez y Covarrubias. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres, e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 81-110). Valencia: Tirant lo Blanch.

Orozco Muñoz, M. (2011). *La creación judicial del derecho y el precedente judicial*. Madrid: Aranzadi.

Passanante, L. (2018). *Il precedente impossibile*. Torino: Giappichelli.

Pin, A. (2017). *Precedente y mutamento giurisprudenziale*. Pavia: Cedam.

Pulido Ortiz, F. (2019). *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*. Bogotá: Universidad de la Sabana. <https://doi.org/10.5294/978-958-12-0453-3>

Rodríguez, J. L. (2020) *Teoría analítica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons [manuscrito inédito].

Romero Seguel, A. (2012). La sentencia como medio de prueba. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 251-276. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372012000200002>

Sauca Cano, J. M. (2001). *Cuestiones lógicas en la derogación de las normas*. México: Fontamara.

Sarrabayrouse, E., Gorsd, P., & López, S. (2021). Auge y ocaso de los fallos plenarios en materia penal. Un trabajo sobre la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 153-182). Valencia: Tirant lo Blanch.

Sprigs, O. F., & Hansford, T. G. (2001). Explaining the Overruling of U.S. Supreme Court Precedent. *The Journal of Politics*, 63(4), 1091-1111. <https://doi.org/10.1111/0022-3816.00102>

Summers, R., & MacCormick, N. (2017). *Interpreting Precedents*. Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315251905>

Vío Vargas, J. (2020). La práctica de citar sentencias pasadas como modelo de precedentes en Chile. En A. Núñez Vaquero, M. B. Arriagada Cáceres e I. Hunter Ampuero (eds.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 275-298). Valencia, Tirant lo Blanch.

Zorzetto, S. (2011). *La norma speciale*. Pisa: ETS.

Zorzetto, S. (2013). La redundancia lingüística y las normas especiales. Algunos usos del principio *lex specialis*. *Doxa*, (36), 387-415. <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.16>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Constitución Política de la República de Chile.

Control preventivo de constitucionalidad, Proyecto de ley «sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad» (Rol 1.588-10-CPR) (Tribunal Constitucional [Chile], 14 de enero de 2010).

Decreto Supremo N° 1.150, *Diario Oficial*, 24 de octubre de 1980.

Ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, *Diario Oficial* (10 de marzo de 1990).

Ley N° 20.418 que «Fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad», *Diario Oficial* (28 de enero de 2010).

Requerimiento de inconstitucionalidad, Proyecto de ley «sobre trasplantes de órganos» (Rol 220-95) (Tribunal Constitucional [Chile], 13 de agosto de 1995).

Requerimiento de inconstitucionalidad, Ley N° 21.030 de 23 de septiembre de 2017 que «Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales» (Rol 3729-17-CPT) (Tribunal Constitucional [Chile], 28 de agosto de 2017).

Requerimiento de inconstitucionalidad, Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, que aprueba las «Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad» (Rol 740-2007-CDS) (Tribunal Constitucional [Chile], 18 de abril de 2008).

Recibido: 14/06/2020
Aprobado: 19/01/2021

321

CREACIÓN,
DEROGACIÓN Y
APLICABILIDAD
DE PRECEDENTES:
A PROPÓSITO DE
LOS PRECEDENTES
CONSTITUCIONALES
CHILENOS SOBRE EL
NASCITURUS

CREATION,
ABROGATION
AND APPLICATION
OF PRECEDENTS:
AN ANALYSIS
OF CHILEAN
CONSTITUTIONAL
PRECEDENTS
RELATED TO
UNBORN

ÁLVARO NÚÑEZ VAQUERO /
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ

Experiencias frente a la migración: buenas prácticas locales en ciudades sudamericanas

Migratory experiences: Good local practices in South American cities

MARÍA TERESA PALACIOS SANABRIA*

Universidad del Rosario (Colombia)

BEATRIZ LONDOÑO TORO**

Universidad del Rosario (Colombia)

NATHALIA HURTADO DÍAZ***

Universidad del Rosario (Colombia)

Resumen: Este artículo es el resultado de la investigación de dos proyectos liderados por la Universidad del Rosario, Colombia, y presenta aportes para la garantía de los derechos humanos de la población migrante. En primer lugar, desarrolla una aproximación a las características, actores y resultados de identificación del concepto de buenas prácticas en materia migratoria en Argentina, Colombia, Ecuador y Perú en el periodo 2014-2018; y despliega los elementos preliminares para la construcción de una tipología de buenas prácticas con enfoque de derechos humanos a través de la ilustración de las experiencias locales en el Cono Sur para ciudades capitales, fronteras e intermedias de los países seleccionados.

La metodología empleada fue inductiva-deductiva, promoviendo un diálogo permanente entre la teoría y la práctica. Los aportes centrales de esta investigación se concentran en la identificación de ciertas tendencias en ciudades capitales, donde se oscila entre acciones coyunturales y sostenibles que inciden en la integración de la población migrante a la sociedad de acogida. En las urbes fronterizas, se evidencian los mayores riesgos y las más amplias posibilidades de apoyo de parte de las entidades estatales, internacionales y organizaciones sociales; mientras que, en las ciudades intermedias, se avizoran las mayores oportunidades a través de la incorporación de enfoques locales que incluyen la garantía de los derechos.

Palabras clave: Migración, Sudamérica, buenas prácticas, experiencias locales, derechos humanos

* Profesora asociada de Carrera Académica y directora del Grupo de Investigación en Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia. Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en derechos humanos, magíster en Derecho Constitucional y doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla, España.
Código ORCID: 0000-0002-3266-7411. Correo electrónico maria.palacios@urosario.edu.co

** Profesora titular y emérita de la Universidad del Rosario. Investigadora sénior de Colciencias. Abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana (UPB); especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid; y doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España.
Código ORCID: 0000-0002-2634-0332. Correo electrónico Beatriz.londono@urosario.edu.co

*** Abogada e investigadora joven del Grupo de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.
Código ORCID: 0000-0002-9742-9027. Correo electrónico: nathalia.hurtado@urosario.edu.co

Abstract: This article is the result of the research from two projects led by the University of Rosario, Colombia, and presents contributions to the guarantee of the human rights of the migrant population. In the first place, it develops an approach to the characteristics, actors and results of the concept of good practices in migration matters in Argentina, Colombia, Ecuador and Peru in the 2014-2018 period; and unfolds the preliminary elements for the construction of a good practices typology with a human rights approach through the illustration of local experiences in the Southern Cone for capital, border and intermediate cities of the selected countries.

The methodology used was inductive-deductive, promoting a permanent dialogue between theory and practice. The central contributions of this research focus on the identification of certain trends in capital cities, where there is an oscillation between contingency and sustainable actions, which affects the integration of the migrant population to the host society. In border cities, the greatest risks and the widest possibilities of support from state and international entities and social organizations are evidenced; while, in intermediate cities, the greatest opportunities are envisaged through the incorporation of local approaches that include guarantee of rights.

Key words: Migration, South America, good practices, local experiences, human rights

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. AMÉRICA DEL SUR ANTE LA MIGRACIÓN VENEZOLANA: CIFRAS Y RESPUESTAS FRENTE UNA REALIDAD CRECIENTE Y EN TRANSICIÓN.- II.1. DATOS DE CONTEXTO PARA DIMENSIONAR LA MIGRACIÓN PROVENIENTE DE VENEZUELA.- II.2. REGULARIZACIÓN DE PERSONAS: RESPUESTAS DISPARES EN CUATRO ESTADOS SUDAMERICANOS.- III. ¿SON LAS RESPUESTAS ESTATALES UN ASUNTO DE BP? APORTES PARA UNA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL.- III.1. APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN Y UTILIDAD DE LAS BP.- III.2. ESFUERZOS PARA CLASIFICAR BP DE UTILIDAD PARA LA POBLACIÓN MIGRANTE.- III.2.1. SEGÚN LOS ACTORES QUE LIDERAN LAS BP.- III.2.2. SEGÚN EL ÁREA DE IMPACTO DE LA BP.- III.2.1.1. ESTADO COMO GARANTE DE DERECHOS: BP ESTATAL.- III.2.1.2. CONVERGENCIA DE ACTORES: BP DE LA SOCIEDAD CIVIL, AGENCIAS INTERNACIONALES E IGLESIAS.- III.2.2. SEGÚN EL ÁREA DE IMPACTO DE LA BP.- III.2.2.1. BP EN AYUDA DE EMERGENCIA: EL PRIMER CONTACTO CON LA POBLACIÓN MIGRANTE.- III.2.2.2. BP EN AYUDA HUMANITARIA: SATISFACCIÓN A NECESIDADES BÁSICAS.- III.2.2.3. BP PEDAGÓGICAS: RUTAS DE ATENCIÓN CLARAS Y SEGURAS.- III.2.2.4. ACCIONES DE ACOGIDA: BP DE ATENCIÓN HUMANITARIA QUE GARANTIZAN DERECHOS HUMANOS.- III.2.2.5. BP PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL CON GARANTÍA DE DERECHOS.- IV. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DEL ROL DE LAS CIUDADES SUDAMERICANAS FRENTE A LOS FLUJOS MIGRATORIOS PROVENIENTES DE VENEZUELA.- IV.1. LIMA: CIUDAD DE BP DE LA SOCIEDAD CIVIL Y AGENCIAS INTERNACIONALES.- IV.2. QUITO Y GUAYAQUIL: CIUDADES DE BP ESTATALES Y DE LA SOCIEDAD CIVIL.- IV.3. BUENOS AIRES: CIUDAD DE BP PEDAGÓGICAS Y DE INTEGRACIÓN.- V.

LAS CIUDADES DE COLOMBIA Y SU RESPUESTA FRENTE A LOS FLUJOS MIGRATORIOS: DOCUMENTACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS.- V.1. CÚCUTA: BUENAS PRÁCTICAS ESTATALES NORMATIVAS Y ADMINISTRATIVAS EN LA PRINCIPAL ZONA FRONTERIZA DE ACOGIDA.- V.2. PASTO: LA FRONTERA DE PASO DESDE Y HACIA SUDAMÉRICA.- V.3. BARRANQUILLA: CIUDAD DE ACOGIDA PARA MUJERES MIGRANTES Y RETORNADAS.- V.4. BOGOTÁ: CIUDAD RECEPTORA DE MIGRANTES.- V.5. TUNJA: RUTA DE CAMINANTES.- V.6. PEREIRA Y MEDELLÍN: EL ADN EMIGRANTE AHORA ES RECEPTOR.- VI. CONCLUSIONES Y PRINCIPALES HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN.

325

EXPERIENCIAS
FRENTE A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo es el resultado de los proyectos «Diagnóstico Regional de la Migración en Colombia con Enfoque en Derechos Humanos: 2014-2018»¹ y «Feminización de migración venezolana en Colombia: análisis regional con enfoque de derechos humanos 2014-2018»², que permitieron realizar un acercamiento a las experiencias locales sobre las respuestas estatales y de organizaciones sociales frente a las barreras en materia de acceso a derechos de la población migrante en Colombia.

En las investigaciones desarrolladas se ha encontrado un concepto central para la respuesta que se ha dado a la migración en los países de América del Sur: el de buenas prácticas (en adelante, BP), el cual, para efectos de este trabajo, supone el desarrollo de acciones coordinadas con enfoque en derechos humanos, adelantadas por las autoridades estatales, organizaciones internacionales o la sociedad civil, y susceptibles de ser replicadas, que son adaptables, pueden documentarse y buscan facilitar o promover el acceso a los derechos de los extranjeros.

El objetivo de este estudio se concentra en la reflexión sobre las características distintivas de las BP migratorias ejecutadas por actores sociales, estatales e internacionales en los países de Argentina, Perú, Ecuador y Colombia, entre 2014 y 2018, para aportar a la construcción de una propuesta de tipología y líneas de acción tendientes a la garantía de los derechos humanos de la población migrante que pueda desarrollarse en varios niveles y contemple el impacto, la sostenibilidad y la posibilidad de réplica en diversos escenarios migratorios.

Los Estados seleccionados obedecen a los siguientes criterios: el primero corresponde al número de migrantes reportados en las estadísticas internacionales y nacionales, que, para el caso de Colombia, Perú y Ecuador,

1 Este proyecto estuvo liderado por la Universidad del Rosario y vinculó, a través de la Red de Grupos y Centros de Investigación jurídica y sociojurídica, a veintiuna universidades, tales como la Universidad de Santander, la Universidad Santo Tomás, la Universidad de Nariño, la Universidad Simón Bolívar, la Universidad Libre de Barranquilla y la Universidad Surcolombiana, entre otras; y 43 profesores a nivel nacional. La financiación fue interna en el caso de cada universidad.

2 El proyecto fue financiado por la Universidad del Rosario y se contó con la participación de la Universidad Libre de Pereira, la Universidad de Santander y la Universidad Sergio Arboleda de Santa Marta.

evidencia que son los países con mayor número de migrantes venezolanos en su territorio durante el periodo seleccionado. Este aspecto permite examinar las acciones específicas que son adoptadas por distintos actores y aquellas que generan un mayor impacto en la población migrante por la dimensión de las mismas³.

El segundo criterio responde a que los países seleccionados han implementado diversas acciones desde la órbita estatal y social que, si bien aún comportan numerosos retos para universalizar la satisfacción de los derechos de los migrantes, merecen ser estudiadas y clasificadas para generar nuevos aprendizajes y oportunidades de mejora en los países de América Latina. El caso argentino, por ejemplo, resulta ilustrativo por tratarse de un Estado con tradicionales flujos migratorios y, en consecuencia, contar con marcos normativos desarrollados e integrales que dan respuesta a la movilidad humana y han sido modelo para los demás Estados.

Dentro de los Estados, se seleccionaron en primer lugar las ciudades capitales por ser aquellas que reciben mayores flujos migratorios, como es el caso de Bogotá en Colombia, Lima en Perú, Quito en Ecuador y Buenos Aires en Argentina. Por su parte, se consideró relevante examinar las BP en ciudades fronterizas, tales como Cúcuta, Pasto y Barranquilla en Colombia, y Guayaquil en Ecuador; y, finalmente, se escogieron algunos modelos de ciudades intermedias, que para el caso colombiano han realizado aportes significativos en acciones para la atención de la población migrante, como sucede en los casos de Tunja, Medellín y Pereira. Esta selección tomó como base la muestra de ciudades involucradas en las investigaciones antes referidas.

El análisis y los resultados de investigación presentados en este documento fueron recolectados antes de la pandemia de COVID-19, razón por la cual se presentan las BP identificadas previamente a las medidas restrictivas adoptadas por los Estados. Cabe precisar que la pandemia impacta de manera negativa sobre la implementación de las mismas, pues muchas de ellas han sido suspendidas.

Así, las preguntas de investigación propuestas son: primero, ¿cuáles deben ser las características, actores y resultados necesarios para la identificación de BP en materia migratoria desarrolladas en Argentina, Colombia, Ecuador y Perú en el periodo 2014-2018; y cuáles son sus efectos multiplicadores en escenarios locales? Y, segundo, ¿cuáles serían los elementos preliminares para aportar a la construcción de una tipología

3 Para efectos de este artículo, se acogerán las nociones de «Estado de origen» como el lugar del que provienen las personas migrantes y «Estado de destino» como aquel al que se dirigen. Dichas acepciones se manejan conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990.

de BP con enfoque de derechos humanos que contribuya al impacto, la sostenibilidad y la posibilidad de réplica de las acciones identificadas?

La metodología empleada es inductiva y deductiva, toda vez que, a partir del análisis del contexto de la migración en los cuatro países seleccionados de América del Sur, se realiza una aproximación al concepto de BP y se aporta una definición inicial, que posteriormente se enriquece desde el estudio de los casos elegidos, promoviendo un diálogo permanente entre la teoría y la práctica para la garantía de los derechos de los migrantes.

II. AMÉRICA DEL SUR ANTE LA MIGRACIÓN VENEZOLANA: CIFRAS Y RESPUESTAS FRENTE UNA REALIDAD CRECIENTE Y EN TRANSICIÓN

II.1. Datos de contexto para dimensionar la migración proveniente de Venezuela

La dinámica migratoria en los países de América Latina ha sido diversa, pues algunos de los países de la región están más familiarizados que otros con la presencia de personas extranjeras en sus territorios, como ocurre en el caso de Argentina⁴ y Perú⁵. Otros países, se caracterizan por ser Estados de origen, pues sus nacionales se han dirigido a otros destinos por una multiplicidad de factores, como ocurre en el caso de Colombia⁶ y Ecuador⁷. Con la llegada de migrantes venezolanos, los movimientos de personas toman otra dimensión que exige respuestas y estrategias de atención. Si bien las medidas que se presentarán a continuación han sido adoptadas por los Estados a nivel general, muchas de ellas son implementadas en sus entes territoriales, como sucede con las ciudades a las que se dirige la población migrante en busca de la satisfacción de sus derechos.

EXPERIENCIAS
FRENTE A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

4 Para Argentina la migración ha sido un factor esencial en la historia y desarrollo de ese país. Durante los siglos XIX y XX se registraron flujos provenientes de Estados europeos y, según los reportes de las Naciones Unidas (ONU), la población extranjera representa un 4,9 % de la población nacional (Cámara Argentina de Comercio y Servicios, 2018, p. 1).

5 En Perú, si bien es un Estado que presenta flujos de inmigración y emigración, debe señalarse que entre las décadas de los años veinte a los cincuenta fue Estado de destino de nacionales europeos (Abusada & Pastor, 2008, p. 5). De los años cincuenta en adelante se registra un incremento de las emigraciones de peruanos hacia otros países, principalmente los Estados Unidos, tendencia que se incrementa con el paso de los años y que comienza a abarcar la llegada a Japón, y a países de Europa y América Latina (pp. 5-6).

6 Colombia ha sido un Estado con escasos procesos de inmigración. Después de la independencia, registró pequeños flujos migratorios de alemanes, judíos, árabes y españoles en el siglo XX que se vincularon a sectores muy precisos de la economía y se asentaron en algunos territorios de la geografía nacional. Además, es un país con altos índices de desplazamiento interno, lo que se ha combinado con emigración hacia Venezuela, Estados Unidos, Canadá y países europeos como España (Tovar, 2001, p. 1).

7 Ecuador es un país de origen de emigrantes que, por diversas causas, se dirigen hacia otros países. Alrededor de los años sesenta, sus nacionales arribaron hacia Estados Unidos, Canadá y Venezuela; y también da cuenta de migraciones de población indígena hacia países europeos. A finales de los años noventa, los ecuatorianos también se dirigieron hacia España e Italia (Herrera *et al.*, 2005, pp. 17 y 19).

La migración en las Américas entre 2010 y 2015 evidencia un crecimiento sostenido del 5 % (OEA & OCDE, 2017, p. 14). Por otro lado, se estima que 4,3 millones de venezolanos han abandonado su país (Acnur, s.f.a). De estos, el 77 % de migrantes y refugiados se encuentra en países de América del Sur (OIM, 2019, p. 2).

La aparición de la COVID-19 y las medidas de contención de los Estados orientadas a cerrar las fronteras, limitar la libertad de circulación y decretar acciones de confinamiento impactan sobre la migración, variando la dinámica de progresión presentada entre 2015 y 2019. Así, desde el mes de marzo de 2020, los países registran una tendencia al retorno de ciudadanos de venezolanos a su país de origen (ONU, 2020a).

La migración de las personas venezolanas afecta a muchos países de América y los mayores asentamientos se concentran en Colombia, Perú, Chile, Ecuador y Argentina. A mayo de 2020, Colombia registra 1 809 872 personas de esa nacionalidad, aproximadamente (Migración Colombia, 2020). Por su parte, a febrero de 2020, Perú registraba cerca de 860 000 migrantes venezolanos en su territorio (OIM & Unicef, 2020). Ecuador, a su vez, cuenta con 371 913 migrantes provenientes de Venezuela (OIM, 2020) y Argentina estima una población de cerca de 145 000 venezolanos, según datos de la OIM (2019).

II.2. Regularización de personas: respuestas dispares en cuatro Estados sudamericanos

Los Gobiernos de los países de la región han hecho esfuerzos para gestionar el incremento de la migración; por ejemplo, en muchos casos se han expedido permisos de permanencia con miras a promover una tendencia hacia la regularización. Según el reporte de la OIM (2019) sobre tendencias migratorias en las Américas, desde el año 2014 hasta diciembre de 2019 los países de América del Sur habían emitido 1 900 000 documentos de carácter temporal o permanente (p. 7). Pese a ello, conforme aumenta el número de personas en los países, estas acciones se han tornado más restrictivas en algunos Estados.

Es importante señalar que una de las principales medidas que adoptan los Estados para atender a la realidad migratoria consiste en otorgar documentación o fomentar procesos de regularización. Estas acciones bien pueden ser consideradas como BP, concepto central dentro del desarrollo de este artículo. De este modo, dado que las BP serán conceptualizadas y analizadas en algunas ciudades de los cuatro países latinoamericanos, es necesario señalar que estas acciones de documentación inciden en la protección de los derechos y hacen parte de las BP estatales, pues por lo regular tales medidas son transversales y de alcance nacional.

De acuerdo con lo anterior, Colombia ha adoptado medidas de coyuntura para dar respuesta a los movimientos migratorios. Entre ellas se puede referir la realización del Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos (RAMV), que busca sistematizar información sobre las personas venezolanas que se encuentran en situación jurídica de irregularidad en el territorio colombiano (UNGRD, 2018).

En los últimos años se han promovido iniciativas legislativas que buscan dar respuesta a temas derivados de la migración en materia de regularización. Así, la Ley N° 1997 de 2019 adopta un régimen especial de acceso a la nacionalidad de los hijos de venezolanos nacidos en el territorio. Aunque la norma remueve obstáculos constitucionales y legales, también presenta dos problemas, dado que concibe la migración de los venezolanos como una situación temporal y trasgrede el derecho a la igualdad reconocido en el artículo 13 de la Constitución colombiana de 1991 al excluir explícitamente a los niños nacidos fuera del periodo establecido en la ley⁸.

A inicios de 2020 fue aprobado el Decreto N° 117 de 2020, que crea el Permiso Especial de Permanencia para el Fomento de la Formalización (Pepff). Se trata de otra medida excepcional y temporal que busca conceder permiso de trabajo a los inmigrantes venezolanos que se encuentren en el territorio colombiano indocumentados, no tengan antecedentes penales ni órdenes vigentes de expulsión o deportación, y, además, cuenten con una oferta formal de empleo. Este documento entra a engrosar el disperso listado de permisos temporales que se han adoptado en el país.

Conviene señalar que, a raíz de la pandemia de COVID-19, Colombia, al igual que todos los países de la región, ha limitado la circulación de personas extranjeras. Así, el Decreto N° 402 de 2020 cierra los pasos fronterizos fluviales y terrestres con Venezuela para evitar la propagación del virus. De esa manera, el país ha adoptado una respuesta de atención a la población migrante que ya se encontraba dentro del territorio nacional a través de seis puntos⁹.

Si bien las acciones para evitar la irregularidad son apropiadas, la ONU (2020a) expresa su preocupación frente a los retornos, pues el Estado venezolano no cuenta con condiciones en materia de seguridad y salubridad para el adecuado regreso de sus connacionales. Conviene recordar que no puede limitarse el derecho a regresar al país de origen,

8 Del 1 de enero de 2015 al 17 de septiembre de 2021.

9 Las medidas adoptadas son las siguientes: manejo responsable y humanitario de la frontera, garantía de acceso a la salud, adaptación de los programas de la cooperación para la atención al migrante, atención a la población vulnerable migrante, focalización de programas en puntos de alto impacto, mayor coordinación e información.

toda vez que se trata de una garantía reconocida en numerosos tratados internacionales¹⁰.

Perú ha tenido posturas cambiantes frente a la migración en los últimos años (PADF & PUCP, 2019, p. 9). Para la regularización, son 34 452 permisos temporales de permanencia (PTP) los que se han tramitado para ciudadanos venezolanos. Este es un documento que permite normalizar su situación migratoria por un periodo temporal específico de un año y también les habilita para trabajar, estudiar y acceder a servicios de salud (Banco Mundial, 2019, p. 88). Recientemente, el Gobierno ha endurecido sus políticas migratorias pues, para ingresar al país y obtener la visa humanitaria u otro tipo de permiso, se exige pasaporte vigente o vencido (OIM & Unicef, 2019, p. 88). También se han promovido otras vías en este mismo aspecto, como el caso de la visa de trabajador residente, el carné de extranjería y la visa humanitaria. Pese a ello, los requisitos formales para la emisión de estos instrumentos migratorios los hacen inaccesibles para la mayoría de los venezolanos que llegan al Perú y pueden incentivar la migración irregular (Banco Mundial, 2019, p. 225).

En febrero de 2020, el Gobierno del Perú divulgó la necesidad de adelantar medidas en varios aspectos, tales como la ampliación de beneficios para la regularización de personas venezolanas indocumentadas y la implementación de mecanismos de control biométrico, concretamente para la frontera entre Perú y Ecuador (NTN24, 2020).

Perú, a partir de la declaratoria del estado de emergencia nacional sanitaria, ha dispuesto el cierre temporal de sus fronteras y reforzado el eje limítrofe con Ecuador para evitar el ingreso de migrantes venezolanos de manera irregular (Decreto de Urgencia N° 048, 2020, art. 8). No obstante, ha buscado dar protección en salud a toda persona sometida a su jurisdicción nacional, independientemente de su nacionalidad y situación administrativa, por medio del Decreto de fortalecimiento del sistema nacional de salud (Zamora Gómez, 2020).

Ecuador, por su parte, ha impulsado la iniciativa denominada el Plan de Acción de Quito (2018), consistente en luchar contra la trata de personas y el tráfico de migrantes. Posteriormente, ha implementado el requisito de la visa humanitaria a partir del 26 de agosto de 2019, generando así un efecto embudo en la migración proveniente de Venezuela en las zonas del sur del Estado colombiano. Como consecuencia de la exigencia de este requisito, según los reportes de la OIM (2019), esta medida generó un aumento del 75 % en los ingresos registrados en Rumichaca

10 Ver el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de manera irregular (p. 2), situación que produce gran preocupación por el incremento de la vulnerabilidad de los migrantes, quienes están a merced de las redes de trata de personas y tráfico de migrantes.

Debe tenerse presente que, para el caso de Ecuador, no solo se contempla el acceso a documentos de residencia por criterios generales legales (visa de trabajo, profesional, estudiante, entre otras), sino que también es posible para los venezolanos acceder a documentación regular por vía de algunos instrumentos particulares, como el Estatuto Migratorio Ecuador-Venezuela, fruto de un acuerdo bilateral entre los dos países; o la visa Unasur de 2017.

Este Gobierno ha decidido otorgar una amnistía relativa a documentación para las personas venezolanas que ingresaron al territorio del país antes del 25 julio de 2019 —esto es, un día antes de la instauración de la obligación de la visa humanitaria—, o que hayan excedido el tiempo de su permanencia para esa fecha. En uso de este mecanismo, al finalizar el 2019 se reportaban 174 488 personas venezolanas en dicho país (OIM, 2019, p. 8).

Con ocasión de la declaratoria de la pandemia del SARS-Cov-2 por parte de la OMS, el país ha diseñado el *Plan de Respuesta Humanitaria COVID-19 Ecuador* (ONU, 2020b), en el que privilegia la adopción de medidas para atender a la población vulnerable que habita en su territorio. Aun así, tal protección, en el caso de los extranjeros, parece estar circunscrita a quienes tengan el estatus de residentes (p. 5). Lo anterior resulta preocupante, toda vez que un importante número de inmigrantes en situación de irregularidad quedaría en desprotección frente a la pandemia, constituyendo un vector de contagio e impulsando la migración de retorno a Venezuela y de tránsito hacia Colombia.

Argentina ha adelantado la atención a la población proveniente de Venezuela desde el otorgamiento de permisos por criterios habituales, tales como los de trabajo y reunificación familiar. Además, el país ha instado a la aplicación del criterio de nacionalidad de Mercosur desde el año 2009, y ha flexibilizado los requisitos de ingreso y residencia permanente para venezolanos, alentándose también la integración socioeconómica por medio de programas específicos desde el 29 de enero de 2019, fecha de expedición de la Disposición DNM 520/2019 (Dirección Nacional de Migraciones, 2019; OIM, 2019). En consecuencia, entre enero y noviembre de 2019 se han otorgado 61 679 residencias, 17 073 de ellas permanentes y 44 606 temporales; así como un total de 184 646 residencias: 82 % temporarias y 18 % permanentes, entre el año 2014 y noviembre de 2019 (p. 7).

Con el objeto de conocer las necesidades y el perfil de los migrantes venezolanos, se realizó un monitoreo entre el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) y la Comisión Argentina

EXPERIENCIAS
FRENTE A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

de Refugiados y Migrantes (Caref), a efectos de poder diseñar a partir de los resultados, respuestas para atender a la situación (Naciones Unidas Argentina, 2018a). Argentina se ha puesto a la vanguardia del desarrollo del Plan de respuesta para refugiados y migrantes de Venezuela para países del Cono Sur, el cual tiene por objeto crear una estrategia de coordinación para responder a sus necesidades y garantizar la inclusión social y económica (Naciones Unidas Argentina, 2018b). Lo anterior complementa un sólido marco normativo previsto en la política migratoria de este país a través de la Ley 25.871 (2004).

Desde la aparición de la COVID-19, de manera similar al caso colombiano, Argentina restringe la circulación de las personas extranjeras y, al mismo tiempo, ha dispuesto de la prórroga de los vencimientos de residencias temporales, transitorias y precarias. Además, ha determinado suspender los plazos administrativos por medio de la Disposición DNM 1714/2020, de 17 de abril de 2020, medida que ha sido prorrogada a través de la Disposición DNM 1923/20.

Como puede observarse, en los países analizados de la región que reciben migración de venezolanos se ha optado por implementar medidas de regularización, gran parte de ellas transitorias, bajo el presupuesto de que se trata de una migración temporal. Adicionalmente a esto, con el incremento de la ola migratoria, las políticas han ido variando de tal modo que en algunos Estados, como Ecuador y Perú, se han adoptado restricciones a la circulación de las personas con el fin de disminuir el volumen de la migración. Por otra parte, en Colombia, antes de la aparición de la pandemia, no se había limitado el tránsito y se implementaron estrategias para disminuir el riesgo de apatridia y conceder permisos de trabajo. Estas medidas son temporales, dispersas y carecen de una política migratoria de soporte. Igualmente, en el caso de Argentina, al margen del la COVID-19, su marco normativo permite crear mecanismos de recepción de personas y se han implementado planes de mejoramiento para la reacción del Estado de cara a la atención de los venezolanos.

Dada la disparidad de acciones se hace necesario analizar la importancia de las BP en materia de atención a la población migrante. A continuación, se exponen algunas reflexiones a propósito de ello.

III. ¿SON LAS RESPUESTAS ESTATALES UN ASUNTO DE BP? APORTES PARA UNA CONSTRUCCIÓN CONCEPTUAL

333

III.1. Aproximación a la noción y utilidad de las BP

Las BP surgen en el escenario anglosajón como *best practices* en la gestión pública con el objeto de resaltar experiencias sobre una forma particular e innovadora de hacer las cosas (Armijo, 2004, p. 5). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 1997) se ha referido de manera implícita a este concepto al exponer que el intercambio de experiencias resulta valioso entre los diferentes órganos del Estado para el mejoramiento de los procesos.

Las BP se caracterizan por: a) apoyar esfuerzos de la autoridad central desde la solución de temas locales, b) la necesidad de utilidad de las acciones para la resolución de problemas, c) visibilizar resultados para que puedan ser replicables, y d) apoyar procesos de evaluación (Armijo, 2004, p. 3).

Sobre el primero de los elementos, precisamos que existen diversos modelos de organización territorial y grados de avance en las políticas migratorias. En la investigación que apoya este trabajo, se pudo constatar que en el caso colombiano los entes territoriales desarrollan acciones dentro del ámbito de sus competencias para resolver problemáticas propias de la zona, sin que ello implique, en muchas ocasiones, la aplicación de medidas de carácter nacional.

Uno de los elementos centrales de las BP consiste en que las acciones sean susceptibles de ser replicadas en otros contextos, se encuentren documentadas para ser estudiadas y adaptadas, y que existan mecanismos de control que verifiquen la transparencia en la inversión de los recursos, en caso esta se dé. Es decir, que las medidas que hayan sido identificadas como BP puedan ser implementadas, en la medida de lo posible, en otros contextos y escenarios con las adaptaciones que sean pertinentes para poder contribuir a la satisfacción de los derechos de las personas migrantes.

Las BP deben tener un carácter colectivo en su diseño y seguimiento, y redundan en el acceso y/o mejoramiento de los derechos de las personas. Además, han sido útiles en derechos humanos, razón por la que algunos relatores especiales de las Naciones Unidas han entendido esta noción como marcos jurídicos y de políticas, mecanismos de ejecución y de rendición de cuentas, que incluyen:

Iniciativas tan diversas como tratados internacionales, legislación (a escala nacional, subnacional o local), reglamentos, políticas, estrategias, marcos institucionales, procedimientos de planificación y coordinación,

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

políticas de cooperación internacional, programas, proyectos, campañas, subvenciones, mecanismos de financiación, estructuras tarifarias, contratos con operadores, procedimientos de reclamación y sentencias judiciales o cuasijudiciales (Alburquerque, 2012, p. 14).

El enfoque de derechos humanos resulta ser de utilidad para la construcción de las BP, pues redundo en el reconocimiento de la dignidad e igualdad, y de la no discriminación (ONU, 2014, p. 25). Esto incide en la incorporación de las perspectivas diferenciales y trae como consecuencia las medidas de acción positiva para grupos históricamente discriminados, como los niños, mujeres, adultos mayores, personas con discapacidad; y, en general, el necesario reconocimiento de la interseccionalidad (OEA, 2020, p. 7).

En el tema de la población migrante, las BP pueden ser una serie de principios, normas y recomendaciones relativas a una adecuada intervención en aras de conseguir una integración plena y satisfactoria de la población inmigrante en la sociedad de acogida, lo que impacta en la garantía eficaz de los derechos de la población desde un enfoque de derechos humanos y en la obtención de la justicia social (Márquez, 2014, p. 15).

Consideramos que las BP pueden ser una acción o conjunto de estas que, con ocasión de la identificación de una necesidad, operan en los distintos momentos de las etapas migratorias (salida, tránsito y llegada) y responden a las particularidades de las tipologías migratorias (emigrantes, retornados, migrantes de tránsito, pendulares y con ánimo de permanencia, refugiados y asilados) con el fin de preservar la dignidad humana y los derechos reconocidos no solo en normativas internas, sino internacionales.

Estas acciones deben ser construidas e implementadas bajo la perspectiva de los derechos humanos; es decir, deben contener elementos diferenciales y de género, participación de la comunidad, atender al enfoque territorial, evitar la discriminación y contar con flexibilidad, sostenibilidad y recursos para su desarrollo.

III.2. Esfuerzos para clasificar BP de utilidad para la población migrante

Con el propósito de que este trabajo contribuya a la clasificación de las buenas prácticas que han sido halladas en nuestra investigación y puedan ser replicadas para la atención a la población migrante, consideramos apropiado desarrollar una subclasificación, según los actores que las desarrollan y el área de impacto donde se producen. La clasificación estará soportada en los objetivos del Pacto Mundial Migratorio (ONU,

2018a), pues ofrece las directrices internacionales para atender de manera global la realidad de la movilidad humana.

III.2.1. Según los actores que lideran las BP

Las BP pueden ser ejecutadas por diversos actores, como el Estado o la sociedad civil, en ausencia de normatividad o procedimientos claros para la atención a la población migrante.

III.2.1.1. Estado como garante de derechos: BP estatal

Se trata de la acción desarrollada por los órganos, instituciones, estamentos o poderes públicos dentro del Estado y que forman parte de su estructura. Pueden ser iniciativa del Gobierno central o de los entes territoriales (municipalidades o localidades). Así, dentro del marco de las competencias, son útiles para solventar un vacío procedimental o legal en materia de atención para la satisfacción de derechos de la población migrante.

Las «BP normativas» son acciones en favor de la población migrante que se encuentran en normas jurídicas y han sido emitidas por las autoridades competentes, según la estructura y el funcionamiento del Estado. Así, para el caso colombiano, podrá ser una ley, acuerdo, ordenanza, resolución y, en general, cualquier norma con fuerza material de ley; es decir, que tenga carácter abstracto, general e impersonal.

Es posible hallar «BP administrativas», como propuestas de trabajo coordinado y/o nuevas formas de atender a la población migrante, que se combinan con el fortalecimiento de servicios sociales en comunidades de acogida. Pueden ser normas de diversos niveles de intervención que constituyen un eje transversal para garantizar la satisfacción de derechos de los migrantes. Si se observan las recomendaciones a los Estados por parte del Pacto Mundial Migratorio (ONU, 2018a), se podrá notar cómo en sus veintitrés objetivos se enuncia la necesidad de que a nivel regional, local y mundial se adopten medidas a través de normas que de manera coordinada busquen dar una respuesta coherente a la migración.

El relator especial sobre los derechos humanos de los migrantes de la ONU, así como la Relatoría del Sistema Interamericano, han resaltado en varias oportunidades la importancia de la legislación interna como mecanismo para la realización de los derechos de los migrantes (ONU, 2018b, p. 25; OEA, 2013). Por su parte, las organizaciones internacionales conciben el desarrollo de las BP como una serie de acciones coordinadas que pueden ser desplegadas por los Estados a nivel interno, pero que guardan coherencia con los compromisos internacionales adquiridos por estos, en el marco de las obligaciones contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos (ONU, 2017a, p. 3).

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

III.2.1.2. Convergencia de actores: BP de la sociedad civil, agencias internacionales e iglesias

Es frecuente que la atención y orientación para el acceso a los derechos de las poblaciones vulnerables no siempre se produzca por la vía estatal. Así, la acción participativa de la sociedad civil, las agencias internacionales y las iglesias entra a jugar un papel protagonista, de modo que se produce un esquema de responsabilidad compartida para la atención a la población migrante.

Las acciones de la sociedad civil suelen verse apoyadas por la cooperación internacional, en un marco de solidaridad. La gestión de las agencias internacionales obedece a mandatos de órganos internacionales que se enmarcan en la cooperación internacional. Este es el caso, por ejemplo, de la acción del Acnur, la OIM y la OIT. El trabajo realizado por el Acnur en esta materia, por ejemplo, ha sido fundamental para identificar una serie de acciones replicables para la adecuada atención de los migrantes y de los refugiados (Acnur, s.f.b).

Las iglesias también han contribuido a la atención de la población migrante. De este modo, las acciones del Servicio Jesuita de Refugiados y las órdenes scalabrinianas, entre otras, son internacionalmente reconocidas y han adquirido legitimidad entre diversos actores (Marín, 2017, p. 47).

III.2.2. Según el área de impacto de la BP

III.2.2.1. BP en ayuda de emergencia: el primer contacto con la población migrante

Estas acciones se orientan a la satisfacción de las necesidades inmediatas de las personas migrantes y a garantizar su supervivencia. Son medidas puntuales que se producen en situaciones de urgencia; por ejemplo, hogares de paso, vacunación, apoyo alimentario, vestuario y kits de asistencia a caminantes. La OIM señala la importancia de esta atención en el caso de la migración proveniente de Venezuela, pues en gran parte de los casos, la salud de estas personas se encuentra menoscabada al llegar al Estado de destino y requieren acceder a derechos básicos a raíz de las necesidades básicas insatisfechas (OIM, s.f.).

El desarrollo de estas medidas de atención disminuye la vulnerabilidad de las personas migrantes y evita que se agudicen, pues las condiciones de viaje de muchas de estas personas se presentan en contextos de altísimo riesgo para su vida e integridad personal. El Objetivo N° 7 del Pacto Mundial Migratorio exhorta a los Estados a que trabajen a través de la cooperación bilateral, regional e internacional para lograr realizar una caracterización de la población migrante y, en función de ello, desplegar acciones para lograr la protección de los derechos humanos bajo los presupuestos del enfoque diferencial (ONU, 2018a, p. 23).

III.2.2.2. BP en ayuda humanitaria: satisfacción a necesidades básicas

Las BP en ayuda humanitaria pueden ser definidas como ayuda complementaria a la fase de emergencia, pues para el momento en el que se prestan no han desaparecido las causas que impulsaron la migración. Estas acciones tienen como propósito brindar servicios básicos de alimentación, apoyos temporales en vestuario, campamentos y alojamientos, centros de acogida y escucha.

Esta asistencia se caracteriza por tener un carácter temporal. Tradicionalmente, esta atención se ha prestado por términos de tres meses en el caso del desplazamiento forzado interno en Colombia (Ley N° 387, 1997, art. 15) y, dado que para el caso de la migración internacional aún no existen reglas muy claras sobre el funcionamiento de estas acciones, es frecuente que las medidas que se adopten conserven este parámetro para el caso de este país.

El concepto de ayuda humanitaria puede ser entendido desde una doble dimensión: como fase dentro del proceso migratorio y como derecho autónomo (ONU, 1998). Si bien este es un aspecto muy relevante, al parecer las dimensiones de atención no trascienden y las respuestas de los Estados latinoamericanos a la migración en contextos de crisis de la población venezolana han oscilado entre la inmediatez, con medidas excepcionales que garantizan relativa seguridad jurídica por tiempo determinado y breve; y las respuestas más consolidadas, que otorgan garantías para la residencia permanente y habilitan procesos de reunificación familiar, estableciendo con ello un marco digno para la planificación de las trayectorias de vida en el contexto de acogida (Gandini *et al.*, 2019, p. 4).

III.2.2.3. BP pedagógicas: rutas de atención claras y seguras

En los procesos migratorios es frecuente que la población migrante, al llegar al Estado de destino, desconozca el marco de sus derechos y las rutas de acceso institucional. Por esta razón, la información condensada en flujogramas, esquemas informativos, rutas de atención y directorios, entre otros, resultan ser de gran utilidad. Es deber del Estado construir estos esquemas; sin embargo, las organizaciones sociales y los organismos internacionales ofrecen aportes en la materia.

Sobre este punto, es adecuado tener presente que en el Pacto Mundial Migratorio se resalta en el Objetivo N° 3 la importancia de la información clara durante todo el proceso de movilidad. Para que un Estado pueda cristalizar de manera adecuada este propósito es necesario acudir a diversos canales de difusión en función de las características y requerimientos particulares de la población. La existencia de sitios de información ubicados a lo largo de las rutas migratorias reviste gran importancia, pues son los canales para conocer el acceso a los servicios

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

y la asesoría legal necesarios para informarse sobre los derechos. Dicha información debe contar con enfoque diferencial, pues esto reduce los índices de vulnerabilidad (ONU, 2018a, p. 19).

III.2.2.4. Acciones de acogida: BP de atención humanitaria que garantizan derechos humanos

Las BP, en esta fase del proceso migratorio, implican el reconocimiento de los derechos de las personas migrantes en todas sus dimensiones; es decir, la garantía de beneficios que exceden la atención humanitaria y buscan la dignificación plena de la persona a largo plazo.

Conviene tener presente la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTMF), pues allí el tratado internacional señala en su artículo 1.2 la necesidad de que la protección de la persona migrante se haga evidente en todo el proceso migratorio (ONU, 1990). Por su parte, en algunas de las Observaciones Generales (OG) emitidas por el Comité de Trabajadores Migratorios y sus Familiares se ha expuesto la inminencia de esta protección con el propósito de que los derechos sean reconocidos por los Estados a plenitud (2011, p. 29f).

La atención a la población migrante es de tal envergadura que el Pacto Mundial Migratorio señala de manera expresa que los Estados deben «cooperar para responder a las necesidades de los migrantes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad y asumir los desafíos correspondientes» (ONU, 2018a, p. 13). Entre las BP se pueden referir las iniciativas que abordan temas como la recepción de las personas en la frontera, la cual deberá ser digna, respetuosa de los derechos de las personas y con enfoque diferencial, de modo que se reconozca y garantice la atención prioritaria para las mujeres gestantes, los niños y las niñas no acompañadas, las personas mayores, aquellas que requieran atención de salud especial, las personas con discapacidad, los refugiados y los retornados. Entre estos aspectos, resulta de gran relevancia el acceso y la facilidad para obtener información sobre derechos, bienes y servicios (2018a, p. 10). En esa línea, el lenguaje en el que se suministre la información a las personas migrantes deberá caracterizarse por ser accesible en términos de lengua y aspectos culturales.

Si bien el Estado puede ejercer legítimamente el control fronterizo, esta función debe estar armonizada con la gestión de otras entidades que contribuyan a la garantía de los derechos humanos, como sucede con el caso de los agentes del Ministerio Público. Asimismo, son actores esenciales las autoridades competentes en temas de empleo y los entes encargados de la infancia y la mujer. El acompañamiento de las organizaciones internacionales y de la sociedad civil también puede

prestar apoyo en la acogida de la población, previa coordinación con la institucionalidad.

III.2.2.5. BP para la integración social con garantía de derechos

Una vez la población migrante se encuentra dentro del territorio del Estado, se plantea el gran reto de la incorporación a la comunidad de acogida. Aquí, se puede referir la creación de un sistema de información que permita identificar los perfiles ocupacionales desde el ingreso al Estado, y el fomento de la asociación a través de cooperativas y acciones de emprendimiento. El Objetivo N° 6 del Pacto Mundial Migratorio propone la necesidad de que los Estados garanticen marcos jurídicos nacionales suficientes para garantizar el acceso al trabajo decente de la población migrante, de modo que se pueda avanzar hacia el mejoramiento de las condiciones justas y equitativas en el acceso al empleo (ONU, 2018a, p. 22).

El Objetivo N° 16, tendiente a trabajar en el marco del empoderamiento de los migrantes y de la sociedad de acogida para lograr una verdadera inclusión, recomienda a los Estados desplegar una serie de acciones en varios frentes, entre ellos la promoción de la cultura de respeto por los derechos humanos y la diversidad, la integración al mercado formal de trabajo, la promoción de la reunificación familiar, el fomento de los entornos escolares seguros y respetuosos, todo ello bajo el presupuesto de la erradicación de la discriminación y el reconocimiento del derecho a la igualdad (ONU, 2018, p. 32).

De acuerdo a ello, es claro que el sector educativo es un actor esencial en el proceso de integración y lucha contra la discriminación y xenofobia. Sobre el particular, se podrían emprender acciones como la utilización de prácticas pedagógicas en todas las áreas que involucren el arte, el deporte, la lúdica y la gastronomía para fortalecer el conocimiento del otro y la convivencia.

Por su parte, la institucionalidad tiene un rol protagonista en lo que atañe a la orientación y pedagogía de los derechos a través del diseño, actualización y difusión de herramientas como las rutas, cartillas e iniciativas informativas de acceso a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo, vivienda y acceso a la justicia, entre otros derechos.

La importancia de los derechos radica en su ejercicio efectivo, lo que supone que el Estado colombiano cree mecanismos para la implementación de los postulados constitucionales, los cuales se materializan a través de normas jurídicas, entre ellas las políticas públicas desarrolladas en el eje central y territorial.

EXPERIENCIAS
FRENTE A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

IV. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS DEL ROL DE LAS CIUDADES SUDAMERICANAS FRENTE A LOS FLUJOS MIGRATORIOS PROVENIENTES DE VENEZUELA

Para atender la realidad migratoria venezolana en Latinoamérica, además de las medidas implementadas a nivel nacional por los países descritas en la primera parte de este artículo, dentro de las cuales se encuentran las de regularización, se hace relevante analizar aquellas medidas que, desde el escenario local en dichos países, pueden identificarse como BP, según la clasificación construida en el apartado segundo de este texto.

De acuerdo con lo anterior, se expondrá cómo han afrontado algunas ciudades latinoamericanas la creciente migración venezolana en esta región desde la realidad de cada una de ellas, dado que en estos territorios se experimenta y se brinda la atención a la población migrante. Dicho análisis se realizará tomando como base las BP locales adoptadas por ciudades capitales, urbes fronterizas e intermedias, las cuales, en algunos de los casos, son desarrollos de las medidas implementadas a nivel nacional, como se expuso anteriormente. Asimismo, se pretende clasificar dichas acciones dentro de las categorías de BP propuestas en el apartado anterior.

IV.1. Lima: ciudad de BP de la sociedad civil y agencias internacionales

Lima es una ciudad de destino para la mayoría los migrantes venezolanos en Perú; es más, al menos el 66,8 % de los venezolanos manifiesta que dicha urbe es su destino (OIM & Unicef, 2019, p. 8). En este sentido, se hace relevante analizar algunas de las principales estrategias implementadas para atender las necesidades de los migrantes de tránsito y destino con miras a identificar las BP aplicadas.

Según la clasificación propuesta, en la ciudad de Lima se puede evidenciar un contraste de acciones que favorecen la actuación —según los actores— de la sociedad civil en el área de impacto, concentradas en las acciones de emergencia y de acción humanitaria. Así, se debe resaltar el trabajo del Acnur en Perú, especialmente en la ciudad de Lima, a través de una asociación colaborativa con instituciones gubernamentales, organizaciones de la sociedad civil, entidades religiosas y otras agencias de la ONU en Perú que han permitido implementar a) respuestas a emergencias y atención humanitaria (principalmente en la zona de frontera), dentro de las que se destacan los albergues, la entrega de productos de primera necesidad, y la asistencia médica y psicosocial; b) coordinación de respuesta integral al aumento de migrantes venezolanos en Perú, coliderando el Grupo de Trabajo para Refugiados y Migrantes (GTRM); c) apoyo financiero, así como técnico y a la

341

Comisión Especial para los Refugiados (CEPR) del Ministerio de Relaciones Exteriores; d) apoyo en coordinación con la sociedad civil a los solicitantes de asilo; y e) asesoramiento y asistencia técnica destinadas al fortalecimiento de las capacidades institucionales y políticas públicas para fortalecer los mecanismos de respuesta a la migración (Acnur, s.f.c).

El trabajo del Acnur en Lima combina las BP de ayuda de emergencia y humanitarias con aquellas medidas pedagógicas enfocadas en los migrantes y las de apoyo al Gobierno para el establecimiento de BP normativas y administrativas, destinadas a atender las necesidades de la población migrante en la capital peruana.

Por otra parte, como iniciativas de la sociedad civil y las agencias internacionales, se destaca que al 20 de marzo de 2019 se estimaba que alrededor de 10 000 inmigrantes venezolanos habían recibido ayuda humanitaria dentro de los seis meses anteriores, proporcionada por la ONG World Vision Perú. La atención prestada por esta ONG se da a familias con niños y niñas menores de 18 años que se encuentren en tránsito o asentados en albergues temporales; niños y niñas no acompañados; y grupos de familias con mujeres embarazadas, mujeres lactantes, madres cabeza de hogar, adultos mayores, y personas con enfermedades graves y en condición de discapacidad (Correo, 2019).

El apoyo se concentró en: a) atención en emergencias mediante la entrega de alimentos, agua, kits de higiene, el desarrollo de procesos de vacunación y la habilitación de lugares temporales de refugio, entre otros; b) protección urgente a niños y niñas migrantes a través de espacios amigables para la niñez, en los que se brinda apoyo psicosocial y emocional, además de asesoría para la prevención de la explotación laboral, sexual, el abuso y la trata de migrantes en tránsito; y c) programas en coordinación con el Gobierno, la sociedad civil y las iglesias con el fin de promover la inclusión social, económica y cultural mediante programas comunitarios cuyo objeto es la prevención de la xenofobia, así como la promoción de la empleabilidad y el emprendimiento para los migrantes venezolanos. La atención brindada por World Vision Perú se da principalmente en la frontera de Tumbes, mientras que Lima cuenta con nueve albergues en asociación con Acnur (Correo, 2019).

Finalmente, si bien las recién mencionadas no son medidas implementadas en Lima capital, son resultado del trabajo conjunto entre Encuentros del Servicio Jesuita para la Solidaridad y Acnur en la provincia; mientras que en la capital se han inaugurado tres centros de Apoyo para Refugiados y Migrantes (Caremi) en los distritos de San Martín de Porres, San Juan de Miraflores y San Juan de Lurigancho. Los Caremi se consideran espacios seguros para los migrantes en los que se brinda orientación frente a su estatus migratorio; rutas de atención en servicios de salud, educación y trabajo, entre otros; y atención jurídica. Su propósito es

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

ser un punto de encuentro de peruanos y venezolanos para fortalecer proyectos comunitarios (Acnur, 2019).

Los Caremi representan una BP en la que confluyen tanto la sociedad civil como la iglesia y las agencias internacionales, coordinadas entre sí para brindar ayuda humanitaria para un adecuado acceso a derechos de la población migrante que acude a ellos. Asimismo, fomentan la integración social entre los migrantes y la población de acogida, encontrando puntos en común.

En conclusión, durante el periodo analizado y a causa de la migración venezolana, tanto de tránsito como de destino en Perú y, especialmente, en Lima capital, se han implementado medidas que surgen como resultado de la cooperación y coordinación entre agencias internacionales, la iglesia y la sociedad civil que pretenden brindar ayuda humanitaria, promover la integración social de los migrantes en la comunidad de acogida y apoyar al Gobierno en la implementación de políticas públicas que garanticen derechos.

IV.2. Quito y Guayaquil: ciudades de BP estatales y de la sociedad civil

Quito, como capital ecuatoriana, ha sido un ejemplo de adopción de BP según el actor estatal a través de acciones normativas que promueven el respeto de las personas en situación de movilidad humana, por ejemplo: a) la Ordenanza Metropolitana N° 271, de 2008, declaró la movilidad humana como política pública; b) el Plan de Ordenamiento Territorial (2015-2025) institucionalizó la política social integral con énfasis en grupos en vulnerabilidad; y c) la Ordenanza Metropolitana N° 188, de 2017, implementó y reguló el Sistema de Protección Integral de garantía de los derechos humanos a grupos en situación de vulnerabilidad y atención prioritaria, dentro de los que se encuentran los migrantes (Consejo de Protección de Derechos, 2018).

Estas disposiciones representan BP estatales, normativas y administrativas focalizadas en la protección y garantía de derechos humanos a grupos vulnerables. Las acciones no solo se dirigen a proteger a las personas venezolanas, sino que incluyen a todos los migrantes que se encuentran dentro del territorio¹¹.

En Quito es posible identificar la BP según el actor. En ese sentido, es de interés resaltar la presencia de la sociedad civil a través del rol esencial que cumplen las fundaciones en la atención humanitaria para los migrantes venezolanos, siendo ejemplo de ello el albergue Casa del Migrante

11 «De acuerdo con el último Censo de Población y Vivienda (INEC, 2010), a nivel nacional, se registran 30 133 migrantes de 157 naciones del mundo. 75 % de esta migración se concentra en Quito» (Consejo de Protección de Derechos, 2018).

Buen Samaritano. En este lugar se brinda un espacio de descanso por un tiempo no mayor a cinco días para los migrantes de tránsito, albergue por un mes a familias migrantes con ánimo de permanencia, apoyo para el emprendimiento y alimentación a familias ya establecidas (Heredia & Trujillo, 2019).

La labor de la organización Alas de Colibrí, por su parte, procura la defensa de los derechos humanos, así como la prevención de la xenofobia por medio de asesoría legal y psicológica en contextos de movilidad humana y riesgos asociados a la migración. De igual forma, apoya la búsqueda de vivienda digna y el emprendimiento para los migrantes (Heredia & Trujillo, 2019). Estas dos organizaciones representan BP de atención de emergencia y ayuda humanitaria.

Por su parte, Guayaquil recibe cerca de un 6 % de población venezolana que desarrolla actividades productivas informales (Pesantes, 2019), razón por la que conviene analizar sus BP. Se puede referir el Programa Movilidad Humana Segura promovido por la Policía, mediante el cual se dio información a los extranjeros sobre las políticas migratorias. Esta medida ha sido articulada con el Comité Permanente de Derechos Humanos y la Cruz Roja ecuatoriana (Policía Nacional del Ecuador, 2019). Lo anterior es ejemplo de BP estatales de acogida que fomentan un panorama claro de los requisitos necesarios para la regularización en el territorio ecuatoriano y, a la vez, acercan al migrante a la institucionalidad del Estado.

En lo relacionado con las BP de emergencia y ayuda humanitaria, es representativa la labor de la Cruz Roja ecuatoriana, que activó quince puntos de atención en varias provincias y brindó 7794 atenciones en primeros auxilios médicos y odontológicos, además de suministrar agua y atención psicosocial, así como apoyo en nutrición, recreación e higiene (El Universo, 2020).

Las BP promovidas por la sociedad civil también se evidenciaron en la ciudad de Guayaquil. Ejemplo de ello, es la casa de ayuda para migrantes LGBTI fundada por la organización Diálogo Diverso, la cual acogió a migrantes venezolanos que requerían apoyo frente a casos de homofobia y xenofobia (Albán, 2020). La iniciativa es parte de la política Mi Casa Fuera de Casa, que ofrece atención psicosocial, asesoramiento en temas de regularización migratoria, denuncia de discriminación y asesoramiento médico (Diálogo Diverso, s.f.).

Así, tanto en Quito como en Guayaquil confluyen BP promovidas por las entidades locales y la sociedad civil que incluyen herramientas pedagógicas, de integración social, de ayuda humanitaria y atención en emergencias a la población migrante.

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

IV.3. Buenos Aires: ciudad de BP pedagógicas y de integración

El 12,8 % de las personas que habitan en Buenos Aires son extranjeros (Etchenique, 2020). Con el incremento de la migración Venezolana, el 70 % de los migrantes provenientes de ese país que llegaron a Argentina se radicaron en la capital (Fitz Patrick, 2019). Argentina se ha caracterizado por ser un país de destino para inmigrantes y, en los últimos años, se ha incrementado la presencia de personas venezolanas en Buenos Aires.

Es por esto que, a través de la Subsecretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural del Gobierno, se han creado programas como BA Migrante, orientado a desplegar estrategias informativas, de sensibilización, consulta y gestión participativa para abordar la problemática de los migrantes y fortalecer los procesos de inclusión en la ciudad. Este programa crea el Centro de Información y Orientación a Migrantes y Refugiados, desarrollado a través de un dispositivo móvil con personal encargado de brindar información sobre trámites relacionados a la residencia, el documento nacional de identidad, el acceso a la salud, la educación y el trabajo para la población (Buenos Aires Ciudad, 2018). Dicha iniciativa obedece a una BP según el actor, en este caso estatal —impulsada desde el Gobierno local—, que permite a la población acceder a información relativa a su situación migratoria, así como la relacionada con el acceso y la garantía de sus derechos. Ello también la identifica como una BP pedagógica.

En relación a la protección de los derechos de las mujeres migrantes, el programa Todas visibiliza la integración y promueve la no discriminación de las migrantes en Buenos Aires desde la participación ciudadana, con un enfoque de derechos humanos, perspectiva de género e interculturalidad. El programa ofrece capacitación y sensibilización en derechos, género y migración, actividades conmemorativas de la diversidad cultural, acompañamiento a las organizaciones de migrantes y a las mujeres para el fortalecimiento de redes, construcción de proyectos sociales y comunitarios, orientación de recursos, y articulación con organizaciones y organismos vinculados a la migración (Buenos Aires Ciudad, s.f.a).

También se adoptó el Programa Buenos Aires Convive, diseñado para promover la buena convivencia en la ciudad desde la pluralidad y la inclusión a través de capacitaciones dirigidas a instituciones educativas, entidades de la Administración Pública, empresas y centros de salud, entre otros. Los ejes de acción de esta iniciativa se concentraron en la capacitación normativa, el diálogo y el respeto por la diversidad (Buenos Aires Ciudad, s.f.b). Esta acción se puede clasificar como una BP pedagógica y de integración social.

345

Asimismo, es relevante resaltar como BP según el actor estatal, en este caso específicamente institucional, a la Subsecretaría de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural, que tiene a su cargo atender problemáticas vinculadas con derechos humanos para todas las personas residentes en Buenos Aires (Buenos Aires Ciudad, s.f.c), incluyendo en sus labores la atención e integración de migrantes.

En suma, esta capital ha avanzado en programas de atención, orientación, acompañamiento e inclusión desde el reconocimiento del valor de la diversidad de todas las nacionalidades y culturas. Ello ha generado escenarios que permiten promover la integración de los migrantes mediante estrategias pedagógicas. Cabe señalar que, a nivel local, no se encontraron medidas exclusivas para venezolanos, lo que obedece al perfil e historia migratoria de la ciudad.

EXPERIENCIAS
FRENTE A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

V. LAS CIUDADES DE COLOMBIA Y SU RESPUESTA FRENTE A LOS FLUJOS MIGRATORIOS: DOCUMENTACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Las ciudades de Colombia muestran ejemplos de una dinámica solidaria para dar respuesta a la migración con sus limitados recursos públicos. En esa línea, son ilustrativas las experiencias de agencias internacionales, ONG e iglesias. Tales intervenciones configuran ayuda de emergencia y humanitaria, con aspectos innovadores derivados de la práctica en materia de atención a población en condición de desplazamiento interno.

Como resultado del proyecto Diagnóstico de la Migración, se analizaron las experiencias locales de diez ciudades colombianas¹² y, para la presentación de las BP, se seleccionaron siete de ellas para este artículo: Bogotá, Cúcuta, Pasto, Barranquilla, Tunja, Pereira y Medellín. Como parte del proyecto Feminización de la Migración Venezolana, se realizó trabajo de campo en Cúcuta, Santa Marta, Pereira y Bogotá; y algunas de las buenas prácticas con enfoque de género identificadas se describen igualmente en esta sección.

V.1. Cúcuta: buenas prácticas estatales normativas y administrativas en la principal zona fronteriza de acogida

Se trata de una ciudad intermedia fronteriza con una población de 703 000 personas, según los datos del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) para el año 2019. Puede afirmarse que, como ciudad, ha sido la que ha recibido el mayor impacto de la movilidad de personas venezolanas, pues registró un incremento de

12 Bogotá, Santa Marta, Cartagena, Barranquilla, Cúcuta, Bucaramanga, Pereira, Pasto, Soacha y Tunja.

migrantes del 0,8 % al 5,5 % dicho año (Mazuera-Arias *et al.*, 2019, p. 29); mientras que en el mes de diciembre del mismo año se reportó un total de 93 461 migrantes de dicho país.

En el estudio titulado «Migración en el nororiente colombiano» (Ramírezparis *et al.*, 2019) se identifican los principales corredores migratorios de la región y se prioriza el análisis de algunas de sus comunas, con énfasis en la garantía de los derechos de esta población. Se concluye que la posibilidad de regularización migratoria está directamente ligada con el ejercicio de los derechos de la población de origen.

Desde la mirada institucional, se observa que la situación ha desbordado la capacidad del Gobierno departamental y uno de los sectores críticos es el de la salud, pues las cifras de morbilidad y mortalidad de personas venezolanas, especialmente las mujeres gestantes atendidas en el Hospital Universitario Eduardo Meoz, fueron preocupantes en el periodo analizado y dieron lugar a diversas estrategias para garantizar atención básica para esta población.

Los investigadores encontraron BP estatales de tipo normativo y administrativo lideradas por el sector público, entre las cuales podemos mencionar la expedición de la Ordenanza N° 003, de mayo de 2017, por parte de la Asamblea departamental, la cual plantea una propuesta de integración más amplia e incluyente de una instancia colectiva denominada Consejo Departamental de Atención Integral a la Población Migrante. Esta BP tiene varios aspectos a considerar, a saber: a) la convocatoria de este Consejo es institucional, b) tiene un énfasis regional, c) se concentra en la articulación de funciones relacionadas con la atención a migrantes, d) busca un centro unificado de coordinación, y e) responde a alertas y acciones urgentes para garantizar los derechos de los migrantes en esta región.

Un hallazgo interesante evidencia cómo se ha fortalecido la relación interinstitucional entre Gobierno territorial, ONG y universidades; y de qué manera se ha formulado el denominado plan de impacto para frontera, que busca satisfacer necesidades básicas. De igual forma, se destacan los ejercicios de diálogo entre la población inmigrante y la local por la Secretaría de Fronteras de la Gobernación para promover la integración.

En relación con el derecho a la educación, la expedición de las circulares N° 45 de 2015 y N° 7 de 2016 por parte de la Secretaría de Educación nos presenta instrumentos legales con características interesantes para ser considerados como BP normativas porque: a) su objetivo es garantizar el derecho a la educación para los niños y las niñas migrantes venezolanos; b) se complementa con las directrices migratorias colombianas; y c) armoniza y facilita la labor de los rectores de las instituciones educativas oficiales y no oficiales, facilitando la gestión

347

de los requerimientos documentales que imponen los funcionarios de Migración Colombia a los estudiantes venezolanos.

Sobre el derecho a la salud, en el periodo estudiado se amplió la cobertura de servicios de atención a mujeres gestantes y se vinculó a los niños venezolanos nacidos en los hospitales de la ciudad al Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisben).

También se reconocen acciones específicas de las entidades estatales en materia de infraestructura, beneficiando a poblaciones locales y migrantes en algunos municipios, como el de Los Patios.

Las evidencias de buenas prácticas lideradas por ONG, iglesias y agencias intergubernamentales son diversas e igualmente valiosas. Entre ellas, podemos mencionar: a) la ayuda de emergencia (para la supervivencia inmediata) realizada por organizaciones como la fundación Entre Dos Tierras, el Hogar del Peregrino y la Pastoral Social, que desarrollan apoyos puntuales para los migrantes en temas como la vivienda, el vestuario, los medicamentos y los kits para caminantes que van en tránsito. b) Experiencias de ayuda humanitaria, como el comedor comunitario de la Divina Providencia, que ofrece apoyos temporales para arrendamiento de vivienda, o los centros de acogida y escucha promovidos por Pastoral Social. c) La acción humanitaria a través de acciones de protección de las personas migrantes. En este último punto, se identifica la labor de Corprodinco, que brinda acompañamiento a las mujeres migrantes víctimas de violencia de género, además de protección infantil a través de un aula de formación de funcionarios. Y d) pedagogía en derechos de los migrantes a través de acciones pedagógicas y cartillas específicas sobre rutas de atención (Ramírezparis *et al.*, 2019, pp. 57-85).

V.2. Pasto: la frontera de paso desde y hacia Sudamérica

En el departamento de Nariño se analizaron las ciudades de Pasto, su capital, e Ipiales, municipio donde queda el puente internacional de Rumichaca, la misma que ha sufrido la mayor presión de la migración en tránsito desde el mes de agosto de 2019¹³. Nariño es una región donde se ha agravado la situación de los derechos humanos para la población en general y se han incrementado actividades como la migración irregular, la trata de personas y la explotación sexual de menores de edad.

13 En la infografía *Colombia. Refugiados y Migrantes Venezolanos* (R4V, 2019), se referencian cifras muy altas para el número de atenciones por parte de Migración Colombia en el Puente Rumichaca: 978 505 personas atendidas en el año 2018 y 782 828 hasta septiembre de 2019. Estos movimientos de personas tenían por dirección el sur del continente. La pandemia cambió el sentido de estos flujos migratorios y desde el mes de marzo de 2020, con el incremento de los casos de COVID-19, el principal reto para las autoridades de Nariño se relaciona con la población venezolana y ecuatoriana proveniente de Ecuador de forma irregular, siendo Ipiales el municipio con mayor número de casos en el departamento.

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

En el examen que realizan las investigadoras (Goyes *et al.*, 2019, pp. 87-117), se da relevancia a la urgencia de atención para las mujeres migrantes y la necesidad de acciones específicas para atender casos de mujeres gestantes, además de a niños y niñas que en muchos casos no van acompañados.

Las evidencias de BP lideradas por ONG, iglesias y agencias intergubernamentales son diversas e igualmente valiosas. Estas acciones se podrían organizar en: a) ayuda de emergencia a través de campañas que lideran los bancos de alimentos de las iglesias y fundaciones; b) ayudas humanitarias, las cuales han sido prioritarias e incluyen alimentos, vivienda provisional e insumos para garantizar una estancia digna; y c) acciones humanitarias y pedagógicas en derechos humanos por medio de brigadas jurídicas y sociales realizadas con universidades, Acnur y Opción Legal. La asesoría jurídica se presta prioritariamente en los pasos fronterizos (Ipiales y Puente Internacional de Rumichaca) y versa sobre temas de regularización y acceso a derechos.

Como BP con convergencia de actores se destacan los convenios suscritos por las instituciones prestadoras de salud, los cuales han permitido atender a numerosos migrantes, especialmente a los más vulnerables. Entre estos servicios, vale resaltar el acceso a medicina general, la vacunación, la enfermería, la psicología, la odontología, la nutrición y la ginecología, entre otros.

Finalmente, como BP estatales han sido muy valiosos los encuentros binacionales entre autoridades a cargo de la atención humanitaria en la frontera. Gracias a ellos se han logrado acuerdos importantes en materia de salud, garantía de derechos y seguridad para los migrantes.

V.3. Barranquilla: ciudad de acogida para mujeres migrantes y retornadas

La dinámica de acogida a migrantes y retornados en la Costa Caribe y en especial, en la ciudad de Barranquilla, presenta según las investigaciones, notas caracterizadas por la relación que desde tiempo atrás la población costeña de Colombia tenía con Venezuela. Muchas familias binacionales han acogido a sus integrantes (retornados) en su vida social y laboral. De igual forma, los migrantes venezolanos contaron en esta ciudad con apoyo y vocación de integración.

Barranquilla contaba para el año 2019 con una población cercana a los 60 000 migrantes, con graves problemas de salud y nutrición, y falta de protección integral de sus derechos. Surgen entonces iniciativas institucionales para buscar la atención interdisciplinaria requerida por parte del distrito (El Heraldo, 2019).

349

En Barranquilla, según el trabajo de los investigadores (Almanza *et al.*, 2019), se priorizó el derecho a la salud de las mujeres migrantes al evidenciar el alto número de mujeres embarazadas que llegaban a solicitar servicios en los hospitales. Se concluye que con la implementación de las BP administrativas de trabajo coordinado en salud se mejora el acceso y la atención integral de las mujeres migrantes venezolanas en condición de embarazo. Estas acciones en materia de salud orientan al Gobierno municipal a formular políticas, programas y proyectos, con el fin de mejorar la atención prioritaria en salud de los venezolanos.

Como una buena práctica normativa, Barranquilla aprobó en agosto de 2019, mediante un acuerdo sancionado por el Gobierno municipal, la primera política pública de carácter local para atención integral de migrantes vulnerables provenientes de Venezuela. Los ejes centrales de esta política son, básicamente, la implementación de asistencia social y humanitaria en salud y educación con un enfoque diferencial para niños, niñas y adolescentes y adultos mayores. Se plantea la coordinación de las diferentes autoridades locales y nacionales para dar una efectiva respuesta a la migración.

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

V.4. Bogotá: ciudad receptora de migrantes

La capital de la república se describe como una ciudad de destino por las oportunidades que puede ofrecer para los migrantes. Ha sido la mayor receptora de población en Colombia y a diciembre de 2019 tenía 357 667 migrantes venezolanos. En el periodo examinado, llama la atención la coordinación de las diversas secretarías distritales con agencias internacionales para brindar atención humanitaria a la población migrante, la idea de construir un registro social alternativo de migrantes venezolanos, la creación de un centro de atención e integración al migrante como BP de asistencia humanitaria (alojamiento, alimentación), así como el plan de construcción de albergues distritales para el migrante transitorio a pesar de las dificultades que tuvo que sortear (Torres *et al.*, 2019, pp. 224-228).

En relación con el derecho a la salud, en el distrito se han realizado acciones de inclusión en el Sisben, atención en salud y tareas preventivas, como la vacunación de la población que llegaba a los albergues y diversas localidades de la ciudad (Alcaldía Mayor de Bogotá, 2018).

En cuanto al derecho al trabajo, se identificaron buenas prácticas a través del diálogo promovido en las mesas de trabajo del proyecto Diagnóstico Regional de la migración con enfoque en derechos humanos 2014-2018, y se encontró que la Administración distrital diseñó rutas de atención en temas laborales y brindó asesorías especializadas a las personas para el ingreso de sus hojas de vida en plataformas de empleo como el

Servicio Público de Empleo (SISE), sin discriminarlas por su condición migratoria.

Como BP administrativas de trabajo coordinado, se encuentran experiencias como la realizada por la Personería Distrital, donde se brinda orientación a los migrantes para la garantía de sus derechos e incluso se han liderado acciones judiciales para protegerlos. A través de la delegada de derechos humanos, se realizaron visitas a los barrios donde existe mayor población venezolana y se han programado actividades de asesoría y sensibilización a la población receptora y migrante, con énfasis en los derechos de las mujeres, los niños y las niñas (Personería Distrital de Bogotá, 2018).

En relación con el derecho a la educación, se observaron BP administrativas orientadas a garantizar la integración social a través de la instrucción. Vale señalar la iniciativa denominada Matriculatón, la aplicación de modelos educativos flexibles y la flexibilidad documental. La Matriculatón fue una propuesta generada en el Ministerio de Educación, pero su ejecución se realizó en los municipios y, para el caso de Bogotá, contó con una gran campaña en medios que invitó a los padres a matricular a sus hijos, dándoles información clara sobre los beneficios que recibirían por parte de las instituciones educativas.

Como la respuesta fue favorable, se hizo necesario adecuar estrategias para garantizar el acceso a la educación en condiciones dignas a los estudiantes venezolanos y se invirtieron recursos para facilitar nuevos espacios, mejores condiciones de logística, una flexibilización documental con un número único para estudiantes migrantes, acceso a bibliotecas, alimentación escolar y mayor número de cupos.

Para fortalecer los derechos de las mujeres migrantes se encuentran BP pedagógicas y de incidencia como los observatorios de medios, con líneas específicas relacionadas con temas de género. De igual forma, se ha diseñado estrategias para reflexionar sobre la labor de las cuidadoras migrantes (Rojas & Luna, 2018, pp. 65-68).

V.5. Tunja: ruta de caminantes

Tunja es considerada una ciudad de tránsito migratorio de venezolanos con una característica paradójica, pues en el Bicentenario de la Independencia, las rutas que usó el ejército de Bolívar al venir desde Venezuela son las mismas que transitan en la actualidad los hermanos venezolanos en búsqueda de nuevas oportunidades de vida. Y lo mismo en sentido inverso: durante la pandemia, estas han sido usadas por los migrantes para regresar a su país de origen, al punto de que en el periodo estudiado se referencian cerca de 11 000 personas (Guerrero & Chinome, 2019, p. 269).

351

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANASMIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

En este acápite, llama la atención la descripción de buenas prácticas como: a) el acceso a la educación sin importar la condición jurídica; b) el seguro de protección al estudiante; c) la nivelación y adaptación al sistema educativo colombiano; d) los puntos de atención al migrante (PAM), el apoyo a los caminantes, el auxilio de complemento alimentario, el seguimiento y el subsidio económico a familias establecidas en Tunja; e) el plan de ponderación y caracterización para identificar los casos de mayor riesgo en la migración; f) el programa de restablecimiento de contactos familiares (llamadas, internet gratuito); y g) el programa de *cash transfer* (tarjeta redimible para alimentos).

En relación con el derecho a la educación, durante el periodo estudiado se desarrollaron programas que beneficiaron a los ciudadanos venezolanos sin importar su condición migratoria, garantizando su derecho fundamental a la educación. Con ese objetivo, se posibilitaron las entrevistas y la garantía de cupo en cualquier colegio público; y, además, los estudiantes venezolanos recibieron cobertura del seguro de protección al estudiante, así como opciones de nivelación y adaptación al sistema educativo colombiano.

La Cruz Roja colombiana, por su parte, llevó a cabo tres programas de atención primaria para migrantes venezolanos en esta ciudad, propuestas que corresponden a la categoría de acciones de acogida e integración social, descritas a continuación:

- Puntos de atención al migrante (PAM): buscan apoyo para a) la identificación de rutas por las cuales los migrantes ingresan al departamento de Boyacá y la ciudad de Tunja; b) la atención básica en primeros auxilios para caminantes en las rutas establecidas; c) la entrega de refrigerio y útiles de aseo para caminantes; d) la atención especializada con médicos capacitados, cuando se amerita; y e) la ponderación y caracterización para identificar los casos de mayor relevancia.
- Programa de restablecimiento de contactos familiares (PRF), que incluye llamadas telefónicas gratuitas y acceso a internet.
- Programa de cambio de efectivo (*cash transfer*), por el cual se otorga al migrante una tarjeta redimible en efectivo para la compra única y exclusiva de alimento.

Se encuentra, como en la mayoría de las ciudades analizadas, una labor destacada de la Pastoral Social, con buenas prácticas en ayuda de emergencia y ayuda humanitaria a través de a) la identificación de migrantes venezolanos por medio de entrevistas, b) el auxilio económico para caminantes, c) el auxilio de complemento alimentario, y d) el seguimiento y auxilio económico a familias establecidas en la ciudad.

Un ejemplo valioso de BP en acciones de acogida se observó en el trabajo del Hogar de Paso Espíritu Santo en Tunja y Boyacá, donde se prestaron servicios de apoyo en salud, vestido, estancia, vivienda, orientación y asesoría del proceso migratorio hasta fines del año 2019. Desafortunadamente, la Alcaldía ordenó la demolición del inmueble (en concesión) donde funcionaba el hogar, dejando sin alternativa a los usuarios del servicio.

Finalmente, se destaca el aporte de los consultorios jurídicos en su labor de asesoría para la garantía de los derechos de los migrantes mediante acciones de tutela, además de la promoción de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (Guerrero & Chinome, 2019, p. 274).

V.6. Pereira y Medellín: el ADN emigrante ahora es receptor

Estas dos ciudades se destacaron durante décadas como ciudades de emigrantes colombianos al exterior, pero en el periodo estudiado se convirtieron en región de tránsito y destino. En Pereira se reportaron cerca 12 156 migrantes venezolanos y en Medellín la cifra aportada es de 86 201 personas. A pesar del ADN emigrante de ambas ciudades, se evidencian en Pereira y Medellín comportamientos xenófobos y dificultades para el acceso a los derechos de esta población. Igualmente, se constata la ausencia de políticas de movilidad.

Como BP, en la ciudad de Pereira se señalan: a) las brigadas interdisciplinarias que brindan información jurídica/social y de salud; y b) la Personería de Pereira y la Secretaría de Desarrollo Social y Político del municipio, que lideran una propuesta para la creación de una iniciativa que contenga las rutas articuladas de atención de la población migrante (Hurtado *et al.*, 2019, pp. 376-380).

En esta ciudad también se reconocen dos buenas prácticas pedagógicas y de incidencia, desarrolladas con el apoyo de una convergencia de actores: la primera, orientada a promover espacios de discusión y debate en los medios de comunicación en temas de género y migración; la segunda, una propuesta —generada en un grupo de mujeres retornadas— orientada a fortalecer servicios de cuidado remunerado prestados por migrantes venezolanas y colombianas que han vuelto de España como alternativa laboral y de inclusión (Rojas & Luna, 2018, pp. 65-67).

En la ciudad de Medellín, resaltan como BP: a) la implementación de convenios universitarios con el Acnur y la Corporación Opción Legal a través de los cuales se dio apertura al primer Programa de Protección Internacional (PPI) en la Universidad de Antioquia, que desde 2017 ofrece consultoría jurídica gratuita a los extranjeros que requieran apoyo internacional en diferentes temas relacionados con el ejercicio

de sus derechos. En paralelo, como una BP normativa, se señala b) la política pública del Municipio de Medellín, pues responde a las dinámicas de integración, heredadas de los históricos procesos de atención a víctimas del conflicto armado. Así, se retoma el sistema de atención a población vulnerable, garantizando la atención en salud a las mujeres gestantes, y a los niños y las niñas migrantes.

VI. CONCLUSIONES Y PRINCIPALES HALLAZGOS DE LA INVESTIGACIÓN

La realidad migratoria en el Cono Sur ha tenido dimensiones diversas, lo que incide de manera definitiva en el nivel de desarrollo de las políticas migratorias, las dinámicas de integración de la población inmigrante, las respuestas institucionales y de la sociedad civil, y, en consecuencia, en el acceso a los derechos de esta población.

Las acciones estatales de regularización concebidas en este artículo como BP estatales se relacionan de manera directa con el acceso a los derechos para el caso de la región latinoamericana, donde hay diversas tendencias, que van desde las medidas temporales hasta las definitivas. Por lo anterior, según la tendencia que asuman los Estados frente a la documentación, esto incidirá en el mayor o menor desarrollo de las BP, de acuerdo con la clasificación propuesta en este texto.

Con relación al concepto de BP, estas son consideradas como un conjunto de acciones desplegadas por diversos actores y orientadas a enfrentar una situación o desafío desde la innovación, utilidad y transferencia de resultados. Por su parte, dada la perspectiva de derechos humanos empleada en esta investigación, se estima que deberán ser construidas a partir de ejercicios participativos e incorporando el enfoque diferencial (BP).

Como aporte conceptual, las BP aplicables al contexto migratorio se pueden clasificar según los actores que las lideran y entre estas es posible hallar tanto a las acciones estatales como aquellas promovidas por la sociedad civil, las agencias internacionales y las iglesias. Por otra parte, se pueden clasificar según el área de impacto, pudiendo estar orientadas a la ayuda de emergencia, la ayuda humanitaria, las prácticas pedagógicas, o ser de acogida y de integración. A la fecha, son escasas las investigaciones que ofrecen parámetros de sistematización para las BP migratorias.

La identificación e implementación de las BP en las ciudades seleccionadas permitió encontrar hallazgos particulares según el tipo de urbe y ejemplificar las medidas nacionales en experiencias concretas. Es así como en las ciudades capitales de Lima y Bogotá, por ejemplo,

353

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

se perciben acciones de coordinación entre la institucionalidad y las agencias internacionales para atender la oleada migratoria. Sin embargo, en estas dos capitales estatales se puede identificar una percepción de temporalidad de la migración proveniente de Venezuela, razón por la cual las medidas vigentes son de corto plazo y suelen atender a una coyuntura particular, lo que implica un desconocimiento sobre la tendencia hacia la permanencia de esta migración.

Por su parte, las otras dos capitales analizadas (Quito y Buenos Aires) presentan un interesante contraste en función del marco normativo aplicable y las medidas concretas adoptadas para atender la migración proveniente de Venezuela. Así, podría afirmarse que ambas ciudades, a partir de la aplicación de medidas legales nacionales para abordar la migración, proponen una tendencia hacia la recepción de personas extranjeras de manera universal. Pese a lo anterior y a las coincidencias desde el punto de vista formal, las distancias entre estas dos ciudades se evidencian en la aplicación práctica de las acciones, toda vez que la política implementada para la ciudad argentina se fundamenta en una larga tradición de recepción de personas que impacta de manera positiva en el acceso a los derechos. Por el contrario, para el caso ecuatoriano, las aparentes medidas nacionales de apertura han retrocedido por cuenta de las políticas restrictivas de ingreso de personas, la exigencia de requisitos y las dificultades para garantizar los derechos de los migrantes.

Además de las capitales, en la reflexión presentada también se ilustraron las BP en las ciudades fronterizas, entre las que es posible hallar puntos de convergencia y de divergencia. Así, por ejemplo, Guayaquil, Cúcuta, Pasto y Barranquilla, para efectos migratorios, se comportan como ciudades de tránsito, bien sea porque facilitan la circulación dentro del país al que pertenecen o por ser un corredor para ingresar a otros Estados de la región. Dada esta situación, en dichos centros urbanos existe una tendencia hacia el incremento de los riesgos asociados a la migración, tales como el tráfico de migrantes o la trata de personas, lo que intensifica las afectaciones a los derechos de la población en situación de movilidad humana.

En cuanto a las ciudades intermedias, por ser todas las analizadas pertenecientes a Colombia, es posible hallar numerosas coincidencias derivadas de la ausencia de una política nacional en materia de migración. De esta manera, los esfuerzos territoriales representados en las BP se han enfocado en fortalecer alianzas con agencias internacionales y la sociedad civil, y en buscar opciones diversas y creativas para atender la realidad migratoria. Dichas acciones, si bien pueden ser novedosas, tienen como eje transversal la planeación a corto plazo, el carecer de sostenibilidad presupuestal en el tiempo y depender de la cooperación internacional, y el concebir la migración como un asunto temporal con

altas expectativas de retorno, tal y como se presenta también en dos de las capitales analizadas.

Según la clasificación aportada de BP desde los actores, se observa que la coordinación de entidades favorece la sostenibilidad, incentiva la participación, garantiza el éxito en la implementación, y facilita la evaluación y control social de las mismas. No obstante lo anterior, estimamos que, más allá de la sistematización y clasificación de las BP, es necesario que se generen investigaciones que logren medir el impacto de las mismas, de modo que puedan trazarse líneas de acción para la identificación y el mejoramiento de planes que permitan generar un entorno de protección para los derechos de la población migrante.

Si bien este trabajo se concentra en la identificación de las buenas prácticas, es necesario señalar que en los países y ciudades sudamericanas que se han analizado existen numerosas medidas que consideramos importante investigar para identificar las malas prácticas, institucionales o no, que atentan contra el ejercicio de los derechos de los migrantes. De igual forma, se requiere explorar la percepción de los migrantes con relación a lo que se considera BP, así como también que los entes dedicados a la cooperación y las entidades estatales realicen una constante evaluación y unifiquen criterios de actuación para identificar falencias y redireccionar esfuerzos orientados hacia la adopción de medidas para el acceso a los derechos de esta población.

REFERENCIAS

Abusada, R., & Pastor, C. (2008). *Migración en el Perú*. Lima: Instituto Peruano de Economía.

Albán, A. (2020). Guayaquil tiene su primera casa de ayuda para migrantes LGBTI. *Expreso*. <https://www.expreso.ec/actualidad/guayaquil-primera-casa-ayuda-migrantes-lgbti-3224.html>

Alburquerque, C. (2012). *Derechos hacia el final: Buenas prácticas en la realización de los derechos al agua y saneamiento*. Madrid: Gobierno de España, Aecid.

Alcaldía Mayor de Bogotá. (2018). *Respuesta a Derecho de Petición Diciembre 9 de 2018* [manuscrito inédito]. Bogotá.

Almanza, M., Villa, S., Hundek, L. H., & Berrocal, J. C. (2019). Caracterización de las mujeres migrantes venezolanas: su estadía en Barranquilla, 2014-2018. En M. Palacios Sanabria y B. Londoño Toro (eds.), *Migración y Derechos Humanos: el caso colombiano, 2014-2018* (pp. 121-160) Bogotá: Universidad del Rosario.

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (s.f.a). *Situación en Venezuela*. <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (s.f.b). *Buenas Prácticas. Protección de Refugiados en América Latina: Buenas Prácticas Legislativas*. <https://www.acnur.org/buenas-practicas.html>

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (s.f.c). *Perú*. <https://www.acnur.org/peru.html>

Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur). (2019). *ACNUR - Refugiados y migrantes en Perú recibirán acompañamiento en centros de apoyo*. <https://www.acnur.org/noticias/noticia/2019/10/5da78f534/refugiados-y-migrantes-en-peru-recibiran-acompanamiento-en-centros-de-apoyo.html>

Armijo, M. (2004). *Buenas prácticas de gestión pública en América Latina. Actas del IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. <https://administracionpublicacomparada.files.wordpress.com/2013/12/buenas-prc3a1cticas-gestic3b3n-al.pdf>

Banco Mundial. (2019). *Una Oportunidad para Todos: Los Migrantes y Refugiados Venezolanos y el Desarrollo del Perú* (vol. 2). Washington D. C. <http://documents.worldbank.org/curated/en/107621574372585665/Una-Oportunidad-para-Todos-Los-Migrantes-y-Refugiados-Venezolanos-y-el-Desarrollo-del-Perú>

Blouin, C., Hurtado, E., Jave, I., Vargas, G., & Jáuregui, A. (2019). *Estudio sobre el perfil socio económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión*. Fupad, Pontificia Universidad Católica del Perú. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/estudio-sobre-el-perfil-socio-economico-de-la-poblacion-venezolana-y-sus-comunidades-de-acogida-una-mirada-hacia-la-inclusion-2/

Buenos Aires Ciudad. (2018). *BA Migrante*. <https://www.buenosaires.gob.ar/noticias/ba-migrante>

Buenos Aires Ciudad. (s.f.a). *Todas - Mujeres Migrantes*. <https://www.buenosaires.gob.ar/desarrollohumanoyhabitat/mujer/conoce-tus-derechos/todas-mujeres-migrantes>

Buenos Aires Ciudad. (s.f.b). *Programa Buenos Aires Convive*. <https://www.buenosaires.gob.ar/derechoshumanos/convivencia-en-la-diversidad/programa-buenos-aires-convive>

Buenos Aires Ciudad. (s.f.c). *Institucional. Subsecretaría de Derechos humanos y Pluralismo Cultural*. <https://www.buenosaires.gob.ar/ss-de-derechos-humanos-y-pluralismo-cultural/institucional>

Cámara Argentina de Comercio y Servicios. (2018). *Informe sobre migraciones en Argentina*. Buenos Aires.

Consejo de Protección de Derechos. (2018). *Personas en situación de movilidad humana. Agenda de Protección de Derechos*, (4), 5-44. https://proteccionderechosquito.gob.ec/adjuntos/agendas/4_MOVILIDAD_HUMANA.pdf

Correo. (2019, 20 de marzo). *Perú: Casi 10 mil inmigrantes venezolanos recibieron ayuda humanitaria en los últimos 6 meses*. <https://diariocorreo.pe/peru/peru-casi->

10-mil-inmigrantes-venezolanos-recibieron-ayuda-humanitaria-en-los-ultimos-6-meses-877013/

Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). (2019, 17 de septiembre). *Comunicado de prensa Mercado laboral-módulo de migración*. 2012-2019. <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ml-migracion/cp-geih-migracion-2012-2019.pdf>

Diálogo Diverso. (s.f.). *Mi Casa Fuera de Casa*. <http://dialogodiverso.org/servicios-copy-2/>

El Heraldo. (2019, 1 de agosto). *A sanción, política pública para proteger a migrantes venezolanos*. <https://www.elheraldo.co/barranquilla/sancion-politica-publica-para-proteger-migrantes-venezolanos-654364>

El Universo. (2020, 23 de agosto). *En 15 puntos de Ecuador se activó atención a venezolanos*. <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/08/23/nota/7483872/15-puntos-se-activo-atencion-venezolanos>

Etchenique, M. (2020, 15 de abril). Buenos Aires, tierra de migrantes: 4 de cada 10 de sus habitantes nacieron en otro lado. *Clarín*. https://www.clarin.com/ciudades/buenos-aires-tierra-migrantes-10-habitantes-nacio-lado_0_B1Az9taal.html

Fitz Patrick, M. (2019, 25 de febrero). Las radicaciones de venezolanos en Argentina se quintuplicaron en los últimos dos años. *Infobae*. <https://www.infobae.com/sociedad/2019/02/25/las-radicaciones-de-venezolanos-en-argentina-se-quintuplicaron-en-los-ultimos-dos-anos/>

Fundación Panamericana para el Desarrollo (PADF), & Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). (2019). *Estudio sobre el perfil socio económico de la población venezolana y sus comunidades de acogida: una mirada hacia la inclusión*. Lima: IDEHPUCP.

Goyes, I., Torres, A., & Delgado, J. (2019). *Informe Final Diagnóstico Regional de la Migración con enfoque de Derechos Humanos 2014-2018*. Pasto.

Guerrero, C., & Chinome, H. (2019). Tunja: ciudad de tránsito migratorio de venezolanos. En M. Palacios Sanabria y B. Londoño Toro (eds.), *Migración y Derechos Humanos: el caso colombiano, 2014-2018* (pp. 269-284). Bogotá: Universidad del Rosario.

Gandini, L., Lozano Acsencio, F., & Prieto, V. (2019). El éxodo venezolano: migración en contextos de crisis y respuestas de los países latinoamericanos. En *Crisis y migración de población venezolana. Entre la desprotección y la seguridad jurídica en Latinoamérica* (pp. 9-31). Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Heredia, V., & Trujillo, Y. (2019, 20 de agosto). Cuatro fundaciones apoyan con asesoría legal, psicológica, albergue y alimentación a venezolanos. *El Comercio*. <http://www.elcomercio.com/actualidad/fundaciones-asesoria-legal-psicologia-venezolanos.html>

Herrera, G., Carrillo, M. C., & Torres, A. (2005). *La migración ecuatoriana: transnacionalismo, redes e identidades*. Quito: Flacso.

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

Hurtado-Castrillón, L., Moncayo, A., Bedoya, E., Botero, S., Echeverry, J. A., Hurtado, A., Quintero, V., Triana, M. P., & Arango, D. C. (2019). La migración en el Eje Cafetero. En M. Palacios Sanabria y B. Londoño Toro (eds.), *Migración y Derechos Humanos: el caso colombiano 2014-2018* (pp. 355-385). Bogotá: Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/tj9789587842944>

Marín, L. (2017). *La movilidad humana, tema ineludible para la Iglesia Católica. Una estructura en constante tensión entre el imperativo de la acogida y la extrema complejidad del mundo de los migrantes* [tesis doctoral]. Universidad de Valencia. <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/59546/Tesis%20doctoral%20Luca%20Marin.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Márquez, E. (2014). *Manual de buenas prácticas en la atención a las personas inmigrantes*. Madrid: Diaconía, red de Acción Social.

Mazuera-Arias, R., Alborno-Arias, N., Morffe Peraza, M., Ramírez-Martínez, C., & Carreño Paredes, M. (2019). *Informe de movilidad humana venezolana II. Realidades y perspectivas de quienes emigran (8 de abril al 5 de mayo 2019)*. <https://bonga.unisimon.edu.co/handle/20.500.12442/4621>

Migración Colombia. (2020). "Más de un millón setecientos setenta y un mil venezolanos están radicados en Colombia": Migración Colombia. <https://www.migracioncolombia.gov.co/noticias/content/251-febrero-2020>

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. (2020). *Colombia solicita apoyo internacional para respuesta al covid-19 para los migrantes provenientes de Venezuela*. <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Colombia-solicita-apoyo-internacional-para-respuesta-al-covid-19-para-los-migrantes.aspx>

Naciones Unidas Argentina. (2018a). OIM y ACNUR presentan a autoridades estudios sobre refugiados y migrantes venezolanos en Argentina. <https://www.acnur.org/noticias/press/2018/9/5bad5b714/oim-y-acnur-presentan-a-autoridades-resultados-de-estudios-sobre-refugiados.html>

Naciones Unidas Argentina. (2018b). *Lanzamiento en Argentina del Plan de Respuesta para Refugiados y Migrantes de Venezuela*. <http://www.onu.org.ar/argentina-refugiados-migrantes-venezolanos/>

NTN 24. (2020, 15 de febrero). *Perú evalúa medidas para facilitar permanencia legal de venezolanos*. <https://www.ntn24.com/americ-latina/peru/peru-evalua-medidas-para-facilitar-permanencia-legal-de-venezolanos-116015>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (1997, 20-21 de febrero). *International Benchmarking Experiences from OECD Countries*. Copenhagen. <http://www.oecd.org/governance/budgeting/1902957.pdf>

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2013). Capítulo IV - Desarrollo de los Derechos Humanos en la Región – Venezuela: Situación de grupos o colectivos en situación de vulnerabilidad - Personas refugiadas y solicitantes de refugio. En *Informe anual 2013*. <http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/informes/anuales.asp>.

Organización de los Estados Americanos (OEA), & Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (2017). *Migración Internacional*

de las Américas. *Cuarto Informe del Sistema de Continúo de Reportes sobre Migración Internacional en las Américas* (SICREMI). <http://www.oas.org/documents/spa/press/SICREMI-2017-espanol-web-FINAL.pdf>

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2020). *Guía práctica de respuestas inclusivas y con enfoque de derechos ante el COVID-19 en las Américas*. Washington D. C. http://www.oas.org/es/sadye/publicaciones/GUIA_SPA.pdf

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (s.f.) *Emergencia*. <https://colombia.iom.int/emergencia>

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2019). *Tendencias Migratorias en las Américas*. https://robuenosaires.iom.int/sites/default/files/Informes/Tendencias_Migratorias_Nacionales_en_Americas_Venezuela_ES_Diciembre_2019_v02_baja.pdf

Organización Internacional para las Migraciones (OIM). (2020). *DTM Ronda 7: Monitoreo de flujo de población venezolana: Ecuador* (Noviembre 2019). <https://r4v.info/es/documents/details/73546>

Organización Internacional para las Migraciones (OIM) & Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). (2019). *Monitoreo de flujo de población venezolana en el Perú. DTM Reporte 6*. <https://r4v.info/es/documents/download/71522>

Organización Internacional para las Migraciones (OIM), & Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). (2020). *Monitoreo de flujo de población venezolana en el Perú. DTM Reporte 7*. https://www.unicef.org/peru/sites/unicef.org/peru/files/2020-03/IOM%20DTM_Monitoreo%20de%20Flujo%20de%20la%20Poblacion%20Venezolana%20en%20el%20Peru_Round7_Febrero2020.pdf

Organización de Naciones Unidas (ONU). (1990, 18 de diciembre). *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la en su resolución N° 45/158*. Asamblea General de las Naciones Unidas.

Organización de Naciones Unidas (ONU). (1998). *Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la Resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, Derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas* (Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2*). Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022.pdf>

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2011, 23 de febrero). *Observación general N° 1, sobre los trabajadores domésticos migratorios* (Doc. CMW/C/GC/1). Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2014). *Informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Marco de medidas para el seguimiento del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo después de 2014* (Doc. A/69/62). Asamblea General de las Naciones Unidas. https://digitallibrary.un.org/record/767923/files/A_69_62-ES.pdf

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2017a, 5 de octubre). *Informe sobre el compendio de principios, buenas prácticas y políticas sobre una migración segura, ordenada y regular de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos* (Doc. A/HRC/36/42). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://undocs.org/pdf/symbol=es/A/HRC/36/42>

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2018a). *Conferencia Intergubernamental encargada de Aprobar el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, Proyecto de documento final de la Conferencia* (Doc. A/CONF.231/3). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://www.un.org/es/conf/migration/global-compact-for-safe-orderly-regular-migration.shtml>

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2018b). *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Derechos Humanos de los migrantes* (Doc. A/73/178). Asamblea General de las Naciones Unidas. <https://refugeesmigrants.un.org/es/informe-del-relator-especial-sobre-los-derechos-humanos-de-los-migrantes-a71285>

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2020a). *Coronavirus, venezolanos, Colombia, ayuda humanitaria... Las noticias del martes*. Noticias ONU. <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472812>

Organización de Naciones Unidas (ONU). (2020b). *Plan de respuesta humanitaria COVID-19 Ecuador*. <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/20200430-EHP-ECUADOR-COVID-19.pdf>

Personería Distrital de Bogotá. (2018, 18 de diciembre). *Respuesta a Derecho de Petición*. Bogotá.

Pesantes, K. (2019). *Migrantes tienen su 'Pequeña Venezuela' en Guayaquil*. Primicias. <https://www.primicias.ec/noticias/sociedad/migrantes-pequena-venezuela-guayaquil/>

R4V. (2019). *Colombia. Refugiados y Migrantes Venezolanos* [infografía]. <https://r4v.info/es/documents/download/71864>

Ramirezparis, X., Sepúlveda, A., Herreño, D., & Sierra, E. (2019). *Migración en el nororiente colombiano*. En M. Palacios Sanabria y B. Londoño Toro (eds.), *Migración y derechos humanos: el caso colombiano, 2014-2018* (pp. 57-85). Bogotá: Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/tj9789587842944>

Rojas, N., & Luna, B. (2018). *Informe: análisis comparado de modelos normativos, desarrollos legislativos, políticas públicas y buenas prácticas en Colombia, Venezuela, Perú, Chile, Ecuador y Argentina* [en prensa]. Bogotá. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4814446.pdf>

Torres, M., Iregui, P., & Lozano, M. (2019). *Una mirada a los derechos de la población migrante en el Distrito Capital: retos de una creciente realidad*. En M. Palacios Sanabria y B. Londoño Toro (eds.), *Migración y derechos humanos: el caso colombiano, 2014-2018* (pp. 199-229). Bogotá: Universidad del Rosario. <https://doi.org/10.12804/tj9789587842944>

Tovar, H. (2001). Emigración y éxodo en la historia de Colombia. *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, (3), 1-12. <https://doi.org/10.4000/alhim.522>

Unidad Nacional para la Gestión de Riesgo de Desastres (UNGRD). (2018, 27 de marzo). *Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos - RAMV*. Unidad Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres. http://portal.gestiondelriesgo.gov.co/Paginas/Slide_home/Registro-Administrativo-de-Migrantes-Venezolanos-RAMV.aspx

Zamora Gómez, C. (2020, 28 de abril). *Xenofobia institucional vs. Derecho universal a la salud durante la pandemia*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/xenofobia-institucional-vs-derecho-universal-a-la-salud-durante-la-pandemia/>

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Circular N° 45, atención en el sistema educativo a la población en edad escolar movilizadas desde la República de Venezuela (Ministerio de Educación Nacional de Colombia, 15 de septiembre de 2015).

Circular N° 7, orientaciones para la atención de la población en edad escolar proveniente de República de Bolivariana de Venezuela (Ministerio de Educación Nacional de Colombia, 2 de febrero de 2016).

Constitución Política de la República de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTMF) (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 18 de diciembre de 1990). <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Decreto N° 117 (Presidencia de la República de Colombia, 28 enero de 2020). *Diario Oficial*, (51210).

Decreto N° 402 (Presidencia de la República de Colombia, 13 de marzo de 2020). *Diario Oficial*, (51255).

Decreto Legislativo N° 1466, que aprueba disposiciones para fortalecer y facilitar la implementación del intercambio prestacional en salud en el Sistema Nacional de Salud, que permitan la adecuada y plena prestación de los servicios de prevención y atención de salud para las personas contagiadas y con riesgo de contagio de COVID-19 (Consejo de Ministros del Perú, 28 de abril de 2020).

Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, (Presidencia de la República del Perú, 15 de marzo de 2020), *Diario Oficial El Peruano*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/662504/DU048_2020.pdf

Decreto de Urgencia N° 048-2020 (Presidencia de la República del Perú, 27 de abril de 2020). *Diario Oficial El Peruano*. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/662504/DU048_2020.pdf

EXPERIENCIAS
FRENTA A LA
MIGRACIÓN:
BUENAS PRÁCTICAS
LOCALES EN
CIUDADES
SUDAMERICANAS

MIGRATORY
EXPERIENCES: GOOD
LOCAL PRACTICES IN
SOUTH AMERICAN
CITIES

Disposición DNM N° 1714/2020, Admisión, ingreso, permanencia y egreso de personas en la República de Argentina, (Dirección Nacional de Migraciones, 27 de enero de 2017), Referencia: EX-2020-17763587- -APN-DGI#DNM

Disposición DNM N° 520/2019, Programa especial para migrantes venezolanos (Dirección Nacional de Migraciones, 31 de enero de 2019). Referencia, EX-2019-04498167 --APN-DNM#MI

Estatuto migratorio Ecuador-Venezuela (Gobierno de Ecuador). <https://www.gob.ec/mremh/tramites/concesion-visa-residencia-permanente-amparo-mercosur-estatuto-migratorio-ecuador-venezuela>

Ley N° 387 (Congreso de la República de Colombia, 24 de julio de 1997). *Diario Oficial*, (43.091). https://minvivienda.gov.co/sites/default/files/normativa/ley_387_de_24-7-1997_personas_desplazadas_-_colombia.pdf

Ley N° 1997 (Congreso de la República de Colombia, 16 de septiembre de 2019). *Diario Oficial*, (51078).

Ley de Migraciones, Ley N° 25871 (Dirección Nacional de Migraciones Argentina, Congreso de la Nación Argentina, 20 de enero de 2004).

Ordenanza N° 003 de 2017, por medio de la cual se modifica la Ordenanza N° 010 del 3 de septiembre de 2010 - Consejo Departamental de Atención Integral a la población migrante en Norte de Santander y se otorga una autorización al señor Gobernador (Asamblea Departamental de Norte de Santander, 31 de mayo de 2017).

Ordenanza Metropolitana N° 188 (Consejo Metropolitano de Quito, 21 de agosto de 2006).

Ordenanza Metropolitana N° 271 (Consejo Metropolitano de Quito, 27 de agosto de 2008).

Plan de Acción del Proceso de Quito sobre la Movilidad Humana de Nacionales Venezolanos en la Región (Repúblicas de Argentina, Paraguay, Chile, Perú, Colombia y Oriental de Uruguay, 22-23 de noviembre de 2018).

Plan Metropolitano de desarrollo y ordenamiento territorial 2015-202, Ordenanza Metropolitana N° 0041 (Consejo Metropolitano de Quito, 11 de febrero de 2015). http://www.emaseo.gob.ec/documentos/lotaip_2015/s/actas_y_resoluciones/Plan_Metropolitano_Desarrollo_y_Ordenamiento_Territorial_DMQ_2015_2025.pdf

Recibido: 15/07/2020

Aprobado: 29/01/2021

Imparcialidad, estereotipos de género y corrupción judicial*

Impartiality, gender stereotypes and judiciary corruption

ROCÍO VILLANUEVA FLORES**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: Este artículo analiza el uso de estereotipos de género en la argumentación jurídica en contextos de severa corrupción judicial, lo que resulta en la vulneración del principio de imparcialidad judicial. La autora sostiene que es la impunidad de la corrupción judicial, asociada a la discriminación estructural, la que explica en gran parte el cinismo en la fundamentación de las decisiones judiciales sobre violencia de género. Asimismo, propone que las virtudes judiciales son esenciales para enfrentar la corrupción en la actividad jurisdiccional.

Palabras clave: Neutralidad, imparcialidad, corrupción judicial, virtudes, estereotipos de género

Abstract: This article analyzes gender stereotypes in legal reasoning in contexts of severe judiciary corruption, which results in the violation of impartiality. The author maintains that it is the impunity of judiciary corruption, associated with structural discrimination, which largely explains the cynicism in legal rulings on gender violence. She also proposes that judicial virtues are essential to face corruption in the judicial arena.

Key words: Neutrality, impartiality, judiciary corruption, virtues, gender stereotypes

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. ¿ES EL DERECHO NEUTRO O AVALORATIVO?.- II.1. NEUTRALIDAD Y DERECHO.- III. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIALES.- IV. CORRUPCIÓN, DESTRUCCIÓN Y DESLEALTAD AL SISTEMA. - IV.1. CORRUPCIÓN JUDICIAL Y CARENCIA DE VIRTUDES.- IV.2. VIRTUDES JUDICIALES.- V. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL Y ARGUMENTOS ESTEREOTIPADOS.- V.1. ALGUNOS EJEMPLOS.- VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Jerome Frank (1947) se preguntaba, en la primera mitad del siglo pasado, qué posibilidades había de un ataque inteligente al problema de cómo disminuir el efecto diabólico de factores como la deshonestidad en la resolución de los casos si tales factores no se incluían en el estudio de cómo funcionan los tribunales (p. 1325). La pregunta sigue vigente en un país con severos problemas de corrupción judicial como el Perú.

* Este artículo fue escrito como parte del proyecto de investigación CAP 2019-1-0054/736, DGI-PUCP.

** Profesora principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y doctora en Derecho.
Código ORCID: 0000-0003-0183-6558. Correo electrónico: mrvillan@pucp.edu.pe

El tremendo escándalo de corrupción judicial destapado en el país el año 2018 involucra a un exjuez de la Corte Suprema, al expresidente de la Corte Superior del Callao, a fiscales supremos y a exmiembros del Consejo Nacional de la Magistratura por su presunta vinculación a la organización criminal Los Cuellos Blancos del Puerto, conformada, además, por abogados y empresarios. Dicho escándalo fue destapado por un periodista de investigación, gracias a un conjunto de audios de conversaciones telefónicas en las que los propios personajes contaban o aludían a sus fechorías, dando cuenta de cómo habían convertido a la presidencia de la Corte Superior del Callao, a una parte de la Corte Suprema y a fiscalías supremas, así como al Consejo Nacional de la Magistratura, en espacios para el ejercicio de actos de corrupción¹.

Por poner solo un ejemplo, en el 2014 se abrió una investigación policial contra el entonces juez superior, César Hinostroza, por la propiedad de dos casas en Miami que no reportó como funcionario público. Sin embargo, la fiscalía archivó el caso acogiendo la explicación de que él solo era propietario de una primera casa, pero no de la segunda, y que esta última la había comprado su esposa sin que él supiera². En diciembre de 2015, César Hinostroza fue nombrado juez supremo por el ex Consejo Nacional de la Magistratura³.

El 2015, en un discurso que dio el juez superior titular Walter Ríos, quien sería luego presidente de la Corte Superior del Callao y protagonista de varios audios, señaló que uno de los objetivos fundamentales de las mejoras del sistema de justicia era «consolidar en el Perú una justicia independiente, predecible y moderna, sustentada en principios éticos y morales, protectora e impulsora de la seguridad jurídica, garante del efectivo control judicial ante un posible uso abusivo del poder»⁴. Este discurso es una pequeña muestra de que tales personajes habían adherido solo retóricamente las reglas del derecho y los principios constitucionales, pues sus actos evidencian un claro desprecio por los mismos.

Por otro lado, no me parece casual que uno de los primeros audios propalados fuera el de una conversación telefónica del exmagistrado de la Corte Suprema, César Hinostroza, en la que presuntamente negociaba la pena de un violador de una niña de once años («¿Qué es lo que quieren? ¿Que le baje la pena o que lo declaren inocente?»)⁵. Este tipo de actos podrían explicar la abierta irrazonabilidad, el cinismo de los argumentos, que se advierte en varias decisiones judiciales

1 Al respecto, ver IDL-Reporteros (2018a, 2018b).

2 Ver Ahora (2018).

3 César Hinostroza fue destituido del cargo de vocal supremo por infracción a la Constitución mediante Resolución Legislativa del Congreso N° 04-2018-2019-CR, publicada en el *Diario Oficial El Peruano*, sección Normas Legales, el 6 de octubre de 2018.

4 Ver Ríos (2015). Cabe señalar que Walter Ríos fue detenido el 15 de julio de 2018 y permanece en prisión preventiva.

5 Ver IDL-Reporteros (2018c).

en casos de violencia de género. Especialmente indignantes, por los efectos que tienen en la vida de las víctimas, son aquellas resoluciones judiciales (y fiscales) que emplean argumentos estereotipados sobre las mujeres, perennizando la impunidad de los perpetradores de la violencia de género. Tengo la impresión de que el binomio corrupción judicial-irrazonabilidad se presenta de manera más frecuente de lo que pensamos. Evidentemente, lo señalado no impide reconocer que en el país hay jueces y fiscales honestos en todos los niveles que día a día honran la importante función que se les ha encomendado.

Como también señalaba Frank (1947), no solo se debe prestar atención a los valores de la democracia, sino a los factores que inciden en que tales valores se vean frustrados en los tribunales (p. 1324). Entre los primeros se ubican la imparcialidad judicial y la igualdad; entre los segundos, la corrupción judicial y la desigualdad estructural.

II. ¿ES EL DERECHO NEUTRO O AVALORATIVO?

El término «neutralidad» es empleado con ocasión de distintos problemas filosóficos y con diferentes acepciones. He dividido, a grandes rasgos, estos usos en tres grupos, el último de los cuales está más directamente vinculado al derecho y a los jueces.

Un primer uso de ese término se da para aludir a una de las características del proyecto normativo racionalista de la Ilustración, así como al de sus herederos (el constructivismo ético o las éticas dialógicas de influencia kantiana) (Thiebaut, 1992, p. 29), que imaginan a los agentes encargados de diseñar la estructura básica de la sociedad como libres, iguales e independientes (Nussbaum, 2016, p. 109). Se trata de teorías éticas que se formulan desde lo que se considera un punto de vista neutral o imparcial, con el objetivo de construir una moral crítica o de proponer diseños institucionales.

Un conjunto de críticas contra tales teorías, como las de los comunitaristas, se dirigen a los supuestos de los que parten las propuestas del liberalismo político: un individuo abstracto, racional, descontextualizado, desencarnado, desarraigado, en una posición original cubierto por el velo de la ignorancia o en condiciones ideales de diálogo (Rawls, 1985; Habermas, 2010). Estos supuestos de una teoría ética formal y abstracta han servido para acusar a tales proyectos de formalistas, de apelar a un procedimentalismo vacío, de no comprometerse con conceptos morales sustantivos, y de ser incapaces de dar cuenta de la amplitud o profundidad de la esfera moral humana (Thiebaut, 1992, pp. 35 y 37). Frente a tales críticas, ha habido respuestas liberales. Se ha señalado, por ejemplo, que la justicia como equidad incluye ciertas virtudes políticas como la tolerancia, la razonabilidad y el sentido de equidad (Rawls, 1988, p. 263); y que no se trata de una neutralidad valorativa, pues el liberalismo defiende valores

como el de la autonomía personal (Nagel, 2003, p. 38). Un sector del liberalismo también ha defendido el enfoque de las necesidades básicas para fundamentar los principios de justicia (Garzón Valdés, 2001, p. 240) o el de las capacidades (que está orientado al resultado y no al procedimiento), cuestionando una racionalidad idealizada (Nussbaum, 2016, pp. 110, 164 y 173).

Un segundo uso del término, vinculado también al liberalismo, se refiere a la actitud neutral que debe tener el Estado frente a las diferentes concepciones del bien (definiciones particulares de lo bueno, planes de vida de las personas) en la medida en que el liberalismo separa lo justo (o correcto) de lo bueno, lo público de lo privado. En este segundo sentido, la neutralidad se asocia a la idea de tolerancia y respeto a la diferencia, a la actitud del Estado como árbitro imparcial que proporciona «un marco equitativo dentro del cual el individuo es libre de perseguir su propio bien a su manera» (Swift, 2016, p. 206). Este planteamiento ha sido también criticado porque no presupone una teoría neutral sobre lo bueno, sino más bien una concepción liberal e individualista según la cual «lo mejor que se pueda desear para alguien es que persiga su propio camino, siempre que no interfiera con los derechos de los otros» (Nagel, 1973, p. 228). Igualmente, desde el feminismo se ha cuestionado la separación liberal entre lo público y lo privado, a pesar de que tanto el liberalismo como el feminismo defienden «alguna concepción de los individuos como seres libres e iguales, emancipados de los vínculos asignados y jerarquizados de la sociedad tradicional» (Pateman, 2009, p. 38).

En el caso del feminismo, la separación entre lo público y lo privado (la actitud neutral del Estado frente a las distintas concepciones del bien) ha sido cuestionada por no tomar en cuenta la ordenación patriarcal de la sociedad y por ocultar la realidad social que contribuye a construir (Pateman, 2009, p. 39), así como por perpetuar las relaciones de discriminación en perjuicio de las mujeres (al excluir de la preocupación teórica el espacio de las relaciones familiares) (Turégano, 2001, pp. 319-329). Por el contrario, desde el feminismo se ha defendido que las esferas privada y pública están absolutamente relacionadas (Pateman, 2009, p. 43), que son multivalentes y controvertidas (Fraser, 1997, p. 157).

Tiene razón Farrell (1994) al señalar que no hay una única concepción de neutralidad, ni tampoco una posición homogénea sobre el papel que la neutralidad desempeña en el estado liberal (p. 179). Para los efectos de este artículo, solo quiero precisar que un sector del liberalismo defiende que el Estado justo debe respetar las diversas concepciones del bien que sean compatibles con principios básicos de justicia (valores materiales). En una obra posterior a la *Teoría de la justicia*, Rawls (2006) afirmó que

lo justo y lo bueno eran complementarios, y que los principios de justicia imponían limitaciones a los estilos de vida permisibles (p. 206). Por lo tanto, la tolerancia respecto a esos estilos o planes de vida no puede ser indiscriminada (Beltrán, 2014, pp. 214 y 224). Más bien, algunos liberales señalan que se puede distinguir entre mejores y peores planes de vida, que el Estado puede alentar a llevar vidas valiosas y desalentar que las personas malgasten sus vidas (promover el arte, gravar el juego, etc.) (Swift, 2016, pp. 197-198 y 208-209), así como que una forma de vida colectiva es superior a otra cuando en ella la posibilidad de engaño y coacción es menor (Garzón Valdés, 2001, p. 241). Así, para un sector del liberalismo importan tanto el marco en el cual se llevan a cabo las decisiones sobre los planes de vida (Gargarella, 1999, p. 20) como la redistribución de los recursos (Nagel, 2003, p. 31; Swift, 2016, p. 191).

II.1. Neutralidad y derecho

El tercer uso del término está directamente asociado al derecho; más concretamente, a la concepción formalista. Como he señalado en otro lugar (Villanueva, 2020a, p. 277; 2020b, pp. 55-57), el formalismo jurídico surge en la segunda mitad del siglo XIX con la idea de que el derecho, al ser una ciencia, era objetivo y neutro. Incluso actualmente los formalistas defienden que la aplicación de las leyes no obedece a criterios valorativos, sino que se ciñe al tenor literal de las normas, prescindiendo totalmente de la justificación de la ley o de los objetivos que persigue (Pintore, 2017, p. 50). Ello se corresponde con la idea de que el razonamiento jurídico es exclusivamente subsuntivo; por tanto, los jueces son neutrales porque no realizan valoraciones ni resuelven los problemas jurídicos motivados por criterios personales o de ideología política.

Sin embargo, la noción de neutralidad asociada al derecho y a la actividad judicial fue duramente criticada por los integrantes del realismo jurídico norteamericano, por los *Critical Legal Studies* y por el feminismo jurídico. Así también por quienes han sostenido que la neutralidad contribuye a disfrazar una actitud servil frente al poder político (Andrés, 2002).

Los realistas jurídicos norteamericanos, a partir de los años veinte del siglo pasado, cuestionaron la neutralidad judicial (la idea de que los jueces no hacen valoraciones), poniendo en evidencia cómo los jueces conservadores abandonaban esa pretendida neutralidad para ejercer un activismo y discrecionalidad judiciales contra las leyes de corte liberal (Pérez Lledó, 2008, p. 78). Muchos años más tarde, refiriéndose a los Estados Unidos, Dunkan Kennedy (2013), uno de los representantes más importantes de los *Critical Legal Studies*, señaló que siempre hay motivaciones ideológicas (liberales o conservadores) en las sentencias judiciales, las que —sin embargo— se presentan a sí mismas como «técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutrales» (pp. 36 y 30).

Para Kennedy no hay criterios de corrección, más allá del despliegue de herramientas interpretativas (p. 44). Asimismo, para ese autor, la aparente objetividad consiste en que la aplicación de una norma a un caso parezca «ser un procedimiento necesario, obligatorio y no discrecional» (1999, p. 102), aunque los jueces moldeen el derecho en una dirección o en la otra (2013, p. 30). De esta forma, dependiendo del tipo de juez, estos deciden de forma discrecional (de acuerdo a su ideología política, liberal o conservadora) cómo resolver los casos (pp. 27-84). Para los *Critical Legal Studies* el derecho, lejos de ser neutral, contribuye más bien a mantener las distintas jerarquías existentes en la sociedad (incluidas las de género) y a congelar la realidad social (Gordon, 1987).

Por su parte, el feminismo jurídico ha dirigido también fuertes críticas a la neutralidad como característica del derecho y de su aplicación. La teoría jurídica feminista ha señalado que tal idea ha servido para reforzar el patriarcado, denunciando que el derecho ha sido creado, aplicado e interpretado teniendo en cuenta solo la perspectiva masculina (Bartlett, 2011; Faccio, 1996; Jaramillo, 2009; MacKinnon, 1987; Mossman, 1991; Olsen, 1990; West, 2000). En ese sentido, la neutralidad era simplemente el modelo masculino; la masculinidad o el ser de los hombres era la referencia (MacKinnon, 1991, pp. 381-382). Un conjunto de normas y de decisiones judiciales han servido para demostrar la falta de neutralidad (por el sesgo machista) de muchas leyes y decisiones judiciales.

Por último, la neutralidad también ha sido cuestionada por haber servido de (contra)valor ideológico, «de cobertura de actitudes judiciales caracterizadas por su integración en la política del poder en acto. Sobre todo en momento de ausencia de democratización y proscripción del pluralismo» (Andrés, 2002).

Las críticas a la neutralidad del derecho y de los jueces han sido hechas desde diferentes perspectivas o concepciones jurídicas, y con distintas finalidades, pero con una preocupación común sobre los sesgos en el ámbito legal. Por eso, considero que es pertinente decir algo, aunque sea de manera muy breve, sobre la concepción pospositivista, que, en mi opinión, es la que da mejor cuenta del derecho de los Estados constitucionales. Dentro de esta concepción se ubican autores como Alexy, Dworkin, MacCormick y Atienza.

Para el pospositivismo jurídico el derecho no puede ser considerado neutro —en el sentido de avalorativo—, pues incorpora derechos que debe proteger (tiene una pretensión de corrección, de objetividad); no es un fenómeno exclusivamente autoritativo, sino una empresa que trata de conseguir ciertos fines y valores (Atienza, 2017, p. 273). Tales derechos condicionan el contenido y la aplicación del resto del ordenamiento jurídico. De este modo, el derecho impone límites no

solo formales, sino sustantivos; y, por lo tanto, no cualquier contenido debería tener cabida en él.

Si el derecho impone límites sustantivos, ello implica que los legisladores no pueden aprobar cualquier tipo de norma ni los jueces resolver los casos de acuerdo a criterios subjetivos. Pospositivistas como Atienza (2017) afirman que el cognoscitivism ético permite dar cuenta de aspectos importantes de la práctica del derecho, como la que corresponde a la justificación de decisiones judiciales (pp. 195-196). Incluso un positivista como Prieto Sanchís (2003) sostiene que si en algo cambia el panorama jurídico por la incorporación de principios en la Constitución, es en el papel relevante que ha de asumir la argumentación jurídica (p. 133); es decir, la justificación racional de los juicios de valor contenidos en las decisiones judiciales (2001, p. 34). Un juez no motivaría adecuadamente una decisión si, luego de dar las razones por las que considera que el acusado de un delito debe ser absuelto, señalara que «su decisión no pretende ser la decisión correcta, sino, simplemente, una a favor de la cual se pueden dar razones que a él le parecen aceptables» (Atienza, 2017, p. 196).

Los pospositivistas afirman que sobre los derechos cabe una discusión racional y que los juicios de valor contenidos en las decisiones judiciales no expresan meras preferencias personales, sino que en favor de ellos se pueden dar razones de un cierto tipo a las que se les puede atribuir un carácter objetivo (Atienza, 2017, p. 194)⁶. Sobre los criterios objetivos que dan carácter racional a la práctica de justificar decisiones jurídicas se ha ocupado ampliamente la teoría estándar de la argumentación jurídica (Atienza, 2014); entre ellos se ubican la universalidad, la coherencia, la consistencia o la razonabilidad. No obstante, en este artículo me ocupo, básicamente, de una clase de razones que hay que excluir del derecho, argumentos que no deberían tener cabida en este al no cumplir al menos con uno de los criterios de racionalidad práctica (la coherencia con los principios constitucionales, con los criterios sustantivos de corrección). Ese es el caso de los argumentos estereotipados.

Osborne (1995) señala que entre hombres y mujeres no reinan sin más la libertad y la igualdad (p. 510). El derecho no se aplica en el vacío, sino en un cierto contexto —con determinadas características— que explica que aunque formalmente no haya normas que discriminen directamente a las mujeres, sí sea posible identificar con alguna frecuencia decisiones judiciales cuya argumentación es discriminatoria. Sin embargo, que se dicten ese tipo de decisiones no significa que haya que renunciar a la

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

6 Como señala Atienza (2017), las normas (reglas) presuponen juicios de valor pues son el resultado de ponderaciones de valores; no puede, por tanto, trazarse una separación radical entre normas y valores (pp. 207-208). Los valores, como los principios de dignidad, igualdad o imparcialidad, son también susceptibles de una justificación objetiva, racional (p. 215).

objetividad del derecho. Por el contrario, si los derechos son tomados en serio, hay que rechazar el escepticismo frente a las normas y las razones jurídicas; y es preciso, más bien, contar con criterios que nos permitan identificar los malos argumentos (Dworkin, 1987, pp. 248-253) y cuestionar las decisiones judiciales incorrectas cuando incorporan razones que no caben en el derecho.

Un juez imparcial tiene que ser objetivo. Objetividad y aplicación del derecho no son incompatibles. Como afirmaba Dworkin (1985), se trata de una objetividad de razones, de argumentos (pp. 171-174). El derecho no es solo poder, sino también valores y razones (o argumentos) de un cierto tipo. Los jueces no son los señores del derecho, sino los protectores de los derechos (Atienza, 2017, p. 226).

III. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD JUDICIALES

Antes de ocuparme del contenido de estos principios debo hacer una referencia a la distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, entre razones explicativas y razones justificativas. Como se sabe, el contexto de descubrimiento tiene que ver con las cuestiones de hecho (motivos o causas) que llevan a una decisión (ideología, clase social, creencias religiosas, etc.), con las razones que la explican; en cambio, el contexto de justificación tiene que ver con las razones que validan o justifican una decisión, con las razones basadas en el derecho (Villanueva, 2019, pp. 461-463; 2020a, pp. 277-278; 2020b, pp. 64-65). La obtención de un beneficio indebido por parte de un juez a cambio de adoptar una decisión debe incluirse en la lista de motivos, de razones explicativas.

De acuerdo con Aguiló (1997), un pospositivista, los principios de imparcialidad e independencia se traducen en sendos deberes de los jueces como correlato del derecho que tienen todas las personas a ser juzgadas desde el derecho (p. 75)⁷. Ambos principios operan en beneficio de los justiciables. El deber de independencia trata de controlar los móviles (motivos) del juez frente a influencias extrañas al derecho que provengan desde fuera del proceso; es decir, de otros jueces, poderes del Estado, medios de comunicación, etc. (Aguiló, 2009, p. 30; Ernst, 2003, p. 235). Por ello, Andrés (2012) distingue entre la independencia judicial externa y la interna. La primera protege a los jueces frente a las posibles injerencias de los otros órganos de poder, mientras que la segunda «tutela a la jurisdicción frente a sí misma, esto es, frente a

⁷ Según Aguiló (1997, p. 74; 2009, p. 29), las exigencias normativas de los principios de independencia e imparcialidad no deben ser reducidas a las garantías para facilitar su ejercicio, como la inamovilidad, el autogobierno o la posibilidad de recusación o inhibición. El caso de los exmagistrados César Hinostroza y Walter Ríos, ambos jueces titulares, confirma la tesis de Aguiló.

las intromisiones que pueden venir del propio campo institucional» (pp. 49 y 55).

Por otro lado, el deber de imparcialidad es definido por Aguiló (2009) como «el deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o al objeto de litigio» (p. 30; STC N° 2465-2004 AA/TC, § 9). Este deber trata de controlar los móviles (o motivos) del juez frente a influencias extrañas al derecho que provengan desde el propio proceso jurisdiccional. En esa medida, la imparcialidad exige que la aplicación del derecho se lleve a cabo sin ningún sesgo a favor o en contra de algunas de las partes (Bartlett, 2014, p. 376). Un juez imparcial es el que no permite que sus preferencias o prejuicios personales influyan en el juicio (Vásquez, 2015, p. 167), el que está libre de prejuicios o preconcepciones sobre los justiciables (Clérico, 2018, p. 81; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004, § 137.3). El deber de imparcialidad le «prohíbe al juez decidir (actuar) por motivos incorrectos» (Aguiló, 2009, p. 32).

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha señalado que la imparcialidad tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo. De acuerdo con el primer aspecto, el juez debe carecer de prejuicio personal. Desde el aspecto objetivo, el juez debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima sobre su imparcialidad. Bajo el análisis objetivo:

se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso (*Pabla KY vs. Finland*, 2004, § 27).

Entre los prejuicios de los que debe estar libre el juez están los que responden a sesgos machistas, a estereotipos de género. El prejuicio o sesgo, incluso si es inconsciente (Papayannis, 2016, p. 37), se expresa en argumentos estereotipados y en una motivación discriminatoria; puede, por tanto, ser desenmascarado o develado. De forma semejante al TEDH, la Corte IDH ha sostenido que:

la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática (*Duque vs. Colombia*, 2016, § 162).

Los argumentos estereotipados no guardan coherencia con los principios de igualdad e imparcialidad judicial. Las representaciones estereotipadas son parte de la injusticia cultural, arraigada en patrones

sociales, y «en procesos y prácticas que sistemáticamente ponen a unos grupos de personas en desventaja frente a otros» (Fraser, 1997, p. 23). Los prejuicios, sesgos o estereotipos de género deben ser excluidos de la argumentación judicial, pues no son razones justificativas (Villanueva, 2019)⁸. Si una decisión judicial se sustenta en un prejuicio o estereotipo de género se vulnera no solo el derecho a no ser discriminado, sino también el principio de imparcialidad judicial. Fraser (1997) afirma que el machismo es un particularismo disfrazado que se oculta tras la parodia del universalismo (p. 9). Si la decisión es el resultado de un prejuicio, es arbitraria (Waldron, 2005, p. 199).

Tiene razón Aguiló (1997) en cuestionar que se entienda que el juez independiente es el que actúa según su propio criterio, pues supone ignorar la posición institucional del juez, que más bien exige que sea independiente incluso de sus propios credos autónomamente aceptados (p. 76). Para este autor, en el ideal del juez imparcial e independiente coinciden la explicación y justificación de la decisión (2009, p. 42).

Por último, en relación a la neutralidad judicial, debo señalar que Aguiló (2009) distingue dos momentos en la actuación del juez: cuando actúa como director del proceso y cuando resuelve el conflicto. El principio de imparcialidad requiere que el juez, como director del proceso, sea neutral frente a las partes durante su desarrollo «de forma que se mantengan el equilibrio y la equidistancia ante los sujetos en tanto que partes del proceso» (p. 43). A lo largo de este, el juez recoge información —de manera equidistante y neutral—, la cual valora al momento de resolver. Sin embargo, el juez imparcial no es neutral al decidir el resultado del conflicto (cuando determina los hechos probados y las consecuencias debidas), pues para ello debe realizar balances de intereses y valores, «y con mucha frecuencia éstos no se sitúan precisamente en el punto medio» (2003, p. 53; 2009, p. 43). En ese momento, la neutralidad parece valer poco porque la imparcialidad requiere de decisiones comprometidas con criterios de corrección sustantiva (2009, p. 44).

IV. CORRUPCIÓN, DESTRUCCIÓN Y DESLEALTAD AL SISTEMA

La corrupción suele ser calificada como un fenómeno permanente que se presenta en los Gobiernos democráticos, autoritarios o dictatoriales (González Amuchastegui, 1999, pp. 7-8; Vásquez, 2007, p. 207). Para el

⁸ La Corte IDH se ha referido a las decisiones judiciales que se sustentan en estereotipos de género (*Atala Ríffo y Niñas vs. Chile*, 2012, §§ 124-126 y 146; *Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, 2017, § 173), a la utilización de estereotipos en la investigación y el juzgamiento (*Véliz Franco vs. Guatemala*, 2014, § 209; *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*, 2015, §§ 181-191 y 200; *Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, 2017, §§ 170, 175 y 184; *López Soto y otros vs. Venezuela*, 2018, §§ 215, 220, 231-232, 236, 240-257 y 278; *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, 2020, §§ 181 y 199-202), y a la valoración de la prueba y las nociones estereotipadas sobre las víctimas de violencia de género (*Gutiérrez Hernández vs. Guatemala*, 2017, § 209).

presente artículo interesa la severa corrupción judicial en democracia, como ocurre en el caso peruano.

Un acto de corrupción implica el incumplimiento de un deber posicional o institucional con el fin o expectativa de obtener un beneficio indebido (que puede ser una ganancia económica, sexual, política, etc.) para quien lleva a cabo el acto o para un tercero (Garzón Valdés, 2004, p. 14; González Amuchastegui, 1999, p. 14). La corrupción es un fenómeno relativo a un sistema de normas o práctica normativa, pues se transgreden las normas que rigen el cargo que se ostenta o la función que se cumple (Malem, 2002, p. 33; Lifante, 2018, p. 89). De ahí que la corrupción se dé en distintos ámbitos (político, judicial, empresarial, educativo, deportivo, etc.) y que tenga un elemento destructivo para el sistema de normas (Vásquez, 2005, p. 131). Cabe añadir que el motivo del acto de corrupción (la obtención de un beneficio extraposicional indebido) permanece oculto y que los actos de corrupción no suponen necesariamente la violación de una norma penal.

Como afirman González Amuchastegui (1999, p. 14) y Vásquez (2007, p. 209), en los fenómenos de corrupción es necesaria la presencia de un decisor o de una autoridad; es decir, de un agente con capacidad para tomar decisiones y cuya actividad está sujeta a cierto tipo de deberes. La violación del deber supone un acto de deslealtad al sistema normativo de referencia (González Amuchastegui, 1999, p. 14) y hasta de traición (Vásquez, 2007, p. 210).

Citando a Laporta, González Amuchastegui (1999) afirma que la causa última de la corrupción es la decisión del agente, el acto voluntario de realizar un acto corrupto (pp. 20-21). Sin duda pueden concurrir otras causas que faciliten la corrupción (ausencia de sanciones, sobreregulación, salarios bajos, etc.), pero la causa última es una decisión personal. Evidentemente, que la causa última de la corrupción sea una decisión personal no significa que haya que descuidar los factores que la facilitan ni la búsqueda de frenos institucionales contra ella.

Los deberes institucionales que vulnera un acto corrupto son aquellos «que se contraen en virtud de la aceptación voluntaria de algún cargo y que valen tan sólo para quienes lo desempeñan» (Garzón Valdés, 2004, p. 14). Según Lifante (2018), esos deberes institucionales, sobre todo en el caso de las funciones públicas, son complejos pues requieren cuidado y atención a lo largo de un periodo prolongado de tiempo. De acuerdo con esta autora, tales deberes se definen por su conexión con la promoción de determinados valores, fines o estados de cosas que se consideran valiosos (pp. 99, 105 y 107). De este modo, un determinado rol o función en una institución social está comprometido con la persecución de los fines que justifican su existencia o con sus propósitos (p. 99); en consecuencia, el cumplimiento del deber no está dissociado de la responsabilidad que

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

tienen los funcionarios públicos por promover tales fines y valores (p. 116). Por tanto, según Lifante, una decisión corrupta en el ámbito público es aquella en la que el órgano decisor sustituye los fines y valores por los que se ha de velar en el ejercicio de la función pública por otros fines distintos. Y la deslealtad se da también respecto de esos fines y valores (p. 112).

Como se ha señalado, la corrupción tiene siempre un efecto destructivo, ya que el beneficio lo obtiene la autoridad o el decisor violando sus deberes; en ese sentido, la corrupción carcome el sistema normativo en cuestión. Lo grave de la severa corrupción judicial es que ataca directamente al derecho como un todo, de forma que se perjudica al conjunto de reglas, principios y valores que los jueces están llamados a (tienen el deber de) proteger, empezando por el propio valor de la justicia. Los jueces corruptos adhieren las normas solo de manera retórica. Ellos abandonan lo que Hart (1997) llamaba el «punto de vista interno» (pp. 89-90), en lugar de ser los primeros en aceptar y usar las reglas y principios como guías de conducta o razones para la acción⁹. De este modo, y tal como lo demuestran los audios mencionados en este artículo, el derecho se convierte en un mero juego de poder en el que las normas jurídicas no son más que instrumentos de engaño (Schedler, 2005, p. 87) que caen, como decía Frank (1947), en el bote de la basura (p. 1325). La severa corrupción judicial mina la credibilidad de las decisiones judiciales y de las razones jurídicas, haciendo volar por los aires la confianza que deben tener los ciudadanos en sus jueces. Esa deslealtad al derecho es inexcusable en un Estado constitucional.

IV.1. Corrupción judicial y carencia de virtudes

La corrupción judicial en el Perú es el tipo de problema que Garzón Valdés (2007) calificaría de viejo por persistente, pues todavía no se le encuentra la solución adecuada (p. 224). Se trata de redes que estarían conformadas por abogados litigantes, estudios de abogados, jueces y fiscales, así como por trabajadores del Poder Judicial y el Ministerio Público (CAJ, 2003, pp. 70-96). De acuerdo con una investigación sobre cuatro estudios de abogados en Lima, la corrupción judicial puede traducirse en el pago de sumas de dinero por agilizar trámites judiciales, admitir recursos presentados fuera de término, emitir resoluciones «a la medida», permitir que una de las partes redacte la sentencia, desaparecer expedientes judiciales, obtener copias de las resoluciones y escritos de la parte contraria antes de que sean oficialmente notificadas,

9 De acuerdo a la interpretación que Alexy (2008) realiza sobre el punto de vista interno de Hart, se trata de quien adopta la perspectiva del participante; es decir, de «quien en un sistema jurídico participa en una argumentación respecto de lo que está ordenado, prohibido, permitido en ese sistema jurídico» (p. 368). Para Alexy, en el centro de la perspectiva del participante se halla el juez, quien debe decidir correctamente. En cambio, adopta la perspectiva del observador quien se pregunta cómo se decide realmente en un determinado sistema jurídico en lugar de cuál es la decisión correcta.

o pliegos interrogatorios antes de la audiencia (Quiñones, 2018, pp. 8, 14 y 107-138). Diversa es también la moneda de cambio (Jiménez, 2019, p. 631).

Por otro lado, una de las causas que pueden dar lugar a la corrupción en el nivel jerárquico más alto es el sistema de elección del presidente de la Corte Suprema, que se hace entre los magistrados que la integran y con voto secreto. Durante las «campañas electorales» tienen lugar agasajos financiados por terceros ajenos a la judicatura, quienes, como afirma Ramírez (2019), aspiran a obtener beneficios si su candidato gana la presidencia de la Corte Suprema. Asimismo, el que ofrece su voto suele exigir o recibir beneficios, como por ejemplo integrar una determinada sala y que le acompañen sus colegas preferidos, viajes a cursos, licencias, etc. (p. 576)¹⁰. No hay que olvidar que el presidente de la Corte Suprema tiene total discrecionalidad para conformar las salas, obviando incluso la especialidad de los jueces (pp. 579-580)¹¹.

Los audios del escándalo de corrupción judicial dan también cuenta de otro tipo de redes, la de los favores recíprocos entre algunos magistrados de la Corte Suprema. En el caso del juez supremo Martín Hurtado, por ejemplo, ello dio lugar a que la Junta Nacional de Justicia le aplicara una medida cautelar de suspensión provisional en el cargo de juez supremo por seis meses, pues este le pidió a César Hinostroza (que integraba otra sala) intervenir en el trámite de un expediente penal que iba a ser elevado a la Corte Suprema, coordinó con el ex juez supremo —a modo de favor— la contratación de personal CAS y atendió a una persona —a solicitud de Hinostroza— que, al parecer, era parte de o tenía interés en un proceso judicial (Resolución N° 136-2020-JNJ, de 20 de julio de 2020). Y este es solo un ejemplo de las distintas formas que puede adoptar la corrupción y las diferentes monedas de cambio utilizadas.

Como puede apreciarse, uno de los factores que podría explicar que no se encuentre una respuesta adecuada frente a la corrupción judicial es que está enquistada hasta en las instancias más altas del sistema de justicia. Por ello, el caso Los Cuellos Blancos del Puerto grafica perfectamente lo que Andrés (2003) denomina «la degradación criminal del poder» (p. 248). Ese enquistamiento también explicaría que la imagen corrupta del sistema de justicia contraste con la falta de datos duros sobre la corrupción judicial (Pásara, 2005, p. 106).

Vásquez distingue entre dos tipos de corrupción: el soborno y la extorsión. De acuerdo con el mencionado autor, «se soborna a un decisor cuando se le otorga un beneficio para que viole su obligación y

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

10 Sobre las redes de favores recíprocos, puede escucharse el audio en TVPerú Noticias (2018, 13 de julio).

11 Para escuchar los audios, ver TVPerú Noticias (22 de julio de 2018; 7 de agosto de 2018).

se es extorsionado cuando se otorga a un decisor un beneficio para que cumpla con su obligación» (2005, p. 131). Tanto en el soborno como en la extorsión, el motivo o causa de la decisión judicial es incorrecto (la obtención de un beneficio indebido).

La degradación criminal del poder es triplemente grave en el caso de la corrupción judicial. En primer lugar, porque, como sostenía Frank (1947), los jueces deben ser los guardianes de los valores (p. 1326) y están llamados a cumplir un rol relevante en la protección de los derechos fundamentales, pues, «en razón de su cargo o posición, tienen específicos deberes y responsabilidades que importan el cumplimiento y la protección de bienes constitucionales, como la correcta administración de justicia» (STC N° 2465-2004-AA/TC, § 13). En segundo lugar, porque el Poder Judicial es el mecanismo más importante de rendición de cuentas en una democracia, y a donde se debe acudir en los casos más graves de corrupción. En tercer lugar, porque el juez debe ser un sujeto que goce de credibilidad social dado el importante rol que desempeña. A diferencia de lo que ocurre en el Perú, en los países en los que no hay severos problemas de corrupción judicial el Poder Judicial es visto por la opinión pública como el poder público llamado a atender los casos de corrupción (Andrés, 2003, p. 249), el único capaz de hacer frente a la corrupción política (Atienza, 2017, p. 226) o la instancia donde se puede rectificar la injusticia del proceso político (Fiss, 1999a, p. 142).

IV.2. Virtudes judiciales

El ejercicio de la función jurisdiccional, según Andrés (2012), tiene una inevitable dimensión de contrapoder frente a toda clase de injerencias, lo que explica que la independencia judicial sea considerada un valor incómodo (pp. 49 y 60). Por ello, en mi opinión, en los sistemas de justicia con problemas severos de corrupción, las virtudes judiciales no pueden pasarse por alto. Tales virtudes no solo contribuyen al cumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia (Atienza, 2017, p. 24), sino que son esenciales para enfrentar (y denunciar) los distintos tipos de injerencias.

Como afirma Camps (1990), las virtudes son rasgos de carácter aprendidos, «queridos» por la voluntad, un modo de ser individual (p. 22). Las virtudes son cualidades humanas que se adquieren (MacIntyre, 2001, p. 237), actitudes que se forman a lo largo del tiempo. De este modo, la ética de la virtud se centra en el carácter del agente moral (¿qué tipo de persona debo ser?), en la educación de los sentimientos para disponer a las personas hacia el bien a fin de hacer más digna la vida en común (Camps, 1990, p. 12; Atienza, 2017, p. 229). Se distingue de las éticas del deber pues estas proporcionan un catálogo preciso de nuestros deberes morales (deontologismo y consecuencialismo) (Farrell,

2003, p. 149) y en ellas la categoría central es el deber (Camps, 1990, p. 18). En la ética de la virtud, las cuestiones relativas a los rasgos de carácter ocupan un lugar central pues atañen a lo que haría una «buena persona» (íntegra) en situaciones de la vida real (Pence, 1995, p. 348).

Las virtudes se ejercen en el contexto de prácticas; es decir, en el marco «de cualquier forma coherente y compleja de actividad humana cooperativa, establecida socialmente, mediante la cual se realizan los bienes inherentes a la misma» (MacIntyre, 2001, p. 233). MacIntyre distingue entre bienes externos y bienes internos. Los primeros son objeto de una competencia en la que hay perdedores y ganadores; y, si se logran estos bienes, son de propiedad y posesión del individuo (como el dinero o la fama: cuanto más tenga alguien, menos hay para los demás). En cambio, los bienes internos son el resultado de competir en excelencia, pero su logro es un bien para toda la comunidad que participa en la práctica (p. 237). El ejercicio de las virtudes «tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a la práctica» (p. 237).

Según Atienza (2017), para ser un «buen juez» se requiere algo más que cumplir con las normas jurídicas (y no incurrir en responsabilidad civil, penal o administrativa), pues es preciso que se hayan «desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales» (p. 229). Siguiendo a MacCormick, Atienza propone algunos rasgos de carácter que deben poseer los jueces: buen juicio, perspicacia, prudencia (inteligencia práctica, saber cómo aplicar principios generales a las situaciones particulares), altura de miras, compasión y valentía. Se trata de rasgos de carácter o virtudes a las que el citado autor añade la templanza o autorrestricción, que entiende como la cualidad que debe disponer al juez a usar moderadamente el extraordinario poder del que está investido (p. 230).

En contextos de severa corrupción judicial, sin embargo, hay que hacer necesaria referencia a otra virtud más general: la honestidad. Cabe señalar que, según Dworkin (2014), uno de los sentidos que tiene la responsabilidad como virtud es el de la honestidad. Así, actúa de manera responsable quien rechaza un ofrecimiento (p. 133).

En el Perú es preocupante que la falta de virtudes se extienda a algunos de los jueces del más alto nivel, cuya conducta debería ser modélica y estimular en otros el desarrollo de virtudes. Los jueces supremos deberían ser modelos de excelencia, sobre todo para los que se inician en la carrera judicial. Como sugiere Atienza (2004), dado que se trata de rasgos de carácter que se forman o desarrollan a lo largo del tiempo, habría que pensar en el papel de las virtudes en la promoción de jueces a puestos superiores o al elegir a profesionales del derecho para tales

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

puestos (p. 24), como sucede en el caso de los cargos de jueces superiores, jueces supremos o magistrados del Tribunal Constitucional¹².

Evidentemente, las virtudes judiciales no reemplazan a los conocimientos del derecho y el juez debe saber lo que está haciendo cuando actúa virtuosamente. La persona virtuosa actúa sobre la base de un juicio racional (MacIntyre, 2001, p. 189).

Coincido con Vásquez (2005) en que, desde el punto de vista interno del individuo, la educación y las convicciones morales orientadas por un sentido de honestidad, decencia y sentido de justicia son también antidotos contra la corrupción (p. 144). Asimismo, como proponía González Amuchastegui (1999), se debe pensar en potenciar los mecanismos de adhesión al sistema para evitar que esta sea solo retórica, pues es uno de los puntos débiles de las democracias contemporáneas (p. 24). En esa medida, se requiere de ciertas virtudes que, como afirma Camps (1990), sean favorables al ejercicio de la democracia (pp. 23 y 30).

V. DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL Y ARGUMENTOS ESTEREOTIPADOS

El derecho no rige en un mundo ideal. En nuestra región, su aplicación tiene lugar en contextos de discriminación estructural que pueden explicar en gran parte el porqué del uso de argumentos estereotipados en las decisiones judiciales.

La Corte IDH se ha referido a la discriminación estructural en varios casos, aunque no la ha definido¹³. Algo más ha avanzado el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad al señalar que dicha discriminación:

se manifiesta a través de patrones ocultos o encubiertos de comportamiento institucional discriminatorio, tradiciones culturales discriminatorias y normas y/o reglas sociales discriminatorias. La fijación de estereotipos de género y discapacidad nocivos, que pueden dar lugar a ese tipo de discriminación, está inextricablemente vinculada a la falta de políticas, reglamentos y servicios específicos para las mujeres con discapacidad. Asimismo, las prácticas nocivas están estrechamente vinculadas a las funciones asignadas a cada género y las relaciones de poder creadas por la sociedad, y las refuerzan, y pueden reflejar

¹² Sobre el presunto nombramiento de un fiscal a cambio de «10 verdeditos», puede escucharse uno de los audios de Walter Ríos en TVPerú (10 de julio de 2018).

¹³ Véanse los casos *González y otras —«Campo Algodonero»— vs. México* (2009, §§ 208, 398, 401 y 450), *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (2012, §§ 92 y 267), *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú* (2020, § 90) y *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil* (2016, § 343).

percepciones negativas o creencias discriminatorias sobre las mujeres con discapacidad (Observación General N° 3, 2016, § 17e)¹⁴.

Este tipo de situaciones se presentan cuando hay estructuras sociales de subordinación (Añón, 2013, p. 130) o formas persistentes de injustificada desigualdad en las que es posible identificar a grupos que se encuentran en una situación de desventaja, que es histórica y da lugar a la violación de derechos. Estas formas persistentes de subordinación u opresión están caracterizadas por ciertas condiciones como la carencia de poder, la explotación, la marginación o la violencia (Barrère Unzueta & Morondo Taramundi, 2011, p. 22). Alguna, o más de una de estas condiciones, están presentes en los casos en los que la Corte IDH se ha referido a la discriminación estructural.

No se trata, por tanto, de inconvenientes o perjuicios transitorios y fortuitos, sino de dinámicas de poder que llevan a la persistencia de la subordinación o desventaja (Añón, 2013, pp. 148-150). Por otro lado, los grupos no tienen que ser necesariamente minoritarios y, aunque trabajar con la categoría de grupo sea más problemático que hacerlo con la de individuo, ello no niega la importancia o validez de la idea (Fiss, 1999a, p. 139).

En los casos de discriminación estructural, el estatus de los miembros del grupo resulta determinado en parte por el estatus del grupo (Fiss, 1999a, p. 139), lo que explica que en relación a ellos se identifiquen patrones de comportamiento discriminatorios (que ni siquiera son siempre ocultos) y se fijen estereotipos que los impactan negativamente. Si bien el trato injusto es experimentado por personas individualmente consideradas, la causa de ese trato «es que comparten o se les atribuyen unas características, rasgos o prejuicios propios de una colectividad» (Añón, 2013, p. 134). Barrère Unzueta y Morondo Taramundi (2011) utilizan el término «subordiscriminación» para aludir a actos de discriminación en sistemas de subordinación o dominación que se originan en «profundas injusticias enraizadas en normas y estereotipos que sufren algunos grupos, que estructuran al Estado y al mercado, y que no resultan necesariamente evidentes e intencionales» (p. 19). Para las mencionadas autoras, lo que se conoce como motivos o razones de la discriminación —como el género— son ejes, estructuras o categorías de un sistema de dominación sobre los que se construyen normas, estereotipos y roles (pp. 31 y 40).

En lo que respecta a las mujeres, la idea de grupo ha sido controvertida, pero una de las razones que permite considerarlas como tal es el hecho de que, por ejemplo, en materia de remuneraciones o de cargos de

379

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

14 También pueden verse la Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009, § 8b, 12 y 39), la Recomendación General N° 34 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2011, § 6), la Recomendación General N° 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2013, § 77), y la Recomendación General N° 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015, § 3).

poder o responsabilidad, aparecen como grupo sistemáticamente infrarrepresentado (Añón, 2013, p. 133). Basta revisar las estadísticas sobre la presencia de las mujeres en puestos de poder político y en las altas cortes de justicia, o las remuneraciones en relación a los hombres con igual responsabilidad, para comprobar la situación de desventaja. Se afirma que el género es una cuestión de poder, de supremacía masculina y de subordinación femenina, pues quien lo detenta, de acuerdo a esa jerarquía, triunfa en la construcción de la percepción y realidad sociales (MacKinnon, 1991, pp. 386-387). El sistema patriarcal jerarquiza a los géneros, «creando desigualdad social donde sólo hay diferencia sexual» (Osborne, 1995, p. 500).

Según Raquel Osborne (1995), «el feminismo ha nacido de la contradicción entre la proclamación formal de unos principios y su negación en la práctica para las mujeres» (p. 500). Cuando se identifican argumentos estereotipados, no se debería obviar que los contextos de discriminación estructural facilitan su uso, pues en ellos esas prácticas discriminatorias se naturalizan o normalizan¹⁵. Es preciso recordar que la discriminación por motivos de género puede intersectarse con otros factores, como el origen étnico o la condición económica (Crenshaw, 1991).

Estereotipar por género, afirman Cook y Cusack (2010), no es necesariamente problemático *per se*, «sino cuando opera para eliminar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, de forma tal que se le niegan a las personas sus derechos y libertades fundamentales y se crean jerarquías de género» (p. 23). Tales autoras clasifican en cuatro los distintos estereotipos de género: de sexo, sexuales, sobre los roles sexuales y compuestos, que son los que se encuentran de forma implícita o explícita en el razonamiento de las cortes (pp. 29-34).

En los ejemplos que citaré a continuación interesan principalmente los estereotipos sexuales. Estos dotan a las mujeres y a los hombres de unas características y cualidades que sirven para demarcar las formas aceptables de sexualidad femenina y masculina; es decir, para establecer lo que la sociedad considera como comportamientos sexuales aceptables (Cook & Cusack, 2010, p. 31).

V.1. Algunos ejemplos

En la introducción de este artículo hice referencia al escándalo de corrupción judicial destapado en el año 2018, uno de cuyos protagonistas es César Hinostroza, el exjuez de la Corte Suprema. Como también

15 Véase la Recomendación General N° 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2015, § 3).

señalé al inicio, hay un audio de una conversación telefónica en la que se escucha a este exmagistrado negociar presuntamente la sanción del violador de una niña de once años. Dado el impacto que ha tenido en el Perú el destape de la corrupción vinculada a la organización criminal Los Cuellos Blancos del Puerto, he seleccionado tres sentencias sobre violencia de género adoptadas —por unanimidad— por las salas que integró el citado exmagistrado en las que se identifican argumentos que refuerzan estereotipos de género.

Como he señalado anteriormente, el empleo de argumentos estereotipados en las decisiones judiciales puede explicarse por el contexto de discriminación estructural, pues quien detenta el poder se encarga de reforzar y naturalizar estereotipos y prácticas discriminatorias. Lo que llama la atención en el caso peruano es el uso instrumental, cínico, de tales estereotipos por parte de algunos magistrados de la Corte Suprema, quienes, además, adoptan las decisiones de manera unánime. Resulta también extraño que jueces que tienen una buena reputación firmen —junto a otros sin tal reputación— decisiones sustentadas en argumentos abiertamente irrazonables. La unanimidad en la adopción de decisiones podría obedecer a favores recíprocos entre los jueces, lo que vulneraría el principio de independencia judicial. En contextos de severa corrupción judicial, donde la moneda de cambio puede ser tan diversa, el uso de argumentos estereotipados y la unanimidad de las decisiones nos tienen que llevar a la sospecha, más aún tratándose de la máxima instancia del Poder Judicial.

El primer ejemplo es el Recurso de Nulidad N° 3303-2015-Lima (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia) porque se ha especulado que podría ser la sentencia que resolvió el caso de violación sexual que fue objeto de la citada conversación telefónica, la misma que tuvo lugar el 4 de abril de 2018. Según Montoya (2019), el caso podría haber sido resuelto en la primera parte del 2018, pero, por una mala práctica de la Corte Suprema, que consiste en colocar en las sentencias una fecha anterior a la que corresponde al día en que realmente se vota el caso, la decisión de la Segunda Sala Penal Transitoria tiene como fecha el 24 de febrero de 2017 (p. 269). En cualquier supuesto, hay que insistir en que no es la única sentencia controvertida que el exmagistrado Hinostroza suscribió en casos de violencia de género.

La decisión judicial absolutoria de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, del 24 de febrero de 2017, resuelve el recurso de nulidad presentado contra la sentencia de la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Lima, que condenó a Mauricio Faustino Huamaní Saldívar como autor del delito contra la libertad sexual, en las modalidades de violación sexual de menor

de edad (artículo 173 del Código Penal)¹⁶ y de proposiciones sexuales a adolescentes (artículo 183-B del Código Penal)¹⁷. El ponente de la decisión absolutoria fue el exmagistrado César Hinostroza.

Los hechos, de acuerdo al Ministerio Público, son los siguientes. El acusado, Mauricio Faustino Huamaní Saldívar, captó por Facebook a la menor de 13 años, identificada con la clave N° 78-2014, iniciando una relación de amistad que se prolongó mediante llamadas telefónicas al celular de la agraviada y un encuentro para conocerse. El acusado citó a la agraviada por primera vez el 26 de marzo de 2014 para llevarla a un hotel, a lo que ella accedió; sin embargo, ella se negó a tener relaciones sexuales. No obstante, todo ese día y el siguiente, el procesado la obligó a mantener relaciones. La agraviada se volvió a encontrar con el acusado el 31 de marzo de 2014, quien la llevó a otro hotel donde mantuvieron relaciones sexuales hasta el día siguiente. Finalmente, el 2 de abril de 2014, la agraviada salió de su casa para encontrarse con el acusado, pero en esta oportunidad fue seguida por su tío. La menor se encontró con el acusado, quien la condujo a un hotel; pero, gracias a la intervención de un policía, el acusado fue conducido a la Dirección de Investigación Criminal de la Policía.

La Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Lima sancionó al acusado por el delito contra la libertad sexual —en las modalidades mencionadas— sobre la base de: a) la declaración de la menor, en presencia del Ministerio Público, en la que de manera enfática declaró que había sido víctima de violación sexual por parte del acusado (acta de entrevista única); b) el certificado médico legal, que concluyó que la agraviada tenía aproximadamente 13 años, que presentaba desfloración antigua y actos contra natura antiguos; c) un acta de reconocimiento fotográfico donde se aprecia que el 26 de marzo de 2014 el acusado entró al hotel con la agraviada; y d) una pericia psicológica que concluía que la agraviada presentaba indicadores de afectación emocional por experiencia traumática de tipo sexual.

En su declaración preliminar, el acusado admitió «haber contactado con la agraviada» y haber mantenido relaciones sexuales en dos oportunidades, pero con su consentimiento. Como el artículo 173 del Código Penal protege la indemnidad sexual, el consentimiento de los

16 «Artículo 173° del Código Penal.- El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza cualquier otro acto análogo con la introducción de un objeto o parte del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de catorce años, será reprimido con pena de cadena perpetua».

17 «Artículo 183-B. Proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales.- El que contacta con un menor de catorce años para solicitar u obtener de él material pornográfico, o para proponerle llevar a cabo cualquier acto de connotación sexual con él o con tercero, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de nueve años.

Cuando la víctima tiene entre catorce y menos de dieciocho años, y medie engaño, la pena será no menor de tres ni mayor de seis años

En todos los casos se impone, además, la pena de inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 11».

menores de 14 años es irrelevante. Por ello, el acusado alegó error de tipo al no haber tenido conocimiento de la edad de la agraviada al momento de tener relaciones sexuales¹⁸. Sin embargo, la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Lima afirmó que tal alegación carecía de respaldo porque, de acuerdo al certificado médico legal, el desarrollo corporal, los caracteres sexuales secundarios y la dentición de la agraviada correspondían a una menor de aproximadamente 13 años, «lo que sin dudas ha sido observado por el acusado desde el primer momento que vio a la víctima». Asimismo, la citada sala penal sostuvo que según las características que presentaba la víctima (que se podían constatar en la ficha de denuncia policial por desaparición, donde constaba su foto), esta aparentaba incluso tener menos de 13 años.

No obstante, la Corte Suprema absolvió al acusado. Llama la atención que al inicio de la fundamentación, la Corte señale que el artículo 173 del Código Penal protege la «falta de padecimiento o involucramiento en cualquier contacto sexual» (fundamento cuarto del Tribunal Supremo). ¿Qué quiere decir esto? ¿Que en los otros casos las víctimas de violación sexual deben padecer o que si una adolescente está involucrada con el agresor ya no puede ser víctima? ¿No se refuerzan con este tipo de argumentos los estereotipos sexuales de que las víctimas de violación oponen una resistencia heroica, no están involucradas —sexual o sentimentalmente— con los agresores y sufren violencia física necesariamente? Como afirma el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el uso de estereotipos de género afecta la credibilidad de las declaraciones de las mujeres (Recomendación General N° 33, 2015, § 26).

Para absolver al acusado del delito de violación sexual, la Corte Suprema debía sustentar que sí se trataba de un error de tipo. Para ello, la citada corte señaló, entre otras cosas: a) que según el acta de entrevista única, la segunda vez que fueron al hotel, el cuartelero tocó la puerta de la habitación donde se encontraban el acusado y la agraviada, preguntándole a esta si era menor de edad, a lo que ella respondió que tenía 16 años y que el DNI lo había dejado en su casa, cosa que el cuartelero creyó (con lo que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema da a entender que la menor sí aparentaba tener más de 13 años). Y b) que el médico legista había examinado superficialmente a la paciente; por lo tanto, no se trataba de una prueba idónea para acreditar la edad real de la menor (lo que se debió determinar con una prueba psicossomática). Sin embargo, la citada sala de la Corte Suprema no desvirtuó la pericia psicológica, según la cual la agraviada presentaba

18 «Artículo 14 del Código Penal.- El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley».

indicadores de afectación emocional por experiencia traumática de tipo sexual, ni hizo mención alguna a la foto de la ficha policial en la que, según la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel, se advertía que la agraviada aparentaba tener incluso menos de 13 años. Tampoco justificó por qué un cuartelero de un hostel tiene elementos para evaluar la apariencia de una adolescente, mientras que un médico legista carece de ellos.

Por otro lado, la Corte Suprema también absolvió al acusado del delito tipificado en el artículo 183-B del Código Penal (proposiciones sexuales a adolescentes), sustentando la absolución en otro estereotipo de género. Para ello, interpretó —sin ningún fundamento— que, para que se configure el delito, el sujeto activo debe ser quien inicie el contacto. De esta manera, sostuvo que el Ministerio Público no había reunido material probatorio suficiente e idóneo para demostrar lo señalado y que, más bien, el acusado había declarado que la agraviada lo había contactado, pero que él había eliminado las conversaciones.

Tal como se aprecia de la lectura del artículo 183-B, el tipo penal no exige que el sujeto activo sea quien contacte primero a la menor. Incluso, en el supuesto de que la menor hubiera sido quien contactó al acusado, ¿haber tenido la iniciativa la excluye de la protección penal? ¿El involucramiento con el agresor la excluye de esa protección? Como es evidente, la decisión de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema emplea un argumento estereotipado que se basa en un prejuicio de género (una adolescente que toma la iniciativa no puede ser víctima), el mismo que no parece ser inconsciente. A pesar de los argumentos estereotipados, de la finalidad de las normas en esta materia (la protección de la indemnidad sexual) y de lo estipulado claramente en el artículo 183-B del Código Penal, la sentencia fue adoptada por unanimidad.

El segundo caso es el Recurso de Nulidad N° 269-2017-Junín, fechado el 23 de abril de 2018, mediante el cual se absolvió a Medarno Paulino Oré, profesor de colegio acusado de violar a su alumna, a quien habría llamado al salón de clases mientras se llevaba a cabo la formación escolar en el patio de la institución educativa. El ponente fue también César Hinostroza. Ni la edad de la víctima ni la del acusado figuran en la decisión judicial. A partir de las sanciones establecidas en los artículos citados en la sentencia —en función a la edad de la víctima— (Código Penal, arts. 173, inc. 1, y 176-A, inc. 3), se deduce que la menor tenía 10 años (fundamentos quinto y séptimo del Tribunal Supremo). ¿Es la omisión del dato sobre la edad de la niña —presunta víctima de un delito de violación sexual— un simple olvido? ¿Ninguno de los otros cuatro magistrados de la sala advirtió esa omisión?

Uno de los argumentos en los que se fundamentó la absolución del acusado fue que:

desde un plano de logicidad, el relato de la presunta agraviada, linda con lo fantasioso, toda vez que por máximas de la experiencia, el delito de violación sexual siempre es clandestino, y el agresor evitará dejar huellas o vestigios del hecho punible; por lo que no es verosímil, que el sexo oral denunciado por la presunta víctima, se haya cometido en horas de la mañana, en un salón de clases dentro de un centro educativo, cuando alumnos y profesores están reunidos para iniciar las clases del día; tal como ha denunciado dicha agraviada (R.N. N° 269-2017-Junín, fundamento 18).

Los magistrados de la Corte Suprema saben que lo que caracteriza a las violaciones sexuales es que suelen ocurrir sin testigos, como pudo haber sucedido precisamente en este caso en el que el profesor aprovecha la formación escolar para llamar a su alumna a un salón de clases donde solo estaban los dos (fundamento sexto). ¿Hacer alusión a lo fantasioso no refuerza más bien el estereotipo de que las víctimas de estos delitos mienten frecuentemente? ¿Ninguno de los magistrados pudo advertir que lo señalado por la víctima era compatible con las circunstancias en las que suelen ocurrir las violaciones sexuales?

El tercer caso es el de una sentencia que absolvió a una acusada del delito de trata de personas (R.N. N° 2349-2014-Madre de Dios), fechada en enero de 2016, cuando el entonces juez Hinostroza formaba parte de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. De acuerdo con esa sentencia, poner a trabajar a una adolescente de 15 años —captada en un lugar y trasladada a otro en Madre de Dios— por trece horas diarias, bebiendo licor en un bar y haciendo pases (relaciones sexuales) con los clientes, no constituía trata de personas (modalidades de explotación laboral y sexual), ya que no era un trabajo que agotara la fuerza laboral ni la intención primigenia de la captación había sido la explotación sexual. El tipo penal vigente al momento de los hechos no admitía este tipo de interpretaciones (artículo 153 del Código Penal), pero la sentencia fue adoptada por unanimidad¹⁹. Se trata, por el contrario, de argumentos abiertamente irrazonables, cínicos, que desprotegen a las víctimas de

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

19 «Artículo 153 del Código Penal.- El que promueve, favorece, financia o facilita la captación, transporte, acogida, recepción o retención de otro, en el territorio de la República o para su salida o entrada del país, recurriendo a: la violencia, la amenaza u otras formas de coacción, la privación de libertad, el fraude, el engaño, el abuso del poder o de una situación de vulnerabilidad, o la concesión o recepción de pagos o beneficios, con fines de explotación, venta de niños, para que ejerzan la prostitución, o someterlo a esclavitud sexual u otras formas de explotación sexual, obligarlo a mendigar, a realizar trabajos o servicios forzados, a la servidumbre, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud u otras formas de explotación laboral, o extracción o tráfico de órganos o tejidos humanos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años. La captación, transporte, traslado, acogida, recepción o retención de niño, niña o adolescente con fines de explotación se considerará trata de personas incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios señalados en el párrafo anterior».

trata y refuerzan el estereotipo de que las mujeres son objetos sexuales de los hombres. Es más, si se compara la sentencia de este caso (R.N. N° 2349-2014-Madre de Dios) con otra sentencia sobre el mismo delito, pero expedida por una sala diferente de la Corte Suprema (R.N. N° 1610-2018-Lima), no parecen únicamente decisiones de países distintos, sino de planetas diferentes. Como es obvio, la predictibilidad judicial es inexistente, por no hablar de la afectación a la imparcialidad judicial o de los efectos destructivos para con el ordenamiento jurídico.

En el mes de diciembre de 2016, Hinostroza fue ponente en otro caso de violencia de género (lesiones graves por violencia familiar), que fue muy mediático pues la víctima pertenecía al medio artístico (R.N. N° 1969-2016-Lima Norte). En aquella oportunidad, la Corte Suprema sancionó al agresor y en la fundamentación de la sentencia se argumentó que la violencia contra la mujer era uno de los hechos más execrables, que era un fenómeno transversal a todos los ámbitos de la colectividad y que era necesario actuar de manera efectiva frente a las denuncias. Sin embargo, al poco tiempo (R.N. N° 3303-2015-Lima, del 24 de febrero de 2017), Hinostroza parecía un juez distinto.

VI. CONCLUSIONES

Los ordenamientos jurídicos incorporan valores en la forma de derechos. Por ello, el derecho no es neutro en el sentido de avalorativo; más bien, impone límites de naturaleza sustantiva, impidiendo que la motivación judicial sea discriminatoria, como sucede cuando emplea argumentos estereotipados. Tales argumentos violan no solo el principio de igualdad, sino el principio de imparcialidad judicial, que exige que los jueces resuelvan las controversias desde el derecho, libres de prejuicios o sesgos.

Los argumentos estereotipados se explican por el contexto de discriminación estructural en el que se aplica el derecho; sin embargo, en países como el Perú, el uso instrumental de tales argumentos también podría explicarse por la severa corrupción judicial (y las diferentes monedas de cambio). Esta socava de una manera decisiva la credibilidad de los jueces y tiene un efecto destructivo en el sistema normativo al reemplazar los fines y valores del ordenamiento jurídico por otros diferentes. Pensar en la importancia de las virtudes judiciales —como la honestidad y la autorrestricción— resulta crucial, pues ellas son esenciales para enfrentar la corrupción, lo que contribuye, finalmente, a garantizar la igualdad y el cumplimiento de los derechos en su conjunto.

El Perú, sostenía Quiroz (2013), es un país profundamente afectado por una corrupción sistémica, tanto en su pasado lejano como reciente (p. 39). Y lo peor es que, como afirma Garzón Valdés (2004), la importancia de la corrupción no radica en la magnitud del fenómeno, sino en su

carácter de síntoma de males más graves y profundos (p. 16). El de la desigualdad es sin duda uno de ellos. De ahí que sea imperativo combatir los estereotipos o prejuicios de género que se manifiestan de manera tan evidente —y muchas veces cínica— en las decisiones judiciales, y que ofenden el compromiso de la judicatura con criterios de corrección sustantiva. La igualdad, como dice Fiss (1999b), es una de las vigas centrales del ordenamiento jurídico, es «arquitectónica» (p. 23).

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

REFERENCIAS

Aguiló, J. (1997). Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica. *Isonomía*, (6), 71-79.

Aguiló, J. (2003). De nuevo sobre “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. *Jueces para la democracia*, (46), 47-55.

Aguiló, J. (2009). Imparcialidad y concepciones del Derecho. *Jurídicas*, 6(2), 27-44.

Ahora. (2018). César Hinostroza tiene cuatro casas en EE. UU. <https://www.ahora.com.pe/cesar-hinostroza-tiene-cuatro-casas-en-ee-uu/>

Alexy, R. (2008). Una defensa de la fórmula de Radbruch. En R. L. Vigo (coord.), *La injusticia extrema no es Derecho. De Radbruch a Alexy* (pp. 355-391). Buenos Aires: Distribuciones Fontamara.

Andrés, P. (1995). ¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación de la ley? *Doxa*, II(15-16), 861-882. <https://doi.org/10.14198/doxa1994.15-16.43>

Andrés, P. (2002). La ‘neutralidad’ ideológica del juez. *El País*. https://elpais.com/diario/2002/12/21/opinion/1040425208_850215.html

Andrés, P. (2003). Democracia con jueces. En J. Malem, J. Orozco y R. Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia* (pp. 245-263). Barcelona: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gedisa, ITAM.

Andrés, P. (2012). La independencia judicial y los derechos del juez. En A. Saiz Arnaiz (dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces* (pp. 45-63). Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons. <https://doi.org/10.2307/j.ctv10qr0x3.5>

Añón, M. J. (2013). Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja. *Isonomía*, (39), 127-157. <https://doi.org/10.5347/39.2013.109>

Atienza, M. (2004). Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el estado de derecho. En M. Carbonell, H. Fix-Fierro y R. Vázquez (comps.), *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos* (pp. 3-30). México: Porrúa, Universidad Autónoma de México.

Atienza, M. (2009). Corrupción y ética judicial. *Diario Información*. https://www.diarioinformacion.com/secciones/noticiaOpinion.jsp?pRef=2009081600_8_920999__Opinio

Atienza, M. (2014). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta, segunda reimpresión.

Atienza, M. (2017). *Derecho y transformación social*. Madrid: Trotta.

Barrère Unzueta, M. Á., & Morondo Taramundi, D. (2011). Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del Derecho antidiscriminatoria. *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 45, 15-42.

Bartlett, K. (2011). Métodos jurídicos feministas (trad. Diego Aranda). En M. Fernández y F. Morales (coords.), *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana* (pp. 19-116). Lima: Palestra.

Bartlett, K. (2014). Objectivity: A Feminist Revisit. *Alabama Law Review*, 66, 375-394.

Beltrán, E. (2014). Lo respetable, lo razonable y lo intolerable: liberalismo político y creencias religiosas. En A. Ruiz Miguel (ed.), *Entre Estado y Cosmopolis: derecho y justicia en un mundo global* (pp. 213-231). Madrid: Trotta.

Camps, V. (1990). *Virtudes Públicas*. Madrid: Espasa-Calpe.

Clérico, L. (2018). Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad. *Revista Derecho del Estado*, (41), 67-96. <https://doi.org/10.18601/01229893.n41.03>

Crenshaw, K. W. (1991). Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias y violencia contra las mujeres de color. En *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada* (pp. 87-122). <http://www.uncuyo.edu.ar/transparencia/upload/crenshaw-kimberle-cartografiando-los-margenes-1.pdf>

Comisión Andina de Juristas (CAJ). (2003). *Corrupción judicial. Mecanismos de control y vigilancia ciudadana*. Lima: CAJ.

Cook, R., & Cusack, S. (2010). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales* (trad. Andrea Parra). Bogotá: Profamilia.

Dworkin, R. (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

Dworkin, R. (1987). *Taking Rights Seriously* (5ta edición). Londres: Duckworth.

Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos* (trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Ernst, C. (2003). Independencia judicial y democracia. En J. Malem, J. Orozco y R. Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia* (pp. 235-244). Barcelona: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gedisa, ITAM.

Facio, A. (1996). *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: Ilanud. <https://doi.org/10.2307/j.ctvtxw1wh.29>

Farrell, M. D. (1994). Algunas maneras de entender la neutralidad. *Doxa*, II(15-16), 179-197. <https://doi.org/10.14198/doxa1994.15-16.08>

Farrell, M. D. (2003). La ética de la función judicial. En J. Malem, J. Orozco y R. Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia* (pp. 147-162). Barcelona: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gedisa, ITAM.

Frank, J. (1947). A Plea for Lawyer-Schools. *The Yale Law Journal*, 56(8), 1303-1344. <https://doi.org/10.2307/793068>

Fiss, O. (1990). ¿La muerte del Derecho? *Doxa*, (10), 123-140. <https://doi.org/10.14198/doxa1991.10.05>

Fiss, O. (1999a). Grupos y cláusula de igual protección. En R. Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados* (pp. 137-167). Barcelona: Gedisa.

Fiss, O. (1999b). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa. <https://doi.org/10.5354/0717-9162.2002.10642>

Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes. <https://doi.org/10.7440/res2.1998.29>

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Buenos Aires, Barcelona, México D. F.: Paidós.

Garzón Valdés, E. (2001). El problema ético de las minorías étnicas. En R. Carbonell, J. A. Cruz Parceró y R. Vásquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (2da edición) (pp. 221-244). México: Porrúa y UNAM.

Garzón Valdés, E. (2004). Acerca de la calificación moral de la corrupción. *Isonomía*, (21), 9-19.

Garzón Valdés, E. (2007). 30 minutos de filosofía del Derecho: viejos y nuevos problemas. *Doxa*, (30), 223-233. <https://doi.org/10.14198/doxa2007.30.32>

González Amuchastegui, J. (1999). Corrupción, democracia y responsabilidad política. *Isonomía*, (10), 7-24.

Gordon, R. W. (1987). Unfreezing Legal Reality: Critical Approaches to Law. *Florida State University Law Review*, 5(2), 194-220.

Hart, H. L. A. (1997). *The Concept of Law* (2da edición). Nueva York: Oxford University Press.

Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa* (3ra edición). Madrid: Totta.

IDL-Reporteros. (2018a, 9 de agosto). *Columna de Reporteros: Los audios de julio*. <https://www.idl-reporteros.pe/columna-de-reporteros-347/>

IDL-Reporteros. (2018b, 7 de julio). *Corte y corrupción*. <https://www.idl-reporteros.pe/corte-y-corrupcion/>

IDL-Reporteros. (2018c, 8 de julio). *Hinostroza despacha*. <https://www.idl-reporteros.pe/hinostroza-despacha/>

Jaramillo, I. C. (2009). La crítica feminista al Derecho. En R. Ávila, J. Salgado y L. Valladares (comps.), *El género en el Derecho. Ensayos críticos* (pp. 103-133). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Jiménez Vargas Machuca, R. (2019). Corrupción y proceso. En G. Priori Posada (coord.), *Justicia y proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes* (pp. 629-650). Lima: Palestra.

Kennedy, D. (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial* (estudio preliminar de César Rodríguez; notas Diego Eduardo López). Santafé de Bogotá: Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo de Hombres Editores.

Kennedy, D. (2013). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica* (trad. Guillermo Moro). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Lifante, I. (2018). *Lo público y lo privado. Problemas de ética jurídica* (selec. y trad. Guillermo Moro). Montevideo, Buenos Aires: BdeF.

Macintyre, A. (2001). *Tras la virtud*. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo.

Malem Seña, J. (2002). *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa.

MacKinnon, C. (1987). *Feminism Unmodified*. Cambridge, Massachusetts y Londres: Harvard University Press.

MacKinnon, C. (1991). *Difference and Dominance: On Sex Discrimination*. http://www.oregoncampuscompact.org/uploads/1/3/0/4/13042698/difference_and_dominance_-_on_sex_discrimination__catherin_a_mackinnon_.pdf

Montoya, Y. (2019). Corrupción judicial y afectación a los derechos a la tutela judicial efectiva y la indemnidad sexual: un caso peruano. En C. Nash Tojas y M. C. Fuchs (eds.), *Corrupción, estado de derecho y derechos humanos* (pp. 259-278). Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung.

Mossman, M. J. (1991). Feminism and Legal Method: The Difference it Makes. En Martha Albertson Fineman y Nancy Sweet Thomadsen (eds.), *At the Boundaries of Law. Feminism and Legal Theory* (pp. 283-300). Nueva York, Londres: Routledge.

Nagel, T. (1973). Rawls on Justice. *The Philosophical Review*, 82(2), 220-234. <https://doi.org/10.2307/2183770>

Nagel, T. (2003). La compasión rigurosa de John Rawls: una breve biografía intelectual (trad. Leonardo García Jaramillo). *Praxis Filosófica*, (16), 26-40. <https://doi.org/10.25100/pfilosofica.v0i16.3043>

Nussbaum, M. (2016). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (trad. Ramon Vilá Vernis y Albino Santos Mosquera). Barcelona: Paidós.

Olsen, F. (1990). *El sexo del Derecho*. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf>

Osborne, R. (1995). De ciertas insuficiencias de un cierto liberalismo (segunda respuesta feminista a Jorge Malem). *Doxa*, (17-18), 499-512. <https://doi.org/10.14198/doxa1995.17-18.22>

Papayannis, D. (2016). Independence, impartiality and neutrality in legal adjudication, *Revus*, (28), 33-52. <https://doi.org/10.4000/revus.3546>

Pásara, L. (2005). *Los abogados en Lima en la administración de justicia. Una aproximación preliminar*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

Pásara, L. (2007). La independencia judicial: una reconsideración. En *Independencia judicial. Visión y perspectivas* (pp. 103-106). Lima: Asociación de Jueces para la Justicia y la Democracia.

Pateman, C. (2009). Críticas feministas a la dicotomía público/privado. En R. Ávila, J. Salgado y L. Valladares (comps.), *El género en el Derecho. Ensayos críticos* (pp. 37-65). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Pence, G. (1995). La teoría de la virtud. En P. Singer (ed.), *Compendio de ética* (pp. 347-359). Madrid: Alianza Editorial.

Pérez Lledó, J. A. (1995). «Critical Legal Studies» y el comunitarismo. *Doxa*, (17-18), 137-164. <https://doi.org/10.14198/doxa1995.17-18.06>

Pérez Lledó, J. A. (2008). *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima-Bogotá: Palestra Temis.

Pintore, A. (2017). El formalismo jurídico: un cotejo entre Jori y Schauer. *Derecho PUCP*, (79), 47-55. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.003>

Prieto Sanchís, L. (2001). Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. En M. Carbonell, J. A. Cruz Parceros y R. Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías* (pp. 17-67). México: Editorial Porrúa, UNAM.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

Quiñones Oré, H. D. (2018). *Etnografía de la corrupción en estudios de abogados de Lima* [tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].

Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú* (trad. Javier Flores Espinoza). Lima: Instituto de Estudios Peruanos, Instituto de Defensa Legal.

Ramírez Jiménez, N. (2019). Corrupción judicial en el Perú, factores que contribuyen a ese estado de cosas. En G. Priori Posada (coord.), *Justicia y proceso en el siglo XXI. Desafíos y tareas pendientes* (pp. 575-616). Lima: Palestra.

Rawls, J. (1985). *Teoría de la Justicia* (trad. María Dolores González). México: Fondo de Cultura Económica.

Rawls, J. (1988). The Priority of Right and Ideas of the Good. *Philosophy and Public Affairs*, 15(4), 251-276.

Rawls, J. (2006). *El liberalismo político*. Barcelona: Biblioteca de Bolsillo.

Ríos, W. (2015). *Discurso por el Día del Juez*. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/Corte+Superior+Callao+PJ/s_csj_callao_nuevo/as_corte_superior_callao/as_presidencia/as_documentos/as_discursos/as_2015/

Schedler, A. (2005). Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial (trad. Laura Manríquez). *Isonomía*, (22), 65-95.

Swift, A. (2016). *¿Qué es y para qué sirve la filosofía política? Guía para estudiantes y políticos* (trad. Jahel Queralt, Iñigo González y Guido Sender). Buenos Aires: Siglo Veintiuno.

Thiebaut, C. (1992). Neoaristotelismos contemporáneos. En V. Camps, O. Guariglia y F. Salmerón (eds.), *Concepciones de la ética* (pp. 29-51). Madrid: Trotta.

Turégano, I. (2001). La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls. *Doxa*, (24), 319-347. <https://doi.org/10.14198/doxa2001.24.12>

TVP Perú (2018, 10 de julio). *Nuevo audio, juez Walter Ríos garantiza nombramiento de fiscal con «10 verdeditos»* [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=BepPztKPA-Y>

TVP Perú Noticias (2018, 13 de julio). *Más audios ponen en mayores aprietos a renunciante juez Walter Ríos* [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=PAKzjnXMkIY>

TVP Perú Noticias (2018, 22 de julio). *César Hinostroza conversa con juez supremo Ángel Romero de Concepción Carhuacho en nuevo audio* [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?reload=9&v=WTKNWWDYVT8>

TVP Perú Noticias (2018, 7 de agosto). *César Hinostroza acuerda dejar electo a Martín Hurtado en el PJ* [video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=PueWvnZ28yE>

Vásquez, R. (2005). *Derecho, moral y poder*. México: Editorial Porrúa, ITAM.

Vásquez, R. (2007). Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos. *Doxa*, (30), 205-216. <https://doi.org/10.14198/doxa2007.30.30>

Vásquez, R. (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. México: UNAM.

Villanueva, R. (2019). Una mirada preliminar sobre los posibles vínculos entre los casos de violencia contra las mujeres, los argumentos y la corrupción judicial. En *Anuario de Investigación del Cicaj 2018-2019* (pp. 457-480). Lima: PUCP. <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/169809/Villanueva%20Flores.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Villanueva, R. (2020a). El constitucionalismo de los derechos. Casos cínicos, objetividad y derechos de las mujeres. En P. Andrés Ibáñez, P. Grández Castro, B. Marciani Burgos y S. Pozzolo (eds.), *El compromiso constitucional del iusfilósofo. Homenaje a Luis Prieto Sanchís* (pp. 271-288). Lima: Palestra.

Villanueva, R. (2020b). Enseñanza del Derecho y perspectiva de género: ¿dónde estamos y hacia dónde vamos? El caso de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, 17(33), 43-71.

Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (trad. José Luis Marí y Águeda Quiroga; estudio Roberto Gargarella y José Luis Martí). Madrid, Barcelona: Marcial Pons.

West, R. (2000). *Género y teoría del Derecho* (trad. Pedro Lama Lama). Bogotá: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 24 de febrero de 2012).

Azul Rojas Marín y otra vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo,

Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 12 de marzo de 2020).

Código Penal del Perú (2021).

Duque vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia, sentencia de 26 de febrero de 2016).

González y otras —«Campo Algodonero»— vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 16 de noviembre de 2009).

Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 24 de agosto de 2017).

Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 2 de julio de 2004).

López Soto y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 26 de setiembre de 2018).

Observación General N° 3, sobre las mujeres y niñas con discapacidad (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016).

Observación General N° 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2009).

Pabla KY vs. Finland (European Court of Human Rights, 22 de junio de 2004).

Recomendación General N° 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2013).

Recomendación General N° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2015).

Recomendación General N° 34. Discriminación racial contra afrodescendientes (Comité para la eliminación de la discriminación racial, 2011).

Recurso de Nulidad N° 2349-2014-Madre de Dios (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 28 de enero de 2016).

Recurso de Nulidad N° 3303-2015-Lima (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 24 de febrero de 2017).

Recurso de Nulidad N° 1969-2016-Lima Norte (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 1 de diciembre de 2016).

Recurso de Nulidad N° 269-2017-Junín (Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 23 de abril de 2018).

393

IMPARCIALIDAD,
ESTEREOTIPOS
DE GÉNERO Y
CORRUPCIÓN
JUDICIAL

IMPARTIALITY,
GENDER
STEREOTYPES
AND JUDICIARY
CORRUPTION

Recurso de Nulidad N° 1610-2018-Lima (Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 27 de mayo de 2019).

Resolución N° 136-2020-JNJ (Junta Nacional de Justicia, 20 de julio de 2020). <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/07/Resolucion-136-2020-JNJ-LP.pdf?fbclid=IwAR0PqZlvxrbIkZWlj45ARRL688q5uBsjWuk8zY7-CYlwZN0ZMQiIzjOzdk4>

Resolución Legislativa del Congreso N° 04-2018-2019-CR (6 de octubre de 2018). *Diario Oficial El Peruano*, sección Normas Legales.

Sentencia recaída en el Expediente N° 2465-2004 AA/TC (Tribunal Constitucional, 11 de octubre de 2004).

Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 20 de octubre de 2016).

Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 19 de noviembre de 2015).

Véliz Franco vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (CIDH, sentencia de 19 de mayo de 2014).

Recibido: 12/11/2021

Aprobado: 15/03/2021

INTERDISCIPLINARIA

DERECHO
PUCP

REVISTA
DE LA FACULTAD
DE DERECHO

Razonamiento moral e identidad moral en abogados dedicados al arbitraje

Moral reasoning and moral identity in lawyers
dedicated to arbitration

JORGE VILLALBA GARCÉS*

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

SUSANA FRISANCHO HIDALGO**

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ALESSANDRO CAVIGLIA MARCONI***

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

MARLENE ANCHANTE RULLÉ****

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

Resumen: El arbitraje ofrece una manera rápida y efectiva de solucionar controversias entre diferentes entidades. Los abogados que se dedican a la labor arbitral tienen la responsabilidad de dar solución a dichos conflictos con justicia e imparcialidad. Dada la importancia de esta función, es necesario contar con profesionales que hayan desarrollado del modo más pleno posible sus capacidades morales. Lamentablemente, diversos actos de corrupción han puesto en duda la capacidad moral de algunos árbitros y evidenciado la necesidad de investigar el desarrollo moral en dicha población. En este contexto, el presente estudio tuvo como objetivo describir y analizar las características del razonamiento moral y de la identidad moral de un grupo de abogados que destinan buena parte de su labor profesional al arbitraje. Para ello, participaron diecisiete abogados, hombres y mujeres, que dedican más del 50 % de su tiempo al arbitraje. Los resultados indican que los participantes cuentan, principalmente, con un razonamiento de naturaleza convencional que los hace priorizar las expectativas interpersonales y el mantenimiento del sistema social por sobre los principios morales. Adicionalmente, los entrevistados evidencian diversos tipos de identidad, algunas relacionadas a lo social o a lo prosocial, pero ninguna estrictamente moral. Los resultados se

* Licenciado en Psicología Educacional por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y miembro del Grupo de Investigación en Cognición, Aprendizaje y Desarrollo del Departamento de Psicología de la misma casa de estudios.

Código ORCID: 0000-0002-2843-9854. Correo electrónico: jvillalba@pucp.edu.pe

** Doctora en Psicología del Desarrollo por Fordham University, Nueva York. Magíster en Psicología y licenciada en Psicología Educacional por la PUCP. Profesora principal del Departamento de Psicología de la PUCP y coordinadora del Grupo de Investigación en Cognición, Aprendizaje y Desarrollo del Departamento de Psicología de la misma casa de estudios.

Código ORCID: 0000-0002-5517-7597. Correo electrónico: sfrisan@pucp.edu.pe

*** Magíster y licenciado en Filosofía por la PUCP. Profesor del Departamento de Teología de la PUCP, coordinador del Grupo de Investigación de Filosofía Social de la misma casa de estudios y miembro de la Red Iberoamericana Kant: Ética, Política y Sociedad.

Código ORCID: 0000-0002-8106-7201. Correo electrónico: a.caviglia@pucp.pe

**** Doctora en Antropología, magíster y licenciada en Psicología por la PUCP. Directora del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP.

Código ORCID: 0000-0002-8724-6964. Correo electrónico: manchan@pucp.edu.pe

discuten haciendo énfasis en las consecuencias de la falta de desarrollo del razonamiento y la identidad moral, y en la necesidad repensar la formación moral del abogado en las facultades de derecho.

Palabras clave: Árbitros, arbitraje, identidad moral, razonamiento moral, desarrollo moral

Abstract: Arbitration offers a fast and effective way to resolve disputes between different entities. Arbitrators have the responsibility to solve these conflicts with justice and impartiality. Given the importance of this function, it is necessary to have professionals who have developed their moral capacities to the fullest extent. Unfortunately, various acts of corruption have cast doubt on the moral capacity of some arbitrators and have highlighted the need to investigate the moral development of this population. In this context, the present study aimed to describe and analyze the characteristics of moral reasoning and moral identity of a group of lawyers who devote a good part of their professional work to arbitration. Seventeen lawyers, men and women, who devote more than 50 % of their time to arbitration, participated in this study. The results indicate that, generally speaking, participants reason at a conventional level that makes them prioritize interpersonal expectations and the maintenance of the social system over moral principles. Additionally, the interviewees show different types of identities, some related to social or prosocial issues, but none strictly moral. The results are discussed emphasizing the consequences of low moral reasoning and poor moral identity development, and the need to rethink the moral education of students in law schools.

Key words: Arbitrators, arbitration, moral identity, moral reasoning, moral development

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- I.1. ARBITRAJE Y CORRUPCIÓN.- I.2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL ESTUDIO.- I.3. FUNDAMENTOS PSICOLÓGICOS DEL ESTUDIO.- II. MÉTODO.- II.1. PARTICIPANTES.- II.2. INSTRUMENTOS.- III. PROCEDIMIENTO.- IV. RESULTADOS.- IV.1. RAZONAMIENTO MORAL - DILEMA DE HEINZ.- IV.2. DILEMA ARBITRAL - CATEGORIZACIÓN DE RESPUESTAS.- IV.3. CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD MORAL.- IV.5. IDENTIDAD DE RASGO PERSONAL.- IV.5. IDENTIDAD SOCIAL.- IV.6. IDENTIDAD PROSOCIAL.- IV.7. IDENTIDAD ESPIRITUAL.- IV.8. IDENTIDAD MORAL.- V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

I.1. Arbitraje y corrupción

La corrupción es un problema muy grave en muchos países del mundo. De acuerdo con estimaciones del Foro Económico Mundial, el costo global de la corrupción es de al menos USD 2,6 billones, o el 5 % del producto bruto interno (PBI) mundial; y, de acuerdo con el Banco Mundial, las empresas y los individuos pagan más de USD 1 billón en sobornos cada año (ONU, 2018). En América Latina, el caso Lava Jato

ha evidenciado que la corrupción se ha infiltrado en muchos contratos de obras públicas en varios países de la región, incluyendo el Perú.

Según las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a la fecha existen en el Perú más de veinte investigaciones —con diferente grado de avance— relacionadas con casos de corrupción vinculados con proyectos de obras públicas. En estos casos están involucrados funcionarios de entidades estatales, empresas constructoras y árbitros, entre otros. A los árbitros se les investiga porque habrían recibido sobornos a cambio de favorecer a la constructora Odebrecht. También forman parte de dichas investigaciones funcionarios públicos que habrían recibido sobornos a cambio de incumplir su función de defensa de los intereses del Estado. De igual forma, se investiga a funcionarios de la empresa Odebrecht porque habrían entregado sobornos tanto a árbitros como a funcionarios del Estado (*Laudos arbitrales a favor de la empresa Odebrecht*).

Estas investigaciones son de especial relevancia si se tiene en cuenta que en el Perú las controversias que surgen entre una entidad estatal y un privado sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de un contrato se resuelven mediante arbitraje o conciliación, según el acuerdo de las partes¹. El arbitraje es un medio de solución de controversias alternativo al Poder Judicial que consiste en poner en manos de un tercero, denominado árbitro, la solución de un conflicto, comprometiéndose las partes a respetar la solución que aquel emita (Guzmán Barrón, 2017, p. 29). En este sentido, el llamado laudo arbitral contiene la decisión de los árbitros que busca resolver una controversia y que debe tener un efecto definitivo y vinculante para las partes que celebraron un pacto arbitral (Zuleta, 2012, p. 1). Dicho laudo es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento en que son notificadas².

Los árbitros pueden ser nombrados por las partes en controversia, por una institución arbitral o por un tercero a quien las partes hayan conferido el encargo³. Cuando se trata de controversias con entidades del Estado, el arbitraje es resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros, uno de los cuales actúa como presidente. En este caso, el árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados⁴. El procedimiento usual de elección consiste en que cada parte en controversia designa a un árbitro y, luego,

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

JORGE VILLALBA GARCÉS / SUSANA FRISANCHO HIDALGO /
ALESSANDRO CAVIGLIA MARCONI / MARLENE ANCHANTE RULLÉ

1 Artículo 45.1 del Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

2 Artículo 45.21 del Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

3 Artículo 22 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje en el Perú.

4 Artículo 45 del Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado.

ambos árbitros designados eligen de común acuerdo al presidente del tribunal arbitral. También es posible la designación residual a cargo de una institución arbitral cuando alguna de las partes no nombra a su árbitro o los árbitros designados por las partes no nombran al presidente del tribunal⁵. Según la Ley General de Arbitraje, los árbitros son personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles que no han recibido condena firme por algún delito doloso. Asimismo, la Ley de Contrataciones con el Estado señala que los árbitros deben contar con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Esta última ley, junto con las directrices de la International Bar Association (IBA, 2014, p. 5), indican que los árbitros deben ser y permanecer imparciales e independientes de las partes que los eligen durante todo el proceso de arbitraje hasta que se emita el laudo. En el caso de que existan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro, este deberá declinar su designación como tal o apartarse del proceso arbitral (Escobar Martínez, 2009, p. 200).

El Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado⁶ señala que un árbitro puede ser recusado o apartado del arbitraje cuando existan circunstancias que generan dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. La recusación de un árbitro constituye un mecanismo por medio del cual las partes de un arbitraje solicitan el retiro del árbitro en el que han dejado de confiar, al surgir dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. La siguiente cita, tomada de una resolución de recusación de un árbitro investigado por la Fiscalía, ofrece un ejemplo:

En el caso concreto, es preciso ponderar la situación en la cual el árbitro a cargo de resolver una controversia es, al mismo tiempo, investigado preliminarmente por un presunto delito, en agravio de una de las partes del presente arbitraje. Ello implica que dicha parte, o sea el Estado, se encuentre obligado a coadyuvar al esclarecimiento de los hechos y a calificar, mediante la elaboración de informes jurídicos o técnicos, la actuación del referido árbitro en los hechos materia de investigación, lo que configura, desde un punto de vista objetivo, un supuesto que justifica razonablemente la disminución de la confianza en la actuación de dicho árbitro (Consejo de Defensa Jurídica del Estado, Expediente Arbitral N° 1458-170-17).

El sustento de la parte para solicitar la recusación en cuestión se basó en un reportaje periodístico (La República, 3 de mayo de 2018) que informaba de la existencia de una investigación fiscal en la que, a través de un colaborador eficaz, se daba a conocer que la empresa

5 Artículo 232 del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

6 Artículo 234.1, inciso c), del Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

401

Odebrecht, en concertación con árbitros y exfuncionarios de la entidad estatal involucrada, habría acordado la expedición de laudos arbitrales a su favor, obteniendo un ilícito beneficio de más de S/ 240 millones y perjudicando de esa manera los intereses del Estado. Las siguientes citas de artículos periodísticos dan cuenta de las investigaciones por corrupción relacionadas con arbitrajes:

De acuerdo con el colaborador, se pagaba a los árbitros para que emitieran un laudo a favor de Odebrecht, al procurador para que no impugnara, y al director de concesiones para que inmediatamente se diera el laudo (La República, 3 de mayo de 2018).

Según la fiscalía, habrían recibido sobornos a cambio de emitir laudos a favor de la constructora Odebrecht en diversas controversias entre esta y el Estado: IIRSA Norte, IIRSA Sur Tramo 2 y 3, Sistema de Agua Potable de Chimbote y Carretera Callejón de Huaylas Chacas-San Luis (El Comercio, 6 de febrero de 2019).

Jorge Barata, exdirectivo de Odebrecht en Perú, reveló que el exárbitro Horacio Cánepa recibió US\$ USD878 mil para favorecer a la constructora brasileña en un arbitraje contra el Estado Peruano por la carretera Interoceánica Sur (Gestión, 6 de agosto de 2019).

Las investigaciones por corrupción en arbitrajes han levantado las alertas de los operadores del sistema arbitral, cuyas medidas tienen una lógica de «control externo» o sanción; por ejemplo, el retiro de árbitros de las nóminas de los centros de arbitraje o la implementación de la confirmación de árbitros (ICC, 2017). Estas medidas no toman en cuenta que el problema de la corrupción tiene un importante componente subjetivo, ya que, desde un punto de vista psicológico, la corrupción es, entre otras cosas, una expresión del escaso desarrollo moral de las personas. Este desarrollo es complejo e involucra tanto aspectos cognitivos como procesos afectivos y de construcción de la propia identidad.

En efecto, en el ejercicio de impartir justicia de manera imparcial, independiente, y ética, los árbitros se enfrentan a situaciones de dilemas y conflictos morales. De su identificación y reconocimiento, del modo en que razonan sobre ellos, y de la manera en que ellos mismos se hayan desarrollado como personas, dando más o menos cabida a elementos éticos en su propia identidad, dependerá parte importante de su actuación frente a estos conflictos o dilemas morales.

En un artículo publicado en la revista *Memoria*, Frisancho (2008, p. 63) puso en evidencia las dificultades en el razonamiento moral y la construcción de la identidad moral que presentaba un grupo de jueces del Poder Judicial peruano. Sin embargo, desde esa fecha hasta la actualidad se ha hecho muy poca investigación con abogados y ninguna con árbitros

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

orientada a explorar las características psicológicas de su desarrollo moral. Respondiendo a este vacío, y con la motivación de contribuir a la lucha contra la corrupción mediante la identificación de factores psicológicos que funcionan como protección para enfrentar y resistir las tentativas de caer en ella, es que se llevó a cabo la presente investigación.

1.2. Fundamentos filosóficos del estudio

La aproximación filosófico-moral que respalda este estudio es la desarrollada por Immanuel Kant, filósofo alemán del siglo XVIII, perspectiva actualizada y complementada por filósofos contemporáneos como Jürgen Habermas, John Rawls, Rainer Forst, Christine Korsgaard, Thomas Nagel y Thomas Scanlon, entre otros. Esta tradición está en la base de la teoría del desarrollo del razonamiento moral de Lawrence Kohlberg, de la cual hacemos uso en este trabajo de investigación y que será explícita más adelante. Una de las ideas centrales de la filosofía moral de Kant es la distinción entre heteronomía y autonomía. La palabra «heteronomía» viene de dos términos griegos: *hetero*, que significa «otro», y *nomos*, que significa «mandato, ley, orden». De tal manera, «heteronomía» significa seguir o someterse a los mandatos de otro; mientras que «autonomía» —que deriva de los términos *auto*, que significa «uno mismo», y *nomos*— significa que uno se da sus propias leyes.

Así, una persona es heterónoma cuando actúa de acuerdo con pautas, exigencias o principios que no ha examinado por su propia razón; por ejemplo, cuando un niño hace lo que el papá le dice o un fiel obedece los mandatos de su pastor, sin preguntarse si lo que se le exige es correcto. En otras palabras, la persona heterónoma es completamente acrítica, pues no examina por medio de su razón si los mandatos que está siguiendo son válidos. En cambio, una persona es autónoma cuando examina racionalmente la validez de las normas, de modo que cultiva una actitud crítica.

Kant (2002[1785], p. 114) señala que este discernimiento es posible por medio de un procedimiento de la razón humana al que denomina «imperativo categórico», el cual alude a una «obligación incondicional». Kant sostenía que una ley o exigencia auténticamente moral es incondicional y, por lo tanto, no admite excepciones ni está sujeta a condiciones como el contexto social, cultural o histórico, ya que es producida por la razón independiente de la experiencia. En ese sentido, se trata de una ley *a priori*. Pero Kant también utiliza la expresión «imperativo categórico» para referirse al procedimiento por el cual la razón puede producir las leyes morales. En su libro *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* (p. 84), Kant ofrece tres formulaciones del imperativo categórico.

La primera formulación dice que una persona debe obrar de acuerdo con una máxima que ella misma pueda convertir en una ley universal, sin caer en una contradicción o en un absurdo. La palabra «máxima» representa aquí cualquier regla de la voluntad que yo pueda tener para mi acción, de modo que en los casos que corresponda actuaré de acuerdo con ella. Una forma de comprender esto es utilizando la expresión «estar autorizado a». De esta manera, tener una máxima es como decir «estoy autorizado a X». En cambio, cuando intento convertir dicha máxima en ley universal, tendría que decir que «autorizo a todo ser humano a X». Si al hacer ese paso no se genera ningún absurdo y no caigo en una contradicción, entonces esa máxima puede ser tomada como una exigencia moral. Por ejemplo, imaginemos que asumo la máxima de subirme a los buses con el propósito de burlar al cobrador con el pasaje, y que lo hago de tal forma que nadie se percate de mi astucia. ¿Qué pasa en el mundo cuando hago eso? No mucho, en realidad, el cobrador pensará que de vez en cuando se le pierden unas monedas. Como los demás pasajeros no se dan cuenta, nadie se siente ofendido moralmente; y como con mi actuar no voy a llevar a la quiebra las empresas de buses, estas seguirán existiendo y yo podré seguir actuando según mi máxima. Pero, ¿qué sucede si convierto mi máxima particular en ley moral?; es decir, si la planteo no solo como «estoy autorizado a X», sino como «autorizo a todo ser humano a X». Al universalizar la máxima, tengo que imaginarme que todos los seres humanos actuarían según ella, lo que haría que las empresas de buses terminen desfinanciadas y quiebren. De esta manera, estaría produciendo un absurdo, puesto que estoy destruyendo lo que hace posible seguir mi máxima, ya que la condición que posibilita que suba a los buses para pagar el pasaje o para burlar al cobrador es que las empresas de buses sigan existiendo. Si se universaliza la máxima, se terminaría por destruir las empresas de buses y, de esa forma, la máxima se autocancela porque genera una contradicción que destruye la condición que la hace posible. En este sentido, es inmoral porque es contradictoria.

Esto último permite la autonomía moral de la razón de las personas. Ella no se remite a nada externo para evaluar la máxima y producir la ley moral, como podrían ser los mandatos de una autoridad sagrada; sino que se remite a algo interno a ella misma, a saber, al principio de no contradicción. El principio de no contradicción no solamente hace posible la autonomía moral de las personas, sino que permite la universalidad de la ley moral porque dicho principio es inherente a la razón de todo ser humano. De esta manera, lo que Kant ofrece es una moral que brota de la razón de las personas sin necesidad de recurrir a ningún elemento externo.

La moral, para Kant, es *a priori*; es decir, es independiente de la experiencia y no se extrae ni de las condiciones de la naturaleza, ni

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

de las condiciones de las sociedades o de la cultura. Los kantianos contemporáneos aceptan que la razón es el elemento central para la moral, pero cuestionan su apriorismo y relativizan su autonomía. Para estos kantianos, la Razón (con R mayúscula) ya no es vista solamente como una facultad de la mente humana, sino que toman de Hegel la idea de que la razón es una relación entre las personas. De esta manera, para los kantianos contemporáneos, las pautas o principios morales se articulan en el intercambio de razones. Así, en lugar de que la persona solitaria produzca la ley moral, son las personas quienes, intercambiando y compartiendo razones, se aclaran respecto de las pautas y exigencias morales que resultan válidas para los contextos concretos en los que se encuentran.

1.3. Fundamentos psicológicos del estudio

Desde la psicología, pero siguiendo la misma línea de pensamiento, Piaget (1918) conceptualizó la moral como un equilibrio entre la persona y la sociedad. En trabajos posteriores bastante más conocidos (Piaget, 1984[1932]; 1995[1965]) explicó la moral como una interrelación entre las estructuras cognitivas y afectivas del individuo y las demandas que le hace la vida social. Después de Piaget, la teoría más conocida del desarrollo moral es la de Lawrence Kohlberg (1984), quien, apoyándose principalmente en filósofos como Kant y Rawls, también piensa que la razón está en el centro de la experiencia moral. Para Kohlberg, el acto moral deriva de un proceso de razonamiento y juicio moral basado en principios de justicia, los que se ven como la mejor manera de resolver conflictos; en ese sentido, los seres humanos jerarquizamos nuestros valores y principios, y decidimos acerca de lo justo o injusto en distintas situaciones de vida. Como Piaget, Kohlberg también asume que las personas desarrollan la moral a lo largo de la vida, desde lo más concreto hasta lo más sofisticado y abstracto, de la mano con el desarrollo de la capacidad de razonar. De esta forma, el desarrollo cognitivo es una condición necesaria (aunque no suficiente) para el desarrollo moral.

El modelo de desarrollo moral de Kohlberg propone tres niveles (preconvencional, convencional y posconvencional) y dos estadios en cada uno, que implican una estructuración distinta de la idea de justicia y de la manera en que el individuo toma roles y se relaciona con la sociedad. En esta secuencia, el estadio más avanzado construye los juicios morales alrededor de conceptos tales como respeto mutuo, obligación y justicia como imparcialidad; se compromete con principios éticos universales; y, siguiendo la lógica kantiana, reconoce que los seres humanos no son solamente medios, sino fines en sí mismos y deben ser tratados siempre como tales (Colby & Kohlberg, 1987).

Siguiendo este marco de desarrollo, diversos estudios han demostrado que las personas, incluyendo a los niños y adolescentes, hacen diferencias entre asuntos personales, convencionales y morales. Así, distinguen los actos morales que involucran daño e injusticia de las convenciones sociales, y juzgan a estas como independientes de la autoridad y el castigo externos (Smetana, 1981; Nucci & Turiel, 2000). Desde esta perspectiva, las convenciones sociales son normas consensuales que apuntan a mantener el orden y la estructura social, mientras que la moral involucra juicios categóricos y prescriptivos sobre lo correcto e incorrecto acerca de asuntos de justicia y daño interpersonal. Los asuntos personales, por otro lado, se piensan como áreas de interés privado, valores y comportamientos que conciernen primariamente al propio individuo o *self*.

En resumen, desde este marco conceptual, la moral se ve como un proceso que incluye un fuerte componente racional por medio del cual las personas organizan sus valores y principios, y se involucran en procesos conscientes de discernimiento para decidir acerca de lo correcto y lo incorrecto en diferentes situaciones de vida. Al hacer esto, también hacen diferencias entre asuntos personales, convencionales y morales.

Junto al razonamiento y juicio moral, existen procesos identitarios que juegan un papel muy relevante en el desarrollo moral de las personas. La identidad se construye y desarrolla gracias a la interacción social y a la pertenencia de grupo, pues es en las diferentes membresías e interacciones sociales donde las personas damos sentido a quiénes somos y aprendemos a justificar frente a los demás y frente a nosotros mismos los valores y las creencias que abrazamos. En otras palabras, es en el curso del desarrollo que las personas elaboramos explicaciones acerca de nosotros mismos, quiénes somos, qué valoramos y en qué creemos.

En este estudio, entendemos la identidad como la construcción que hace cada persona de su experiencia individual, subjetiva, organizada y dinámica, como un agente separado y autónomo que está en constante e inevitable relación con otros dentro una red social extensa. Esta construcción responde de modo explícito o implícito a la pregunta «¿Quién soy?», y consiste en el logro de una nueva unidad entre los elementos del pasado y las expectativas para el futuro (Blasi & Glodis, 1995).

La identidad moral (Blasi, 1984; 1993) es el área de la identidad general construida alrededor de los ideales morales del individuo. Para las personas para las que la moralidad es fundamental y está integrada en su identidad, el deseo de vivir de una manera coherente con su sentido de sí mismos es una motivación moral clave. Así, el concepto de identidad moral se planteó como puente para explicar la relación entre el razonamiento moral y la conducta moral, y ayuda a comprender la discrepancia comúnmente encontrada entre lo que las personas piensan y

aquello que hacen. Evidentemente las personas no nacemos con identidad moral, sino que esta se va construyendo a lo largo del desarrollo.

Blasi (1988; 1995) describe dos aspectos importantes de la identidad moral: la centralidad de los valores morales en la comprensión del sí mismo, y el nivel de internalización e integración en el *self*. Cuando los valores morales son centrales y están integrados en el *self*, se experimentan como ideales del *self* que se desean alcanzar en lugar de como expectativas sociales que se supone deben cumplirse (Blasi & Glodis, 1995). Como afirma Blasi (1984; 1993), el más alto grado de integración moral se alcanza cuando el entendimiento y las preocupaciones morales de la persona se vuelven parte de su sentido de identidad, pues la motivación para la acción moral proviene del grado en que los principios morales prescriptivos se han integrado en la identidad moral del individuo, de modo que no obrar de acuerdo a ellos no sería solamente una traición a dichos principios, sino una traición a la propia identidad o sentido de uno mismo.

En el contexto de todo lo anterior, el objetivo de este estudio fue describir y analizar el razonamiento moral y las características de la identidad moral de un grupo de abogados que ejercen la función de árbitros en el Perú.

II. MÉTODO

El presente es un estudio cualitativo basado en un paradigma interpretativo (Creswell & Poth, 2018, pp. 82-87). Se utilizaron entrevistas semiestructuradas enfocadas en la descripción y comprensión de las creencias y formas de razonamiento individuales acerca de situaciones sociales, conflictos y dilemas morales, y también en la propia subjetividad. La información recogida fue registrada y transcrita, y luego examinada mediante un análisis de contenido con el fin de identificar la estructura del razonamiento y las autodescripciones de los participantes.

II.1. Participantes

Participaron diecisiete abogados, doce varones y cinco mujeres, de entre 34 y 71 años. Doce cuentan con maestría, cuatro son licenciados y uno tiene el grado de doctor. La mayoría dedica más del 50 % de su labor profesional al arbitraje y, a excepción de un participante, todos han realizado docencia universitaria en algún momento de su carrera. Se realizó un muestreo intencional con el fin de lograr una mayor representatividad en las conclusiones y captar la heterogeneidad de la población (Vieytes, 2004, pp. 643-644). Los participantes fueron contactados mediante un centro de arbitraje al que pertenecían. Inicialmente, se los contactó por teléfono para explicarles el objetivo general del estudio y se les preguntó si deseaban participar. Aquellos que

accedieron a hacerlo firmaron un consentimiento informado aceptando participar del estudio.

II.2. Instrumentos

Para evaluar el razonamiento moral se utilizaron dos dilemas morales. El primero es el llamado dilema de Heinz, un dilema clásico en las investigaciones de Kohlberg (1992, p. 589; 2010, p. 84). El segundo, enmarcado en la función arbitral, fue construido por los investigadores y validado por criterio de jueces. Los dilemas son los siguientes:

Tabla N° 1. Dilemas usados en la investigación

Fuente del dilema	Narración del dilema
Dilema de Heinz	En Europa, una mujer estaba muriendo de cáncer, pero había una droga que los doctores pensaban que podía salvarla. Era una forma de rádium que un farmacéutico del mismo pueblo había descubierto recientemente. La droga era muy cara de fabricar, pero el farmacéutico quería cobrar diez veces más de lo que le había costado hacerla. Él pagó USD 400 por el rádium y ahora cobraba USD 4000 por una pequeña dosis de la droga. El esposo de la mujer enferma, Heinz, fue donde todos sus conocidos para prestarse el dinero y trató de conseguirlo por todos los medios legales, pero solo pudo reunir USD 2000, la mitad de lo que la droga costaba. Heinz le dijo al farmacéutico que su esposa estaba muriendo y le pidió que le vendiera la droga más barata, o que le dejara pagarle luego. Pero el farmacéutico dijo: «No, yo descubrí la droga y ahora voy a ganar dinero con ella». Entonces, habiendo tratado conseguir el dinero por todos los medios legales posibles, Heinz se desespera y considera la posibilidad de entrar en la farmacia para robar la droga para su mujer
Dilema arbitral	Un abogado es designado como árbitro en una gran cantidad de arbitrajes debido a su reconocida trayectoria profesional, su imparcialidad y su celeridad en el tratamiento de los casos. Luego de algún tiempo, empieza a sentirse preocupado porque se ha dado cuenta de que, por exceso de trabajo, ya no puede dedicarse a sus arbitrajes con la calidad y tiempo necesarios. Se ha enterado de que algunos colegas contratan como asistentes a abogados <i>junior</i> , en quienes delegan el análisis de las pretensiones de las partes y la proyección de los laudos. El árbitro evalúa que negarse a aceptar más casos implicaría menores ingresos y «perder mercado laboral». En esta situación, está pensando qué hacer: no quiere perder mercado ni dinero, y por esto piensa en la posibilidad de contratar asistentes, tal como lo hacen sus colegas. Sin embargo, no se encuentra convencido porque cree firmemente que las partes designan árbitros <i>intuitu personae</i> . ¿Qué debería hacer este abogado?

Fuente: Kohlberg (1992, p. 589), para el dilema de Heinz; y elaboración propia para el dilema arbitral.

El primer caso (dilema de Heinz) tiene por objetivo identificar el nivel de razonamiento moral de los participantes. El instrumento permite

407

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

JORGE VILLALBA GARCÉS / SUSANA FRISANCHO HIDALGO /
ALESSANDRO CAVIGLIA MARCONI / MARLENE ANCHANTE RULLÉ

categorizar su razonamiento en tres estadios de desarrollo, los que se describen en la siguiente tabla.

Tabla N° 2. Estadios de desarrollo del razonamiento moral

Estadio	Descripción
Preconvencional	Los argumentos se encuentran orientados al temor al castigo y los intercambios instrumentales
Convencional	Los argumentos se encuentran orientados al cumplimiento de las expectativas sociales, el cumplimiento de la ley y la evitación del caos social.
Posconvencional	Los argumentos se encuentran guiados por principios morales no alterables por el momento histórico o las convenciones sociales

Fuente: adaptado de Kohlberg (1984).

El segundo caso (dilema arbitral) permite identificar y analizar los juicios y justificaciones que los árbitros formulan cuando se ven frente a un dilema típico de su labor.

Para evaluar la identidad moral, se elaboró una guía de entrevista semiestructurada basada en la propuesta por Higgins-D'Alessandro (1996). Se articularon cuatro áreas: (Área 1) Descripciones personales, (Área 2) Concepción de una «buena persona», (Área 3) Reglas morales personales, y (Área 4) Acciones morales y errores.

En la primera, se exploran las características que la persona incluye en su autodescripción. En la segunda, se revisan los componentes que considera importantes en una persona moral. En la tercera, se describen los criterios y preceptos que utiliza para orientar y generar un criterio de valor sobre sus conductas y las de otros. Finalmente, la última área solicita la descripción de acciones morales y los errores cometidos desde la experiencia y perspectiva de cada persona.

Esta entrevista permite identificar las características predominantes en las identidades de los entrevistados y categorizarlas en los siguientes tipos, según las características predominantes de su identidad:

Tabla N° 3. Tipos de identidades

Tipos de identidad	Descripción
De rasgo personal	Incluye afirmaciones que se relacionan principalmente con habilidades y características personales

Social	Se enfatiza la sociabilidad y el disfrute de la compañía de los otros, los sentimientos de afectos por los demás, la capacidad de asumir roles sociales, y la de comprender emociones y perspectivas
Prosocial	Favorece y valora el comportamiento moral, pero este se representa como opcional o se ubica como una preferencia sin sentido de obligatoriedad
Espiritual	Implica descripciones del yo en términos espirituales o religiosos. Existe una identidad prosocial justificada con categorías religiosas
Moral	Muestra una relación entre su identidad y el dominio moral, y evidencia un sentido de responsabilidad y la necesidad de que su acción esté guiada por principios morales

Fuente: adaptado de Higgins-D'Alessandro (1996).

III. PROCEDIMIENTO

Se entrevistó a cada abogado de manera individual y se diseñó un consentimiento informado destinado a explicar el objetivo y las condiciones del estudio, el que fue firmado por todos los participantes. Las entrevistas fueron grabadas en audio y luego transcritas para su posterior análisis. Se inició en todos los casos con el dilema de Heinz, se continuó con el dilema arbitral y, finalmente, con la entrevista de identidad moral.

IV. RESULTADOS

Empezamos presentando una tabla que resume los resultados generales del nivel de razonamiento moral con el dilema de Heinz y los tipos de identidad moral identificados. Luego, analizamos cualitativamente dichos resultados, empezando por los dos dilemas de razonamiento moral en el orden en que fueron aplicados. Finalmente, se presentan los resultados relativos a la conformación de la identidad moral.

Tabla N° 4. Resultados - dilema de Heinz

Participante	Nivel de razonamiento moral (dilema de Heinz)
P1	Convencional
P2	Convencional
P3	Convencional
P4	Preconvencional
P5	Transición convencional/posconvencional

P6	Convencional
P7	Convencional
P8	Convencional
P9	Convencional
P10	Convencional
P11	Convencional
P12	Convencional
P13	Preconvencional
P14	Convencional
P15	Transición convencional/posconvencional
P16	Convencional
P17	Convencional

Fuente: elaboración propia.

IV.1. Razonamiento moral - dilema de Heinz

Los resultados indican que los participantes alcanzan tres niveles de desarrollo: preconvencional, convencional, y un nivel de transición entre el nivel convencional y el posconvencional.

Dos de los entrevistados se encuentran en el nivel preconvencional. Las respuestas de este nivel pueden tener dos formas. En la primera, están enfocadas en evitar violar las normas de una sociedad con el fin de eludir el castigo. En la segunda, se busca realizar una acción que satisfaga los propios deseos; es decir, llevar a cabo un intercambio instrumental reconociendo que existen otros que también tienen intereses. El primer tipo de razonamiento se evidencia en la siguiente cita:

La recomendación que usted le está dando a Heinz es no robar la medicina. ¿Y por qué considera que no debería robarla?

P4: [...] la pregunta es, ¿cuál va a ser la consecuencia del robo? En términos prácticos, robas, bueno, ¿cuál es la consecuencia? Si tenemos un sistema legal como el peruano probablemente [...] bueno, dale, roba, porque no te va a pasar nada o te va a pasar muy poco [...].

Como se puede observar, lo que determina la decisión de robar son las consecuencias que vendrán luego de hacerlo. Existe también una preocupación por realizar una acción que pueda mantener un sistema de intercambios. Por ejemplo, se considera que respetar los bienes ajenos permitirá luego que otras personas respeten los propios:

¿Y por qué no es bueno robar, cuál es la razón?

P4: Creo que es el respetar el marco de cada quién, creo que es el respeto de lo que no es mío, el respeto de lo ajeno, y con la misma medida en que yo respeto lo que es tuyo, quiero y exijo que respeten lo que es mío.

Como se observa, respetar los bienes ajenos tiene más que ver con un intercambio recíproco que con una postura principista.

Por otro lado, el nivel convencional (en el que se encuentran trece de nuestros entrevistados) se caracteriza por un razonamiento orientado a las normas o convenciones sociales. Lo que se considera correcto ya no se encuentra guiado por el temor al castigo, sino por la certeza de que lo que se debe hacer es respetar la convención, ya sea por cumplir con las expectativas sociales o por el interés de mantener el orden y el sistema social. Por ejemplo, a los siguientes árbitros se les ha preguntado por las razones de su elección luego de que manifestaran que no robarían la medicina. La respuesta ilustra la importancia que tienen las normas y el acuerdo social para las decisiones morales de las personas en esta etapa.

P8: O sea, parte del acuerdo social que todos tenemos desde el momento en que aceptamos vivir en una sociedad y respetar sus reglas, está en que vamos a respetar, como te dije, la propiedad privada y, entonces, no debería existir esa posibilidad, entre comillas, de entrar a robar porque eso no es aceptable.

P14: [...] nos guste o no, las normas son el modo de convivir en sociedad, el respeto a las normas hace posible la convivencia de los hombres en una sociedad.

Quienes se encuentran en este nivel reconocen el valor que tiene la vida de las personas. Sin embargo, consideran que la ley está por encima de ese valor y piensan que robar para salvar una vida es equivalente a matar:

¿Y uno debería hacer siempre todo lo posible o todo lo que tiene a su alcance para salvar una vida?

P3: Sí, claro que sí.

¿Y cómo se aplicaría eso al caso de Heinz?

P3: Lo que pasa es que es una excepción, claro, es una situación límite, a veces no podemos hacerlo porque quebrantaríamos la ley. Y parece mentira, pero en un caso concreto, la ley está por encima.

P17: Desde mi principio moral y mi principio católico robar es así como matar, tienen la misma incidencia [...] son un mandamiento, no matar, no robar, entonces [...] está catalogado para mí, es lo mismo, ¿me entiendes?

En algunos casos, consideran que robar para salvar una vida es equivalente a robar por un interés instrumental y superficial:

¿Por qué sería inadecuado robar? ¿Cuál sería la razón, en concreto?

P7: [...] no creo que sea esa la forma, sino ya llegamos a un caos, porque siempre va a estar la necesidad de justificar llegar a eso, la necesidad de uno es distinta a la del otro y todos, de alguna u otra forma, podemos apelar [a] que tenemos un tipo de necesidad. Yo tengo necesidad de comprar un carro más lujoso tal vez, no sé; otro va a decir una casa más grande, entonces quiero también robar, ¿no?

Cabe resaltar que algunos participantes afirman que si las normas permitieran robar la medicina, entonces sería legítimo robar. Por ejemplo, en la siguiente cita se le consulta a un árbitro si algo podría cambiar su decisión de no robar la medicina.

P16: Podría cambiar, depende de si es que la ley te autoriza a hacer ciertas cosas. Pero imaginemos, en el sistema que conocemos robar no está permitido bajo ninguna circunstancia y, por tanto, no debería robar.

Por último, dos árbitros exhibieron un razonamiento en transición entre lo convencional y lo posconvencional. Las personas cuyo razonamiento se ubica en la etapa posconvencional reconocen con claridad el valor de la vida y lo ubican por encima de las expectativas sociales o las normas. Por este motivo, si bien estarían dispuestas a asumir la sanción que se les otorgue por violar la ley, considerarían que recibir dicha sanción sería injusto en términos morales. Sin embargo, se ha considerado un estadio intermedio de transición cuando los árbitros, aunque reconocen el valor de la vida, continúan considerando que salvarla es algo que merece sanción y que esta sanción es justa tanto legal como moralmente. Este nivel se evidencia en las respuestas del participante P15:

¿Por qué sería correcto robar en esa circunstancia?

P15: Para mí la vida es un bien superior al tema patrimonial, entonces, el tema patrimonial en cualquier situación, creo yo, es resarcible, se puede recuperar o se puede restituir o se puede compensar ante cualquier pérdida que tú puedas tener; la vida no se puede resarcir ni se puede recuperar, entonces, son dos bienes completamente distintos.

Luego dice:

Si Heinz roba la medicina, ¿sería justo que vaya a la cárcel?

P15: Sí, sería justo que vaya a la cárcel, no hay una justificación [...] me parecería justo que vaya a la cárcel y es un riesgo que él debe haber tomado.

El participante P5 razona en la misma línea:

¿Qué es lo que debería hacer Heinz?

P5: Si yo fuera Heinz, me robaba la droga y salvaba a mi esposa, y después pues me iba a la cárcel porque estoy cometiendo un delito [...] Yo no rompo la norma, o sea, cuando uno comete un delito, ese delito está tipificado en la norma y de ahí usted soporta la sanción [...].

Claro, pero digamos, lo que quiero subrayar es que usted aceptaría una sanción a sabiendas de que no la merece.

P5: No, a sabiendas de que la merezco. El ordenamiento jurídico puede ser injusto, pero hay que respetarlo, forma parte del juego [...].

Finalmente, se puede encontrar en este nivel de transición un conflicto no resuelto entre los principios morales y las normas sociales. Las respuestas revelan que el principio de la vida se diferencia y está por encima de la norma. Sin embargo, hay una ambigüedad sobre si salvar la vida de una persona es una decisión del todo justa o correcta.

En realidad, usted no lo considera correcto, considera que él debería hacerlo, pero no considera correcto que lo haga.

P15: Exacto.

Usted dice que lo correcto sería no robar la medicina, y robarla, ¿qué sería?, ¿qué palabra utilizamos para describir la acción?

P15: Si lo ponemos así, en términos de Robin Hood, sería entre comillas lo justo, creo yo.

¿Y uno debe actuar en la vida haciendo lo justo o lo correcto?

P15: Yo creo que lo correcto, sin duda.

IV.2. Dilema arbitral - categorización de respuestas

Se planteó a los entrevistados un dilema centrado en la siguiente interrogante: ¿es o no correcta la contratación de un asistente para que laude en reemplazo del árbitro asignado? Se identificaron tres posiciones, que se organizan en la siguiente tabla:

Tabla N° 5. Respuestas a la pregunta sobre si es o no correcto contratar asistentes

Tipo de respuesta	Participantes
No se debe contratar asistentes	P1

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

Sí es correcto contratar asistentes, pero para labores menores (de logística, por ejemplo)	P3, P5, P6, P7, P8, P9, P10, P11, P12, P17
Sí es correcto contratar asistentes e, incluso, pueden redactar el laudo bajo la supervisión del árbitro designado	P2, P4, P13, P14, P15, P16

Fuente: elaboración propia.

Existe entre los árbitros entrevistados una discrepancia en el nivel de participación que deben tener los asistentes en la elaboración de los laudos; sin embargo, se observa un acuerdo en considerar incorrecto permitir que los asistentes lauden (es decir, que tomen la decisión) en reemplazo del árbitro designado. El reconocimiento de qué es lo correcto en este caso puede deberse a que los abogados entrevistados se encuentran más familiarizados con esta situación y reconocen lo que es socialmente aceptado. Además, en este caso, la acción correcta es la misma que la acción legal; es decir, no se presenta un conflicto entre lo legal y lo moral, a diferencia del dilema anterior. Por ejemplo, en el Código de Ética del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP (2017) se estipula que el árbitro no puede encomendar a una tercera persona la responsabilidad de decidir el resultado final de un laudo (p. 65). En consecuencia, elaborar un juicio sobre esta situación puede haber sido más sencillo para los participantes de este estudio.

Las razones que los árbitros dieron para sustentar que está mal permitir que los asistentes lauden fueron de tres tipos: instrumentales, legalistas y principistas. Los argumentos instrumentales se caracterizan por estar orientados a obtener un beneficio individual o evitar un castigo, los argumentos legalistas se encuentran centrados en el respeto a la norma o el mantenimiento del sistema social, y los argumentos principistas se encuentran centrados en principios morales. Dicha distribución se presenta en la siguiente tabla:

Tabla N° 6. Razones por las que el asistente no debe laudar

Tipos de argumentos	Participantes
Argumentos instrumentales	P6
Argumentos legalistas	P1, P2, P4, P17
Argumentos principistas	P3, P5, P7, P8, P9, P10, P11, P12, P13, P14, P15, P16

Fuente: elaboración propia.

Como se presenta en la tabla 6, son doce los entrevistados que brindan argumentos basados en principios para sustentar que un asistente no puede laudar. Por ejemplo, el participante P14 responde lo siguiente:

P14: [...] el árbitro tiene que hacer un análisis muy fino sobre su disponibilidad porque el árbitro finalmente lo que hace es administrar justicia, y en consecuencia, sí es válido considerar al arbitraje como una fuente de ingresos, de hecho es una fuente de ingresos para muchas personas, muchos abogados y me incluyo en ellos, pero el arbitraje no es un mero negocio pues, no es, no sé pues, poner una tienda, no es un comercio, el arbitraje tiene una responsabilidad social, una responsabilidad profesional mayor porque como te comento se está administrando justicia. Yo lo veo desde el punto de vista moral, claro, puede ser muy fácil, contrata cinco o seis personas, me llevo todo el dinero, tengo más ingresos, pero yo creo que uno tiene que dedicarse al arbitraje con todas estas connotaciones morales y de responsabilidad, porque sobre todo igual, en el arbitraje privado, claro, allí está el juego de los intereses de dos partes.

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

Contrariamente al participante P14, cuatro de los entrevistados formularon argumentos legalistas; es decir, consideran que la razón principal por la que está mal hacer que el asistente laude en vez del árbitro asignado son las normas. Por ejemplo, el participante P2 elabora una argumentación centrada en esta idea.

¿Por qué estaría mal que el asistente laude?

P2: Primero, porque las reglas no te lo permiten, eso es lo primero y, es más, tú declaras que tienes tiempo y todo el conocimiento para poder resolver; y, segundo, porque tú eres el árbitro pues. Es como que tú eres la mamá del niño y entonces lo correcto es que la mamá sea la que tome las riendas del tema y la nana está solo para ejecutar tus órdenes, una cosa así.

Una razón potente en tu argumentación es que hay una norma que lo prohíbe.

P2: Exacto pues, primero porque la norma te lo establece.

¿Y hay otra razón?

P2: No, ya pues, es que si va contra la norma es contra todo pues, ya es parte de las reglas de la moral y de todo, yo creo que sería eso. Además, tú mismo te sentirías mal, sentir que tú no [...] que eso que dicen que es tuyo no lo es, además todo se sabe en arbitraje.

Finalmente, solo uno de los participantes formuló en este dilema una argumentación centrada en el castigo. Por ejemplo, la siguiente respuesta

del participante P6 evidencia que su decisión se encuentra orientada por su temor a las consecuencias.

¿Por qué no le gustaría que el asistente laude por usted?

P6: Porque puede cometer errores, porque me pueden anular un laudo. A mí nunca me han anulado un laudo y eso te desprestigia como árbitro, entonces tú no puedes arriesgarte a que pongan cualquier barbaridad y, luego, en una resolución, el Tribunal Judicial te diga «Oye, no evaluaste esto, no hay una debida motivación, no hay un debido conocimiento»; y con eso el afectado eres tú. A él no le importa porque tú jamás vas a poder decir que tú le has dicho a él que lo haga él, eres tú quien está firmando esos documentos, tú quien está resolviendo y eres tú quien te puedes ver implicado en cualquier otro tema [...] puedes llegar a temas penales.

IV.3. Construcción de la identidad moral

Respecto a la construcción de la identidad, los resultados indican que en los participantes priman identidades constituidas con categorías no morales. Se encuentra la identidad de rasgo personal, la identidad espiritual, la identidad social y la identidad prosocial, como se aprecia en la tabla siguiente.

Tabla N° 7. Tipos de identidad según participante

Participante	Tipo de identidad
P1	Rasgo personal
P2	Social
P3	Prosocial
P4	Social
P5	Prosocial
P6	Social
P7	Social
P8	Prosocial
P9	Rasgo personal
P10	Social
P11	Social
P12	Prosocial
P13	Social

P14	Social
P15	Social
P16	Rasgo personal
P17	Espiritual

Fuente: elaboración propia.

A continuación, se describen y explican todos los tipos de identidades encontradas.

IV.4. Identidad de rasgo personal

Esta categoría incluye afirmaciones que describen a la persona señalando, principal o únicamente, habilidades y rasgos tanto físicos como de personalidad. La dimensión moral no aparece en la descripción. Esto se observa en la descripción del participante P1:

¿Se podría describir? Imagínese que yo no lo conozco y quiero saber cómo es, ¿cómo se describiría?

P1: Bueno, soy un loco.

¿Qué características cree que usted tiene que lo hacen ser un buen litigante?

P1: El carácter fuerte es la característica principal.

¿Alguna vez ha cometido un error?

P1: Muchos.

E: ¿Nos podría contar alguno?

P1: Quizás diseñé una estrategia y me equivoqué, no era la correcta, digamos. Siendo deportista, en un campeonato cometí errores también.

E: ¿Algún error que considere moral, ético?

P1: No.

IV.5. Identidad social

Las personas en las que prima este tipo de identidad se describen remarcando la sociabilidad y el disfrute de la compañía de los otros, la capacidad de comprender sus emociones y perspectivas, y de experimentar sentimientos de afecto por los demás. Por ejemplo:

P11: Soy muy sociable, me encanta compartir con mis amigos, con mi familia, soy muy del hogar, por eso es que me encanta que vayan a mi casa.

417

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

JORGE VILLALBA GARCÉS / SUSANA FRISANCHO HIDALGO /
ALESSANDRO CAVIGLIA MARCONI / MARLENE ANCHANTE RULLÉ

¿Hay alguna regla que tenga que riga su actuar?

P11: Bueno, comportarme bien. Claro, yo creo que eso es básico, creo que todos los seres humanos deberían hacer eso. Ser atenta, por ejemplo, si estoy en mi casa, ser atenta, que se sientan cómodos. Una característica mía de cuando van a mi casa es «Siéntete en tu casa, quieres ir a la cocina o quieres algo, abre, agarra»; o sea, que se sientan cómodos, que se sientan bien. Sí, me gusta que la gente en mi casa se sienta bien, que se sienta cómoda.

P15: Yo siento que soy una persona muy abierta y amable con quien está, con quien yo tengo la posibilidad de contactarme, eso a mí me genera satisfacción, el llevarme bien con la gente, [uno] no se puede llevar bien con todos, pero siempre trato de no pelearme con nadie si se podría decir de alguna manera, yo siento que soy una persona tímida, pero que se esfuerza por ser sociable y le sale bien.

IV.6. Identidad prosocial

Una persona con este tipo de identidad se ve a sí misma orientada hacia el bien común y el comportamiento altruista, pero estos se presentan como opcionales o preferenciales y no con un sentido de obligatoriedad.

¿Qué características considera usted que describirían a una buena persona?

P3: Para mí una buena persona es una persona moralmente correcta.

¿Qué significa ser moralmente correcta?

P3: Para mí, que tenga principios que yo comparto como moralmente correctos.

Me dice que una buena persona sería una persona que comparta los mismos valores o principios que usted tiene.

P3: Que yo considero, claro, porque puede ser que lo que yo pienso como correcto para otra persona no lo es. Para mí, una persona correcta debe ser aquella que tiene un profundo respeto por el otro, por ejemplo, pero otra persona puede pensar que no.

IV.7. Identidad espiritual

En este tipo de identidad aparecen descripciones del yo en términos espirituales o religiosos. La persona se identifica con una mirada espiritual de la vida y declara que la religión o la creencia en un ser superior y trascendente es parte de lo que es como persona. Sus justificaciones para la acción vienen de su fe en un ser superior. El participante P17 muestra estas características en su descripción:

419

P17: Yo parto del principio de que una persona en su integridad es una persona bio-psico-espiritual, estos tres elementos en sí forman a la persona. Bueno, en lo personal, sobre todo, tengo que tener una buena relación por mi fe con Dios, o sea, es toda la parte espiritual [...].

¿Tiene alguna norma que guíe todas las cosas que usted decide o hace?

P17: Sí.

¿Cuál es esa norma?

P17: Yo he sido criada en una familia que es muy practicante, por así decirlo, no solamente profesa la religión católica [...] entonces los mandamientos son cosas que rigen mucho mi conducta.

Estos mandamientos son para usted reglas que rigen su conducta, ¿y estas reglas son reglas morales?

P17: Sí, para mí son reglas que de alguna manera me ayudan a determinar si una cosa está bien o está mal, me ayudan a discernir, y al respecto, tenga que tomar yo una decisión.

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

IV.8. Identidad moral

Implica una descripción del yo que está contenida dentro del dominio moral. Los principios morales forman parte de la descripción del *self* real e ideal que hacen las personas. La responsabilidad moral deriva del haber integrado dichos principios en la identidad, los que se entienden como moralmente necesarios y obligatorios.

No se han encontrado participantes en esta categoría.

V. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

El presente estudio analizó el razonamiento moral y las características morales de la identidad de un grupo de abogados que realiza funciones de arbitraje en el Perú. Los resultados indican que en este grupo de árbitros priman razonamientos convencionales ligados a las normas y a los sistemas jurídicos; y que, en relación con la construcción de la identidad, no se encuentra ningún participante que haya integrado en su subjetividad elementos morales de modo predominante. Esto va de la mano con lo que se ha reportado en distintas investigaciones realizadas tanto en el Perú como en otros lugares del mundo, las que muestran que tanto los estudiantes de derecho como los abogados en ejercicio tienen, generalmente, un razonamiento legalista y convencional (Frisancho, 2010; 2008; Grimaldo, 2011; Perry *et al.*, 2009; Tapp & Levine, 1974), el que puede estar en la base de una serie de problemáticas ligadas a la mala praxis y la corrupción que con tanta frecuencia se observan en esta profesión. Los mismos abogados reconocen y se muestran preocupados

tanto por los diversos problemas éticos del ejercicio de la profesión como por la calidad de la formación ética que reciben los estudiantes de derecho (Del Mastro, 2018; Fredricks, 2006; Gomez Sánchez, 2016; Morales, 2010; Nicolson, 2005; 2010; Pásara, 2004; 2005).

Contar con abogados que, cualquiera sea la función que cumplan, puedan razonar moralmente desde una mirada principista y no solamente convencional o legalista, y que además hayan construido para sí mismos identidades morales sólidas, resulta muy importante por varias razones, siendo la principal el hecho de que el ejercicio profesional del abogado implica ejercer la autonomía y exige adoptar principios de justicia en situaciones diversas, así como procesos de raciocinio y discernimiento autónomos como soporte a sus decisiones. Estas capacidades y cualidades son relevantes para pensar la administración de justicia no como una técnica que no requiere discernimiento, sino como una actividad vinculada con la racionalidad moral. Por ejemplo, en el caso del arbitraje, se sabe que frente a la distinción entre el «arbitraje de derecho» y el «arbitraje de conciencia» (Trazegnies, 1996, p. 115), los árbitros suelen pensar que el arbitraje de derecho es menos confuso y más seguro, ya que se realiza con argumentos jurídicos y con las herramientas disponibles en las leyes. Como contraparte, rechazan el arbitraje de conciencia porque carece de dichas herramientas y lo consideran subjetivo, arbitrario y no científico (Del Castillo, 2017; Sologuren & Purizaga, 2016) puesto que en este tipo de arbitraje el árbitro tiene la facultad de laudar de acuerdo con su propio criterio, es decir, siguiendo su saber y entender. Este rechazo se debe, fundamentalmente, a que muchos abogados consideran que la conciencia moral de cada persona varía, es arbitraria y no cuenta con reglas claras (Davey, 2001). Sin embargo, como se ha señalado (Trazegnies, 1996, p. 122), el arbitraje de conciencia no solo requiere de fundamentación, sino que esta es aún más exigente que la que se necesita para el arbitraje de derecho. Precisamente, esta fundamentación es exigente porque para ella es necesaria un nivel de desarrollo moral posconvencional que, como se ha precisado, no es prevalente entre los abogados. Podemos decir que esta actitud ante el «arbitraje de conciencia» nos muestra que los abogados se sienten más cómodos en el nivel convencional de la legalidad e inseguros dentro de lo que corresponde al nivel posconvencional de la moralidad.

Son varias las causas de esta situación, siendo una de las principales el tipo de formación que reciben los abogados en las facultades de derecho, la que los lleva a construir un razonamiento legalista en lugar de uno basado en principios (Hamilton & Monson, 2011; Mangan, 2007). Se sabe que los años de estudios universitarios constituyen un espacio privilegiado que puede tener un impacto importante en el desarrollo moral de las personas (Colby *et al.*, 2003; King & Mayhew, 2002; 2004; McNeel, 1994; Morrison, 2001; Nucci & Pascarella, 1987;

Rest & Narvaez, 1991), aunque, por supuesto, este desarrollo no está garantizado y dependerá de las características de la educación recibida. En el caso de las facultades de derecho, se ha puesto en evidencia que el razonamiento moral de los estudiantes no se incrementa y que incluso puede decrecer durante los años en que estudian la carrera (Edwards, 1992; Feldman, 1995; Kronman, 2003; Nicolson, 2005; Landsman & McNeel, 2004). En este contexto, y a la luz de los hallazgos de este estudio, sería recomendable que se revisen los contenidos del currículo con el cual se forma a los abogados en nuestro medio, de modo que los estudiantes de derecho tengan la oportunidad durante sus estudios de reflexionar sobre las exigencias morales, sopesar el marco legal y vincularlo con la ética, dándole un mayor valor al razonamiento moral para la toma de decisiones dentro de su profesión. Sin duda, el problema que este estudio ha revelado no indica que los árbitros son corruptos e inmorales, ni que todo el problema reside en la estructura de su formación profesional. No obstante, dado que existe literatura que —como hemos señalado— evidencia que existen dificultades estructurales en la formación del abogado, esta recomendación podría contribuir a mejorar su formación inicial, corrigiendo la poca práctica de razonar acerca de conflictos éticos y legales.

Respecto a la identidad moral, que en este estudio se ha encontrado poco desarrollada, es importante que los futuros abogados puedan tener espacios formativos para pensarla y plantearse preguntas centrales sobre ella. La identidad moral resulta de un proceso de desarrollo complejo y de largo aliento (Krettenauer, 2013; Krettenauer & Hertz, 2015). Así, aunque este proceso se inicia en la infancia y no se puede responsabilizar totalmente a la universidad de su poco desarrollo, los espacios formativos que brinda la educación superior sí pueden ofrecer oportunidades para que los estudiantes fortalezcan su identidad y articulen en ella no solamente sus fines personales, sino también fines sociales orientados al bien común y derivados de principios éticos universales. Consideramos que esta es una tarea pendiente en muchas universidades.

REFERENCIAS

- Blasi A. (1984). Moral identity: Its role in moral functioning. En W. Kurtines y J. Gewirtz (eds.), *Morality, moral behavior, and moral development* (pp.128-139). Nueva York: John Wiley & Sons.
- Blasi, A. (1988). Identity and the Development of the Self. En *Self, Ego, and Identity* (pp. 226-242). Nueva York: Springer. https://doi.org/10.1007/978-1-4615-7834-5_11
- Blasi. A. (1993). The development of identity. Some implications of moral functioning. En G. G. Noam y T. E. Wren (eds.), *The Moral Self* (pp. 99-122). Cambridge: The MIT Press.

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

Blasi, A. (1995). Moral understanding and the moral personality: The process of moral integration. En W. M. Kurtines y J. L. Gewirtz (eds.), *Moral Development: An Introduction* (pp. 229-253). Boston, Massachusetts: Allyn and Bacon.

Blasi, A., & Glodis, K. (1995). The Development of Identity. A Critical Analysis from the Perspective of the Self as Subject. *Developmental Review*, 15(4), 404-433. <https://doi.org/10.1006/drev.1995.1017>

Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP. (2017). *Reglamentos de Arbitraje: Código de Ética*. <http://cdn01.pucp.education.s3.amazonaws.com/carc/upload/2017/09/Codigo-de-Etica.pdf>

Colby, A., & Kohlberg, L. (1987). *The Measurement of Moral Judgment, Volume 1: Theoretical Foundations and Research Validation*. Nueva York: Cambridge University Press.

Colby, A., Ehrlich, T., Beaumont, E., & Stephens, J. (2003). *Educating Citizens: Preparing America's Undergraduates for Lives of Moral and Civic Responsibility*. San Francisco: Jossey-Bass.

Creswell, J. W., & Poth, C. N. (2018). *Qualitative Inquiry and Research Design: Choosing Among Five Approaches*. Thousand Oaks, California: Sage Publications.

Davey, J. (2001, 20 de febrero). Law is our morality: [1DX Edition]. *The Times*.

Del Castillo, J. G. (2017) *Arbitraje de Conciencia de Equidad o de Conciencia, Arbitraje de Derecho y Teoría del Abuso del Derecho*. Cámara de Comercio de La Libertad. <http://www.camaratru.org.pe/web2/images/conciliayarbitra/articulos/ART.6.pdf>

Del Mastro, F. (2018). Venga a nosotros tu reino: la justicia como fuerza anímica ausente en la enseñanza del derecho. *Derecho PUCP*, (81), 463-510. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.015>

Edwards, H. T. (1992). The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession. *Michigan Law Review*, 91(1), 34-78. <https://doi.org/10.2307/1289788>

El Comercio. (2019, 6 de febrero). *En claves: la investigación a los árbitros que habrían favorecido a Odebrecht*. <https://elcomercio.pe/politica/claves-investigacion-arbitros-habrian-favorecido-odebrecht-noticia-604959-noticia/> (consultado el 9 de octubre de 2019).

Escobar-Martínez, L. (2009). La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 181-214. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13856>

Feldman, H. L. (1995) Codes and virtues: Can good lawyers be good ethical deliberators. *S. Cal. L. Rev.*, 69, 885-948.

Fredericks, S. A. (2006). The Irresponsible lawyer: Why we have an amoral profession. *Tex. Rev. L. & Pol.*, 11(1), 133-156. https://canteyhanger.com/wp-content/uploads/2017/11/Fredricks_TROLPArticle-as-published.pdf

Frisancho, S. (2008). Jueces y corrupción: algunas reflexiones desde la psicología del desarrollo moral. *Memoria*, (4), 63-72. <http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/docs/revista%20memoria%204.pdf>

Frisancho, S. (2010). Emociones Morales y corrupción judicial: un estudio exploratorio. *Postconvencionales*, (1), 66-82.

Gestión. (2019, 6 de agosto). *Odebrecht pagó US\$ 878 mil a exárbitro Horacio Cánepa, reveló Jorge Barata*. <https://gestion.pe/peru/politica/odebrecht-pagos-878-mil-a-exarbitro-horacio-canepa-revelo-jorge-barata-noticia/> (consultado el 9 de octubre de 2019).

Gómez Sánchez, G. I. (2016). ¿Abogados para la democracia o para el mercado?: Repensar la educación jurídica. *Revista de Derecho*, (46), 225-256. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n46/0121-8697-dere-46-00225.pdf>

Grimaldo, M. (2011). Valores y juicio moral en un grupo de abogados de Lima. *Revista de Psicología de Trujillo*, 13(1), 29-45.

Guzmán-Barrón, C. (2017). *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Hamilton, N., & Monson, V. (2011). Legal education's ethical challenge: Empirical research on how most effectively to foster each student's professional formation (professionalism). *University of St. Thomas Law Journal*, 9(2), 325-402.

Higgins-D'Alessandro, A. (1996). *The roles of action and emotions in moral identity* [ponencia]. 25th Anniversary Conference of the Journal of Moral Education, "Morals for the Millennium: Educational Challenges in a Changing World", Lancaster, Inglaterra.

International Bar Association (IBA). (2014). *Directrices sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*. <http://www.ibanet.org> (consultado el 2 de octubre de 2019).

International Chamber of Commerce (ICC). (2017). *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*. https://library.iccwbo.org/content/dr/RULES/RULE_ARB_2017_ES_13.htm?l1=Rules&l2=Arbitration+Rules (consultado el 9 de octubre de 2019).

Kant, I. (2002[1785]). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza editorial.

King, P. M., & Mayhew, M. J. (2002). Moral Judgement Development in Higher Education: Insights from the Defining Issues Test. *Journal of Moral Education*, 31(3), 247-270. <https://doi.org/10.1080/0305724022000008106>

King P. M., & Mayhew M. J. (2004). Theory and Research on the Development of Moral Reasoning Among College Students. En J. C. Smart (ed.), *Higher Education: Handbook of Theory and Research* (vol. 19). Dordrecht, Países Bajos: Springer. https://doi.org/10.1007/1-4020-2456-8_9

Kohlberg, L. (1984). *Essays on Moral Development, Volume 2: The Psychology of Moral Development*. San Francisco: Harper & Row.

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

Kohlberg, L. (1992). *Psicología del desarrollo moral*. Bilbao: Desclee De Brouwer.

Kohlberg, L. (2010). *De lo que “es” a lo que “debe ser”: cómo cometer la “falacia naturalista” y vencerla en el estudio del desarrollo moral*. Buenos Aires: Prometeo Libros.

Krettenauer, T., & Hertz, S. (2015). What Develops in Moral Identities? A Critical Review. *Human Development*, 58(3), 137-153. <https://psycnet.apa.org/doi/10.1159/000433502>

Krettenauer, T. (2013). Revisiting the Moral Self Construct: Developmental Perspectives on Moral Selfhood. En W. Sokol, M. E. Grouzet y U. Müller (eds.), *Self-Regulation and Autonomy: Social and Developmental Dimensions of Human Conduct* (pp. 115-140). Nueva York: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139152198.010>

Kronman, A. (2003). *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession*. Harvard University Press.

Mangan, K. (2007). Carnegie Foundation report suggests more focus on clients, less on Socratic dialogues. *Chronicle of Higher Education*, 53(20), 6-8.

McNeel, S. (1994). College teaching and student moral development. En J. R. Rest y D. Narváez (eds.), *Moral Development in the Professions: Psychology and Applied Ethics* (pp. 27-49). Nueva Jersey: Lawrence Erlbaum Associates.

Morales, F. (2010). ¿En qué conocimientos y habilidades debe ser formado un estudiante de Derecho? *Revista Derecho PUCP*, (65), 237-243. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201002.011>

Morrison, T. (2001). How can values be taught in the university? *Michigan Quarterly Review*, 40(2), 273-278.

Nicolson, D. (2005). Making lawyers moral? Ethical codes and moral character. *Legal Studies*, 25(4), 601-626. <https://doi.org/10.1111/j.1748-121X.2005.tb00686.x>

Nicolson, D. (2010). Teaching legal ethics: what, how and why. *Revista de Educación y Derecho*, 1, 1-22. <https://search-proquest-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/docview/1544113986?accountid=28391>

Nucci, L., & Turiel, E. (2000). The moral and the personal: Sources of social conflicts. En L. Nucci, G. Saxe y E. Turiel (eds.), *Culture, Thought and Development* (pp. 115-137). Nueva Jersey: Lawrence Earlbaum.

Nucci, L., & Pascarella, E. T. (1987). The influence of college on moral development. En J. C. Smart (ed.), *Higher Education: Handbook of Theory and Research* (vol. III, pp. 271-326). VA: Agathon Press.

La República. (2018, 3 de mayo). *Odebrecht compraba árbitros al por mayor y al 1%*. <https://larepublica.pe/politica/1237007-odebrecht-compraba-arbitros-mayor-1/> (consultado el 9 de octubre de 2019).

Landsman, M., & McNeel, S. (2004). Moral Judgment of Law Students Across Three Years: Influences of Gender, Political Ideology and Interest in Altruistic Law Practice. *S. Tex. L. Rev.*, 45, 891-914.

Organización Naciones Unidas (ONU). (2018). *Global Cost of Corruption at Least 5 Per Cent of World Gross Domestic Product, Secretary-General Tells Security Council, Citing World Economic Forum Data*. <https://www.un.org/press/en/2018/sc13493.doc.htm> (consultado el 22 de julio de 2019).

Pásara, L. (2004). *La enseñanza del derecho en el Perú: su impacto en la administración de justicia*. Lima: Ministerio de Justicia.

Pásara, L. (2005). *Los abogados de Lima en la administración de justicia*. Lima: Instituto de Defensa Legal.

Perry, J. E., Moore, I. N., Barry, B., Clayton, E. W., & Carrico, A. R. (2009). The ethical health lawyer: an empirical assessment of moral decision making. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 37(3), 461. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2009.00407.x>

Piaget, J. (1918). *Recherche*. Lausana, Vaud: La Concorde.

Piaget J. (1984[1932]). *El criterio moral en el niño*. Barcelona: Martínez Roca.

Piaget, J. (1995[1965]). *Sociological Studies*. Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203714065>

Rest, J., & Narvaez, D. (1991). The College Experience and Moral Development. En W. M. Kurtines, J. Gewirtz y J. Lamb (eds.), *Handbook of Moral Behavior and Development: Volume 2: Research*. Nueva York: Taylor & Francis.

Smetana, J. (1981). Preschool Children's Conceptions of Moral and Social Rules. *Child Development*, 52(4), 1333-1336. <https://doi.org/10.2307/1129527>

Sologuren, H., & Purizaga, L. M. (2016). Arbitraje de conciencia, ¿en qué casos y para qué fines? *Ius et Tribunalis*, 1(1), 30-35.

Tapp, J. L., & Levine F. (1974). Legal Socialization: Strategies for an Ethical Legality. *Stanford Law Review*, 27(1), 1-72. <https://doi.org/10.2307/1227929>

Trazegnies, F. (1996). Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia. *Ius et Veritas*, 7(12), 115-124.

Vieytes, R. (2004). *Metodología de la investigación en organizaciones, mercado y sociedad: epistemología y técnicas*. Buenos Aires: Rut De las ciencias.

Zuleta, E. (2012). *El concepto de laudo arbitral*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Jurisprudencia, normativa y otros documentos legales

Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje y modificatorias. *Diario Oficial El Peruano*, 10 de julio de 2008.

RAZONAMIENTO
MORAL E
IDENTIDAD MORAL
EN ABOGADOS
DEDICADOS AL
ARBITRAJE

MORAL REASONING
AND MORAL
IDENTITY IN
LAWYERS
DEDICATED TO
ARBITRATION

Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado. *Diario Oficial El Peruano*, 16 de septiembre de 2018.

Decreto Supremo N° 082-2019-EF, Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. *Diario Oficial El Peruano*, 13 de marzo de 2019.

Laudos arbitrales a favor de la empresa Odebrecht (Ministerio Público, Fiscalía de la Nación [Perú]). https://www.fiscalia.gob.pe/equipo_especial/caso_laudiosarbitrales_odebrecht/ (consultado el 1 de octubre de 2019).

Resolución Administrativa N° 01, recaída sobre el Expediente N° 1458-170-17. Recusaciones. N° Legajo A62-2017 (Consejo de Defensa Jurídica del Estado, 19 de noviembre de 2018). <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/02/A-62-2017.pdf> (consultado el 3 de octubre de 2019).

Recibido: 14/06/2020

Aprobado: 19/01/2021

FACULTAD DE DERECHO DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

427

Profesores ordinarios de la Facultad de Derecho¹PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Eméritos

De Althaus Guarderas, Miguel
Llerena Quevedo, José Rogelio
Montoya Anguerry, Carlos Luis
Revoredo Marsano, Delia
Zusman Tinman, Shoschana

Principales

Abad Yupanqui, Samuel Bernardo
Abugattas Giadalah, Gattas Elías
Albán Peralta, Walter Jorge
Alvites Alvites, Elena Cecilia
Arce Ortiz, Elmer Guillermo
Avendaño Arana, Francisco Javier
Avendaño Valdez, Juan Luis
Blancas Bustamante, Carlos Moisés
Boza Dibós, Ana Beatriz
Boza Pró, Guillermo Martín
Bramont-Arias Torres, Luis Alberto
Bullard González, Alfredo José
Cabello Matamala, Carmen Julia
Castillo Freyre, Mario Eduardo Juan Martín
Danós Ordoñez, Jorge Elías
De Belaunde López de Romaña, Javier Mario
De Trazegnies Granda, Fernando
Eguiguren Praeli, Francisco José
Espinoza Espinoza, Juan Alejandro
Fernández Arce, César Ernesto
Fernández Cruz, Mario Gastón Humberto
Ferro Delgado, Víctor

¹ Lista de profesores ordinarios de la Facultad de Derecho actualizada al mes de mayo de 2021.

Forno Florez, Hugo Alfieri
García Belaunde, Domingo
Gonzales Mantilla, Gorki Yuri
Guzmán-Barrón Sobrevilla, César Augusto
Hernández Berenguel, Luis Antonio
Hurtado Pozo, José
Kresalja Rosselló, Baldo
Landa Arroyo, César Rodrigo
Lovatón Palacios, Miguel David
Marciani Burgos, Betzabé Xenia
Medrano Cornejo, Humberto Félix
Meini Méndez, Iván Fabio
Méndez Chang, Elvira Victoria
Monteagudo Valdez, Manuel
Montoya Vivanco, Yvan Fidel
Morales Luna, Félix Francisco
Novak Talavera, Fabián Martín Patricio
Ortiz Caballero, René Elmer Martín
Pazos Hayashida, Javier Mihail
Peña Jumpa, Antonio Alfonso
Prado Saldarriaga, Víctor Roberto
Priori Posada, Giovanni Francezco
Quiroga León, Anibal Gonzalo Raúl
Ramos Núñez, Carlos Augusto
Rodríguez Iturri, Róger Rafael Estanislao
Rubio Correa, Marcial Antonio
Ruda Santolaria, Juan José
Ruiz de Castilla Ponce de León, Francisco Javier
Salmón Gárate, Elizabeth Silvia
San Martín Castro, César Eugenio
Sotelo Castañeda, Eduardo José
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Ugaz Sánchez-Moreno, José Carlos
Urteaga Crovetto, Patricia
Viale Salazar, Fausto David

Villanueva Flores, María del Rocío
Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Zegarra Valdivia, Diego Hernando
Zolezzi Ibárcena, Lorenzo Antonio

Asociados

Aguilar Llanos, Benjamín Julio
Arana Courrejolles, María del Carmen Susana
Ardito Vega, Wilfredo Jesús
Ariano Deho, Eugenia Silvia María
Bardales Mendoza, Enrique Rosendo
Becerra Palomino, Carlos Enrique
Blume Fortini, Ernesto Jorge
Bregaglio Lazarte, Renata Anahí
Burneo Labrín, José Antonio
Bustamante Alarcón, Reynaldo
Cairampoma Arroyo, Vicente Alberto
Cairo Roldán, José Omar
Chang Kcomt, Romy Alexandra
Chau Quispe, Lourdes Rocío
Cortés Carcelén, Juan Carlos Martín Vicente
De La Lama Eggersted, Miguel Guillermo José
Del Mastro Puccio, Fernando
Delgado Menéndez, María Antonieta
Delgado Menéndez, María del Carmen
Durán Rojo, Luis Alberto
Durand Carrión, Julio Baltazar
Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy Andrés
Ezcurra Rivero, Huáscar Alfonso
Falla Jara, Gilberto Alejandro
Fernández Revoredo, María Soledad
Ferrari Quiñe, Mario Alberto
Foy Valencia, Pierre Claudio
Gálvez Montero, José Francisco
Gamio Aita, Pedro Fernando

Hernández Gazzo, Juan Luis
 Huaita Alegre, Marcela Patricia María
 Huerta Guerrero, Luis Alberto
 La Rosa Calle, Javier Antonio
 Ledesma Narváez, Marianella Leonor
 León Hilario, Leysser Luggi
 Luna-Victoria León, César Alfonso
 Matheus López, Carlos Alberto
 Mercado Neumann, Edgardo Raúl
 Monroy Gálvez, Juan Federico Doroteo
 Morales Hervias, Rómulo Martín
 Ortiz Sánchez, John Iván
 Palacios Pareja, Enrique Augusto
 Pariona Arana, Raúl Bealeado
 Patrón Salinas, Carlos Alberto
 Quiñones Infante, Sergio Arturo
 Revilla Vergara, Ana Teresa
 Saco Chung, Víctor Augusto
 Sevillano Chávez, Sandra Mariela
 Siles Vallejos, Abraham Santiago
 Solórzano Solórzano, Raúl Roy
 Soria Luján, Daniel
 Ulloa Millares, Daniel Augusto
 Velazco Lozada, Ana Rosa Albina
 Vinatea Recoba, Luis Manuel

Auxiliares

Aguinaga Meza, Ernesto Alonso
 Alfaro Valverde, Luis Genaro
 Aliaga Farfán, Jeanette Sofía
 Apolín Meza, Dante Ludwig
 Barboza Beraun, Eduardo
 Barletta Villarán, María Consuelo
 Benavides Torres, Eduardo Armando
 Bermúdez Valdivia, Violeta

431

PROFESORES
DE LA
FACULTAD DE
DERECHO

Blanco Vizarréta, Cristina María del Carmen
Boyer Carrera, Janeyri Elizabeth
Campos Bernal, Heber Joel
Candela Sánchez, César Lincoln
Canessa Montejó, Miguel Francisco
Caro John, José Antonio
Castro Otero, José Ignacio
Cavani Brain, Renzo Ivo
Cornejo Guerrero, Carlos Alejandro
Cubas Villanueva, Víctor Manuel
De La Haza Barrantes, Antonio Humberto
De La Jara Basombrío, Ernesto Carlos
De Urioste Samanamud, Roberto Ricardo
Del Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo
Delgado Silva, Angel Guillermo
Díaz Castillo, Ingrid Romina
Escobar Rozas, Freddy Oscar
Espinoza Goyena, Julio César
Gago Prialé, Horacio
García Chávarri, Magno Abraham
García-Cobán Castro, Erika
Grandez Castro, Pedro Paulino
Guimaray Mori, Erick Vladimir
Guzmán Napurí, Christian
Hernando Nieto, Eduardo Emilio
Herrera Vásquez, Ricardo Javier
Higa Silva, César Augusto
Huapaya Tapia, Ramón Alberto
León Vásquez, Jorge Luis
Liu Arévalo, Rocío Verónica
Mantilla Falcón, Julissa
Martin Tirado, Richard James
Mejía Madrid, Renato
Mendoza del Maestro, Gilberto
Montoya Stahl, Alfonso

Morón Urbina, Juan Carlos
O'Neill de la Fuente, Mónica Cecilia
Pérez Vargas, Julio César
Pérez Vásquez, César Eliseo
Pulgar-Vidal Otálora, Manuel Gerardo Pedro
Ramírez Parco, Gabriela Asunción
Reyes Milk, Michelle Elisa
Reyes Tagle, Yovana Janet
Rivarola Reisz, José Domingo
Robles Moreno, Carmen del Pilar
Rodríguez Santander, Róger Rafael
Rojas Leo, Juan Francisco
Rojas Montes, Verónica Violeta
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Shimabukuro Makikado, Roberto Carlos
Soria Aguilar, Alfredo Fernando
Sotomarinero Cáceres, Silvia Roxana
Suárez Gutiérrez, Claudia Liliana Concepción
Tabra Ochoa, Edison Paul
Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo
Valencia Vargas, Areli Seraya
Valle Billinghamurst, Andrés Miguel
Villagarcía Vargas, Javier Eduardo Raymundo
Villagra Cayamana, Renee Antonieta
Vivar Morales, Elena María
Yrigoyen Fajardo, Raquel Zonia
Zambrano Chávez, Gustavo Arturo
Zas-Friz Burga, Jhonny

INDICACIONES A LOS AUTORES DE ARTÍCULOS PARA LA REVISTA *DERECHO PUCP*

I. Objetivo y política de *Derecho PUCP*

La revista *Derecho PUCP* publica artículos de investigación jurídica o interdisciplinaria inéditos y originales, los cuales son revisados por pares externos que han publicado investigaciones similares previamente. Las evaluaciones se realizan de forma anónima y versan sobre la calidad y validez de los argumentos expresados en los artículos.

II. Ética en publicación

En caso sea detectada alguna falta contra la ética de la publicación académica durante el proceso de revisión o después de la publicación del artículo, la revista actuará conforme a las normas internacionales de ética de la publicación y tomará las acciones legales que correspondan para sancionar al autor del fraude.

III. Forma y preparación de los artículos

III.1. Normas generales

Todo artículo presentado a la revista *Derecho PUCP* debe versar sobre temas de interés jurídico o interdisciplinario, tener la condición de inédito y ser original. La revista cuenta con las siguientes categorías o secciones ordinarias:

- Tema central (o especial temático).
- Miscelánea.
- Interdisciplinaria.

Las tres secciones están sujetas a la revisión por pares (sistema doble ciego).

III.2. Documentación obligatoria

- Declaración de autoría y autorización de publicación. Debe ser firmada por todos los autores y enviada junto con el artículo postulante.

III.3. Características de los artículos

III.3.1. Primera página

Debe incluir:

- EL TÍTULO: en el idioma del artículo y en inglés, un título corto de hasta 60 caracteres.
- NOMBRE DEL AUTOR (o autores): se debe incluir en una nota a pie de página la filiación institucional, ciudad y país, profesión y grado académico, así como su correo electrónico y código ORCID.
- RESUMEN (*abstract*): texto breve en el idioma del artículo y en inglés, en el que se mencione las ideas más importantes de la investigación (entre 200 y 400 palabras).

- CONTENIDO: se consignará en el idioma del artículo y en inglés la sumilla de capítulos y subcapítulos que son parte del artículo.
- PALABRAS CLAVE (*key words*): en el idioma del artículo y en inglés (mínimo 5 palabras, máximo, 10).
- En caso el estudio haya sido presentado como resumen a un congreso o si es parte de una tesis, ello debe ser precisado con la cita correspondiente.

III.3.2. Textos interiores

Deben atenderse los siguientes aspectos:

- El texto deberá oscilar entre las 7000 a 15 000 palabras, a un espacio, en letra Arial 12, en formato A4, con márgenes de 3 cm. Las excepciones a esta regla deben estar debidamente justificadas y ser autorizadas previamente por el editor general.
- Consignar las notas a pie de página, escritas a doble espacio en letra Arial 12.
- Los textos deberán ser redactados en el programa Word.
- Las figuras que se pueden usar son: gráficos y tablas.
- Las referencias bibliográficas serán únicamente las que han sido citadas en el texto y se ordenarán correlativamente según su aparición.

III.3.3. Referencias bibliográficas

Las referencias bibliográficas que se hagan en el artículo deben estar actualizadas, ser relevantes y elaborarse con la información necesaria. No deben omitirse referencias importantes para el estudio y se debe cumplir estrictamente con las normas de la ética académica.

Dichas referencias deben realizarse conforme a las normas del estilo APA (American Psychological Association) recogidas en la séptima edición del *Manual de Publicaciones APA*.

Por ello, las citas bibliográficas deben realizarse en el texto, indicando entre paréntesis el apellido del autor o institución, el año de la publicación y la(s) página(s) correspondiente(s); por ejemplo: (Rubio, 1999, p. 120).

También deben citarse en el cuerpo del texto las normas jurídicas, las resoluciones de toda clase de organización y las sentencias judiciales, colocando entre paréntesis las referencias correspondientes del modo en que se indica más abajo. Las referencias parentéticas en el cuerpo del texto deben remitir a la lista de referencias situada al final del documento. En dicha lista deberá aparecer la información completa de cada fuente citada.

Para mayor información, pueden revisarse las normas para autores a través del siguiente enlace: www.pucp.edu.pe/EduKtv

GUIDELINES TO THE AUTHORS OF ARTICLES FOR *DERECHO PUCP*

I. Aim and policy of *Derecho PUCP*

Derecho PUCP publishes legal or interdisciplinary unpublished and original research articles, which are revised by external peers who have previously published similar researches. The evaluations are made anonymously and are about the quality and the validity of the arguments showed on the articles.

II. Ethics publication

In case of being detected a fault against the ethics academic publication during or after the process of revision of the publication of the article, the journal will behave according to the correspondent ethics publication international regulations and will take the corresponding legal action to penalize the author of the fraud.

III. Form and Preparation of the articles

III.1. General regulations

All the articles given to *Derecho PUCP* have to be about legal or interdisciplinary subjects. They have to be unpublished and original. The journal has the following categories or usual sections:

- Main subject (or specialized subject)
- Miscellaneous
- Interdisciplinary

The three sections are under double-blind peer review.

III.2. Necessary documents

- Affidavit of authorship and authorization for publication. It must be signed by all the authors and sent with the applicant article.

III.3. Characteristics of the articles

III.3.1. First page

It has to include:

- TITLE: in the original language of the article and in English, a short title no more than 60 characters.
- AUTHOR'S NAME (or authors): On a footnote has to be included the institutional affiliation, the city and the country, the profession and the academic degree, and also the e-mail, and the ORCID code.
- ABSTRACT: short text in the original language of the article and in English where are showed the most important research ideas (among 200 and 400 words).

- **CONTENT:** It is recorded in the original language of the article and in English. The summary of the chapters and sub-chapters that are part of the article.
- **KEY WORDS:** in the original language of the article and in English (minimum 5 words, maximum 10).
- If the study has been presented as a summary to a congress or as a part of a thesis, it has to be specified with the corresponding citation.

III.3.2. Paper format

Some aspects have to be taken into account:

- The text must fluctuate among 7000 to 15 000 words, size 12, Arial, one-spaced lines, A4 format, with 3 cms margins. The exceptions to this regulation have to be properly justified and be previously authorized by the general editor.
- Record the footnotes in size 12, Arial; double-spaced lines.
- Use Word program to write the texts.
- Graphics and tables can be used.
- The bibliographic references will only be those mentioned in the text and will be correlatively organized in order of appearance.

III.3.3. Bibliographic references

The bibliographic references have to be updated, important, elaborated with the necessary information, without omitting any relevant reference to the study and fulfilling all the regulations of the academic ethics.

These references must be according to the APA Style (The American Psychological Association) gathered on the 7th edition of the *APA Publication Manual*.

That's why the bibliographic references have to be made in the text, indicating between parentheses the author's last name, or institution, the year of publication, and the corresponding page(es); for example: (Rubio, 1999, p. 120).

And also it has to be quoted in the body text the legal regulations, the resolutions of all kind of organizations and the legal sentences, putting in parentheses the corresponding references as it is indicated below. The parenthetical references on the body text have to send us to the list of references located at the end of the document. In that list has to appear the complete information of each source quoted.

To have more information, you can visit the author's guidelines link: www.pucp.edu.pe/EduKtv

86 | AUTORES

LUCIANO PEZZANO
NATALIA GALLARDO-SALAZAR
JAIME TIJMES-IHL
MARÍA ÁNGELA SASAKI OTANI
PABLO GUILLERMO PEÑA ALEGRÍA
CARLOS TRINIDAD ALVARADO
CHRISTIAN CARBAJAL VALENZUELA
YOLANDA MENDOZA NEYRA

JUAN-FELIPE TORO-FERNÁNDEZ
JOSÉ ANTONIO PEJOVÉS MACEDO
ADRIANA MAE MOLINA RIVAS
ÁLVARO CASTRO MORALES
ÁLVARO NUÑEZ VAQUERO
JOSÉ ÁNGEL FERNÁNDEZ CRUZ
MARÍA TERESA PALACIOS ZANABRIA
BEATRIZ LONDOÑO TORO

NATHALIA HURTADO DÍAZ
ROCÍO VILLANUEVA FLORES
JORGE VILLALBA GARCÉS
SUSANA FRISANCHO HIDALGO
ALESSANDRO CAVIGLIA MARCONI
MARLENE ACHANTE RULLÉ