

THĒMIS

Revista de Derecho



Fernando de Trazegnies Granda • Jorge Valdez Carrillo • Alexis Meza Mitace
Fabián Novak Talavera • Alfredo Bullard González • Pablo Moscoso de la Cuba
César Delgado Barreto • Harold H. Koh • Rémy Cabrillac • Julissa Mantilla Falcón
Julio González Soria • Michelle Reyes Milk • Andrés Álvarez-Calderón Larco
Luis García-Corrochano Moyano • David Kennedy • Juan Pablo de la Puente Brunke
Pedro J. Martínez-Fraga • Alonso Gurmendi Dunkelberg • Piero Vásquez Agüero
Javier Lizaraburu Montani • Nicole Roldán Barraza • César L. Candela Sánchez
Luis J. Diez Canseco Núñez • Ignacio A. Falke Bordonos • Rafael Varón Gabai

ISSN: 1810-9934



9 771810 993400



© **Joseph Mallord William Turner** (inglés, 1775-1851)

Venice, from the Porch of Madonna della Salute, 1835

Óleo sobre lienzo

91.4 cm × 122.2 cm

The Metropolitan Museum of Art, Nueva York



themis.pe

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2013

THĒMIS

desde 1965

© Asociación Civil THĒMIS, 2013
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themis.pe

63

Diseño y diagramación: Germán Johnson Isuiza

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho** es responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Junio 2013
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2013-08237
ISSN: 1810-9934
Registro de Proyecto Editorial: 21501361200376
Año XXXVIII - Número 63
Tiraje: 1000 ejemplares

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2013
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anx. 5391

Impresión:
Kinko's Impresores S.A.C.
Av. Venezuela 2344 - Lima 1/ Telf.: (511) 336-6699 Fax: 366-5190
ventaskinkos@gmail.com / www.printing.com.pe
Lima - Perú

A lo largo de la historia, las relaciones comerciales y políticas de los Estados han implicado la necesidad colectiva de crear un sistema normativo común que propicie la armonía en las relaciones internacionales. Este sistema normativo común es el **Derecho Internacional**; la rama del Derecho que se encarga de establecer parámetros y límites de actuación en ámbitos internacionales. Así, los Estados asumen derechos y obligaciones frente a otros Estados y frente a los individuos que forman parte de la población de dichos Estados.

La presente edición de **THĒMIS-Revista de Derecho** responde a una coyuntura de particular protagonismo del Derecho Internacional en la escena política nacional, lo que ha generado un especial interés de la sociedad civil hacia el tema durante los últimos meses. Específicamente, estamos *ad portas* de un fallo de la Corte Internacional de Justicia, que definirá –por fin– qué le corresponde al Perú y qué a Chile en cuanto a soberanía marítima al sur de nuestro país.

La disciplina del Derecho Internacional, sin embargo, tiene algunas diferencias con el Derecho interno, las cuales lo presentan como un cuerpo normativo imperfecto y poco coercitivo. Lo cierto es que el Derecho Internacional se basa en la idea del Derecho horizontal, en donde el regulador (el Estado) es también el regulado. Así, los Estados crean Derecho entre ellos, integrando el ordenamiento jurídico internacional. No hay, entonces, un legislador del Derecho Internacional. No obstante, el Derecho Internacional está en un apogeo innegable, demostrado por la cantidad de convenios y tratados suscritos, las organizaciones internacionales dedicadas a temas de protección de Derechos Humanos, y la creación de tribunales internacionales. Esto, sin lugar a dudas, pone en evidencia la eficiencia del Derecho Internacional. Ahora bien, ¿es eficaz el Derecho Internacional?

La labor de la edición **THĒMIS-Revista de Derecho 63** es, entonces, la de difundir el Derecho Internacional como rama holística y eficaz. En ese sentido, tenemos el honor de iniciar el contenido de esta edición con un artículo de Harold Koh, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y ex Asesor Legal del Departamento de Estado de Estados Unidos, quien nos da una aproximación al sistema normativo internacional y, finalmente, a las razones por las cuales éste puede tener éxito en cuanto a cumplimiento. Seguimos la secuencia de artículos con la participación de Fernando de Trazegnies, quien, recordando su protagonismo en las negociaciones de la paz con el Ecuador, nos relata la historia de cómo se llegó finalmente a un acuerdo de paz definitivo. Así, deja ver qué elementos del Derecho Internacional Público no son recogidos usualmente por la doctrina. Inmediatamente, podrán encontrar la entrevista que THĒMIS realizó a Luis García-Corrochano, en la cual se abarcan temas actuales e interesantes del Derecho Internacional Público.

Dentro de las fuentes del Derecho Internacional, quizá la más comentada sea la de los tratados internacionales. Ésta es una forma de crear Derecho Internacional entre dos o más Estados. Los tratados internacionales pueden versar sobre, por ejemplo, Derechos Humanos. A la sazón, Piero Vásquez ahonda en el rango de los tratados de Derechos Humanos, según el Tribunal Constitucional Peruano. Asimismo, contamos con la participación de Fabián Novak, que analiza los criterios de interpretación de los tratados, en vista de la complejidad de éstos.

Uno de los temas más sonados dentro del Derecho Internacional es el de los Derechos Humanos, que muchas veces suele entrelazarse con el Derecho Internacional Humanitario. Así, la siguiente división está dedicada a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Alonso Gurmendi inaugura esta sección, detallando la diferencia existente entre ambos y las implicancias que cada

uno conlleva. Continúan Julissa Mantilla, dándonos una visión diferente desde el punto de vista de género, y David Kennedy, quien presenta un enfoque crítico del movimiento internacional de los Derechos Humanos, al señalar que se cae en la tendencia de considerarlos absolutos, así como el excesivo pragmatismo con el que a menudo son aplicados.

Dejando de lado por un momento el ámbito público del Derecho Internacional, le dedicamos dos divisiones al Derecho Internacional Privado. En la primera, César Delgado Barreto analiza el contexto actual y define los retos del Derecho Internacional Privado, mientras que César Candela abarca el ámbito internacional del Derecho de Familia, en cuanto al desplazamiento internacional de menores. La segunda división del Derecho Internacional Privado corresponde al Arbitraje Internacional. Alfredo Bullard, nuevo miembro integrante del Comité Consultivo de THĒMIS, expone una visión innovadora acerca del orden público y sus efectos en la aplicación judicial de laudos arbitrales internacionales. Luego, Pedro Martínez-Fraga examina el divorcio que tiende a existir entre los conceptos jurídicos del Arbitraje Internacional y los procedimientos reales. Culmina Julio González Soria, quien comenta sobre el Arbitraje Internacional Comercial entre Iberoamérica y España.

Hay algunos temas que trascienden las esferas de lo público y lo privado. Es así que, en la siguiente sección, contamos con las participaciones de Jorge Valdez y Alexis Meza en materia de Comercio Internacional. Jorge Valdez examina los desafíos que enfrenta el Perú (país de renta media) en el plano internacional, mientras que Alexis Meza abarca la facilitación del Comercio Internacional. Luego, Pablo Moscoso se ocupa del Derecho del Mar, analizando el caso de las islas en la delimitación de la frontera marítima. Concluye Michelle Reyes abarcando el Derecho Penal Internacional, poniendo en tela de juicio la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, y definiendo la línea que la Corte Penal Internacional debe seguir.

En la sección de misceláneas contamos con tres participaciones internacionales. El profesor Rémy Cabrillac, francés, analiza la predominancia del Código de Napoleón en el ordenamiento jurídico francés; mientras Ignacio Falke, argentino, presenta el empréstito público como instrumento de desarrollo a partir del caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y Nicole Roldán, chilena, encuentra los efectos de los clústers en la economía, en comparación a países como Argentina, Brasil, Chile y El Salvador.

Para cerrar esta edición de **THĒMIS-Revista de Derecho**, invitamos a Rafael Varón, viceministro de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales del Perú; Luis Diez Canseco, abogado con estudios de Historia; Javier Lizarzaburu, periodista y líder de la campaña “Lima Milenaria”; Juan Pablo de la Puente, abogado especialista en Patrimonio Cultural; y, Andrés Alvarez-Calderón, director del Museo Larco; a participar de una Mesa Redonda sobre Patrimonio Cultural en el Perú. Los participantes expusieron ideas innovadoras y llegaron a conclusiones muy interesantes respecto de la preservación del Patrimonio Cultural.

En nombre del Consejo Editorial de **THĒMIS-Revista de Derecho**, los invito a disfrutar de éste número tan especial; esperamos que sea de su agrado.

Lima, junio de 2013
EL DIRECTOR

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2013-1

CONSEJO DIRECTIVO

Eduardo Bedoya Perez (Administración)
Alejandra Calderón Santillán (Desarrollo Social)
Verónica Carrasco Núñez (Seminarios)
Alvaro Castro Reátegui (Financiamiento)
Camilo Clavijo Jave (Publicaciones)
Carlos Fernando de Trazegnies Valdez (Contenido)
Manuel Ferreyros Pérez Ízaga (Actualidad Jurídica)
Israel Huamán Koo (Marketing & Ventas)
Farid Borhan Rifai Bravo (Cursos & Capacitación)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Ariana Lira Delcore
Josefina Miró Quesada Gayoso
Michel Salazar Tarazona
Adriana Tapia Quintanilla

Administración

Emily Quispe Cullampe
Otto Acosta Bernedo

Contenido

Aldo Cisneros Jirón
Gonzalo Monge Morales
Luis Fernando Roca Lizarzaburu
Christian Wong Vargas

Cursos & Capacitación

Joseline Pérez Cámara
Francesco Balbi Castellano
Giancarlo Escudero Miranda

Desarrollo Social

Daniela Chang Rodríguez
Tomás Denegri Vargas

Financiamiento

Sergio Avendaño Bavestrello
Maria Fernanda Chanduví Herrera
Sergio Ramírez Cárdenas
Eduardo Reyna Oie
Andrés Toledo Pérez

Márketing & Ventas

Mariliha Corzo Tueros
José Díaz Del Valle
Renato Manrique Portal

Publicaciones

Alejandro Cavero Alva
Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo
Milagros Mutsios Ramsay

Seminarios

Raphael Aspíllaga de Páramo
Ramiro Bolaños Flores
Maria Alejandra Justo O'Hara
Mary Cielo Núñez Minaya
Rodrigo Zaldívar Del Águila

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
Guido Calabresi
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Javier de Belaunde López de Romaña
Fernando de Trazegnies Granda
Francisco Eguiguren Praeli

Carlos Fernández Sessarego
Baldo Kresalja Rosselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest

Asociación Civil THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themis@pucc.edu.pe; editor@themis.pe
themis.pe

Reseña - Pintura:

THĒMIS-Revista de Derecho tiene el orgullo de presentar en la portada de la presente edición 63 a Joseph Mallord William Turner (1775-1851), pintor inglés y uno de los máximos exponentes de la corriente artística impresionista.

En esta ocasión presentamos su obra titulada “Venice, from the Porch of Madonna della Salute”, realizada en el año 1835. La pintura es un óleo sobre lienzo que se encuentra en el Metropolitan Museum of Art de Nueva York. Esta obra está inspirada en una de las tantas visitas que emprendió Turner a Venecia, ciudad que lo cautivó en su madurez. De todos los atractivos del ducado italiano cabe mencionar la sobrecogedora vista que le ofrecía el Gran Canal, vía acuática de mayor envergadura (alrededor de 4 kilómetros) en Venecia y que se retrata en este óleo, con especial énfasis en estructuras famosas que capturaron la sensibilidad del pintor y que cautivan a los locales y visitantes hasta el día de hoy. En la pintura, se puede distinguir en la orilla derecha del canal el Palacio Delfín Manin, mientras que en su orilla izquierda se podrá apreciar el Palacio Grassi donde Turner se alojó en 1826. Turner, entonces, nos retransmite su nostalgia y admiración por esta joya urbana del Mediterráneo.

Joseph Mallord William Turner nos ha acompañado en dos ediciones anteriores, así como en ésta y en la siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho, haciendo de esta revista un producto coleccionable al presentar cuatro pinturas notables del mismo autor. De tal forma que no sólo los interesados en el Derecho, sino también los amantes del arte, podrán encontrarse identificados con nuestro producto emblemático. THĒMIS, innovar es nuestra tradición.

TEMA CENTRAL: DERECHO INTERNACIONAL

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- Harold Hongju Koh **11**
¿Por qué las naciones obedecen al Derecho Internacional?
- Fernando de Trazegnies Granda **51**
El camino de la Paz
- Entrevista: Luis García Corrochano Moyano **65**
Diagnóstico: El Derecho Internacional, su eficacia y su relación con el Derecho interno

TRATADOS INTERNACIONALES

- Fabián Novak Talavera **71**
Los criterios para la interpretación de los tratados
- Piero Vásquez Agüero **89**
La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno

DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

- Alonso Gurmendi Dunkelberg **109**
Lucha contrasubversiva en el Perú: ¿Conflicto armado o delincuencia terrorista?
- Julissa Mantilla Falcón **131**
La importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho: Asumiendo nuevos retos
- David Kennedy **147**
El movimiento internacional de los Derechos Humanos: ¿Aún parte del problema?

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- César Delgado Barreto **161**
Problemática del Derecho Internacional Privado contemporáneo
- César Candela Sánchez **175**
Los derechos fundamentales de la minoridad frente al desplazamiento internacional de niños, niñas y adolescentes: Bases para la intervención del Derecho Internacional Privado Tuitivo de la Familia

ARBITRAJE INTERNACIONAL

- Alfredo Bullard González **185**
“No cometerás actos impuros”: El orden público y el control judicial del laudo arbitral
- Pedro José Martínez-Fraga **201**
La necesidad de armonización de conceptos en los procedimientos de resolución de controversias internacionales: Desarrollando un principio sustantivo de transparencia y de obtención de pruebas en el ámbito transnacional
- Julio González Soria **225**
Apuntes sobre el Arbitraje Internacional Comercial en Iberoamérica y España

TEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

- Jorge Valdez Carrillo **241**
Una agenda nacional renovada: Los desafíos desde el exterior para un país de renta media
- Alexis Meza Mitacc **247**
Facilitación del Comercio Internacional: Un propósito permanente y una práctica necesaria
- Pablo Moscoso de la Cuba **255**
Las islas y sus efectos para la delimitación marítima en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Internacional del Derecho del mar
- Michelle Reyes Milk **275**
Mandatarios al banquillo: Los legados de la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y desafíos actuales para la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de los Jefes de Estado en funciones

MISCELÁNEAS

- Rémy Cabrillac **293**
¿Es el *Code Civil* la verdadera Constitución de Francia?
- Ignacio Agustín Falke Bordones **303**
Reflexiones en torno al empréstito público como instrumento genuino de desarrollo de los Estados locales, analizado desde la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Nicole Roldán Barraza **311**
¿Para qué queremos clústers?

MESA REDONDA: El Patrimonio Cultural en el Perú y el Mundo

- Rafael Varón Gabai, Luis Diez Canseco Núñez, Javier Lizarzaburu Montani, Andrés Álvarez-Calderón Larco, Juan Pablo de la Puente Brunke **321**



E S T U D I O

LLACZA

&

ASOCIADOS

NUESTRA FIRMA

Estudio Llacza & Asociados es una prestigiosa firma de abogados, que tiene una amplia y reconocida práctica manejando asuntos vinculados a las distintas ramas del Derecho, especialmente en lo relacionado al Desarrollo Inmobiliario.

Tenemos más de 8 años de experiencia logrando óptimos resultados que reafirman la confianza de nuestros clientes y garantizan día a día nuestro crecimiento.

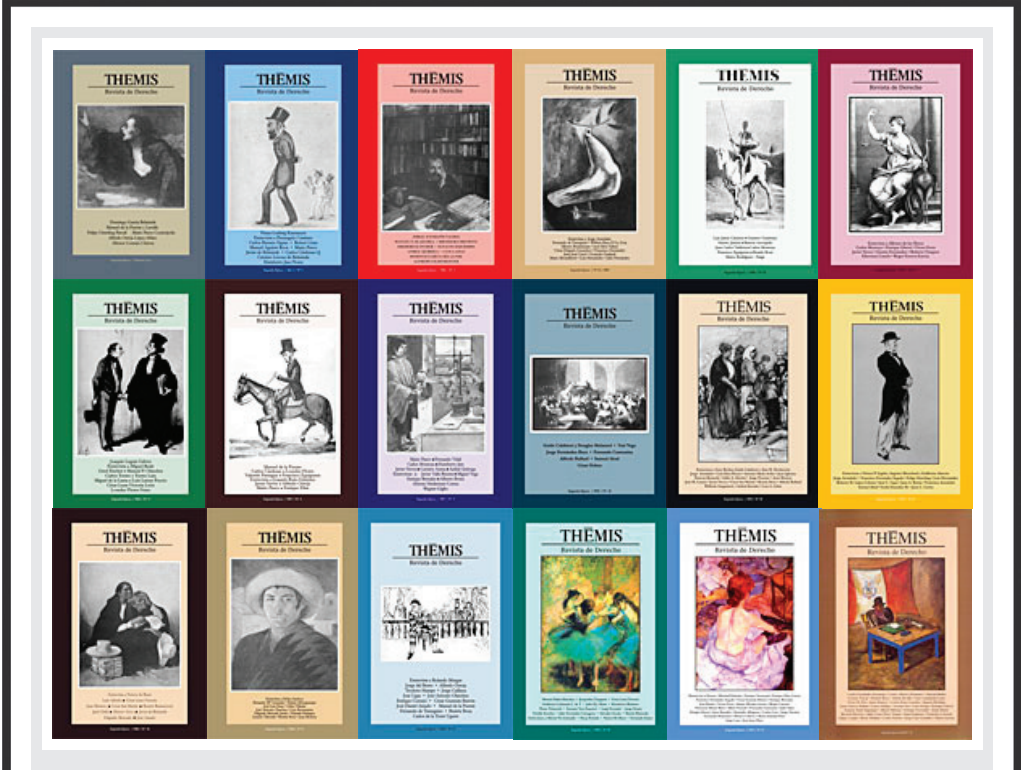
Nuestro objetivo es brindar a nuestros clientes asesoría integral en todas las materias vinculadas al desarrollo de sus proyectos personales y empresariales, contando con especialistas en el Derecho Civil, Registral, Penal, Laboral, Societario y demás ramas del derecho que nos permite solucionar los requerimientos de nuestros muy prestigiosos clientes.

ÁREAS ESPECIALIZADAS

- DESARROLLO INMOBILIARIO.
- DERECHO REGISTRAL
- DERECHO CIVIL
- DERECHO SOCIETARIO
- DERECHO LABORAL
- DERECHO PENAL

STAFF

- Juan José Llacza Cancho
DIRECTOR
- César Eduardo Alvites Carpio
ABOGADO ASOCIADO
- Jaime Grados Corrales
ABOGADO ASOCIADO
- Raquel Morales De La Cruz
ABOGADA ASOCIADA
- Javier Prado Collyns
ABOGADO ASOCIADO



THĒMIS-Revista de Derecho

Un Producto de THĒMIS

**DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO**

¿POR QUÉ LAS NACIONES OBEDECEN AL DERECHO INTERNACIONAL?*

Harold Hongju Koh**

¿Qué impulsa a los Estados a reconocer y comparecer ante normas que ellos no han generado y que ciertamente preceden hasta de un plano ajeno? En el presente artículo, el reconocido profesor de la Universidad de Yale, plantea resolver esta vieja interrogante por medio de un análisis histórico de lo que él ha denominado “La Cuestión del Cumplimiento”. De este modo, se analizan las clásicas dicotomías entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional, así como las corrientes filosóficas que surgieron en torno a la cuestión, culminando el recorrido con las propuestas de autores como Abram Chayes, en contraposición a la tesis de John Rawls.

De este recuento y análisis a partir del devenir de las respuestas dadas a la “Cuestión del Cumplimiento”, se recoge una respuesta íntegra que concilia no sólo los enfoques de Chayes y Rawls, sino que incluso destruye la clásica división entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional, al afirmar que el cumplimiento se garantiza cuando las naciones han interpretado, analizado e interiorizado los dictámenes de las normas internacionales en su ordenamiento local, acoplándolos a su propio sistema de valores.

* El presente artículo tiene como título original “Why do nations obey international law?”. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Aldo Cisneros Jirón y Luis Fernando Roca Lizarzaburu, miembros de la Comisión de Contenido de THÉMIS.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Distinguido con la mención de “Sterling Professor of International Law” por el mismo centro de estudios. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale entre 2004 y 2009.

Esta permanece como una de las más desconcertantes preguntas de las Relaciones Internacionales. Hace poco más de treinta años Louis Henkin declaró: “Casi todas las naciones observan casi todos los principios del Derecho Internacional y casi todas sus obligaciones, casi todo el tiempo”¹. Aunque el trabajo empírico hecho desde entonces parece confirmar a sobremanera ésta cerrada, aunque optimista descripción², los académicos, por lo general, han evadido la pregunta causal: Si los actores transnacionales, por lo general, obedecen al Derecho Internacional, ¿por qué lo obedecen y por qué también lo desobedecen?

La pregunta es fundamental desde una perspectiva tanto práctica como teórica. Desafía a los académicos especializados en los campos del Derecho Internacional y de las Relaciones Internacionales. Esto, debido a que esta pregunta abarca en sí varias áreas relativas a asuntos internacionales, las cuales van desde seguridad internacional hasta políticas económicas desde negocios y transacciones internacionales hasta comercio internacional; desde las leyes que rigen a la Unión Europea, hasta las organizaciones internacionales de diversa naturaleza. Todo esto impone un reto crítico, ya en marcha para la política exterior de los Estados Unidos de Norteamérica, si nos ubicásemos bajo el supuesto de hecho de que nos será impredecible saber cuándo y cómo los diversos Estados llevarán a cabo sus obligaciones respecto a represalias comerciales, protección ambiental, Derechos Humanos, seguridad global y organizaciones supra-nacionales. ¿Cómo podremos contar con el **multilateralismo**, en reemplazo de las clásicas políticas bipolares, como la piedra angular del orden *post* Guerra Fría?

Académicos versados, tanto en Derecho Internacional cuanto en Relaciones Internacionales, han discutido durante siglos acerca

del poder que poseen las leyes más allá de las fronteras; esta cuestión, con el fin de la Guerra Fría, trajo consigo una serie de implicancias que influenciaron las posibilidades del Derecho Internacional, siendo uno de estos efectos el realzar dramáticamente la Cuestión del Cumplimiento³. En la década pasada, se dio con mayor fuerza una creciente percepción en el sentido de que “el Derecho Internacional importa”, lo que ha hecho que los politólogos, teóricos políticos, juristas internacionales y hasta filósofos del Derecho se replanteen la ya mencionada Cuestión del Cumplimiento.

Dos libros recientes, que coronan las carreras de tres reconocidos abogados internacionalistas, representan, a mi parecer, el esfuerzo más comprensivo y sofisticado para abordar esta demandante cuestión. En “La nueva soberanía”, Abram Chayes, profesor de la Universidad de Harvard y actual subsecretario de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, argumenta que la conformidad con el Derecho Internacional se da con mayor frecuencia en regímenes convencionales, es decir, países con un “modelo de gestión”⁴ establecido. Bajo la opinión de Chayes, las naciones obedecen los lineamientos del Derecho Internacional, no necesariamente porque están amenazadas con sanciones en caso de incumplir el Derecho Internacional; sino que, más bien, éstas se encuentran persuadidas porque la dinámica del Derecho Internacional encaja perfectamente con su propia vorágine interna. En otras palabras, existe una coherencia que fundamenta la percepción de que el Derecho Internacional podría estar hecho a la medida de tales naciones. “El instrumento fundamental para mantener la conformidad con los tratados en un nivel aceptable”, y añade, “es un **proceso interactivo y discursivo** entre las partes, la organización que respalda el tratado respectivo y el público circundante”⁵ [El énfasis es nuestro].

¹ HENKIN, Louis. “How nations behave”. Segunda edición. Nueva York: Columbia University Press. 1979.

² En años recientes, académicos tanto del Derecho Internacional cuanto de las Relaciones Internacionales han empezado a realizar estudios empíricos sobre las condiciones que rigen el cumplimiento de los tratados internacionales sobre todo, en materia de comercio. Para tal caso, revisar: ULRICH, Ernst y Gunther JAENICKE. “Adjudication of Trade Disputes in international and national economic Law”. En: American Journal of Comparative Law 40. 1992.

³ A través de la revisión de este ensayo presentaré cuatro tipos de relaciones entre la norma y la conducta manifestada: Coincidencia, conformidad, cumplimiento y obediencia.

⁴ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. Cambridge: Harvard University Press. 1995.

⁵ Ibidem.

En “La Justicia en el Derecho Internacional y sus Instituciones”⁶, Thomas Franck, profesor de la Universidad de Nueva York, sostiene que la Cuestión del Cumplimiento no radica en un modelo de gestión o en una confluencia de dinámicas; sino que se basa, en cambio, en la justicia intrínseca de las leyes internacionales. Influenciado por los argumentos filosóficos recogidos en sus primeros trabajos⁷ y basado en sus Lecturas de La Haya en Derecho Internacional, la visión del profesor Franck del Derecho Internacional expone que las naciones obedecen “leyes carentes de poder” porque éstas, de alguna forma, se hallan empujadas a su cumplimiento bajo un interiorizado sentido de legitimidad y justicia.

Sendos libros son trabajo de adeptos. Ambos reconocen que la transformación moderna del concepto de soberanía ha redefinido el Derecho Internacional; en tal sentido, el Derecho Internacional y sus normas cooperan con la construcción de intereses e identidades nacionales por medio de un proceso basado en discursos justificatorios⁸. Además, la aproximación que Chayes hace desde su perspectiva basada en “modelos de gestión” y la aproximación que Franck realiza desde su concepto de “justicia” en conjunto, no son más que dos expresiones modernas de dos prominentes tradiciones intelectuales en las discusiones ligadas al Derecho Internacional. Personalmente, me refiero a estas como la **tradición procesal** y la **tradición filosófica**. Estas tradiciones intelectuales han defendido históricamente la disciplina ante dos proclamas divergentes: En una mano, la doctrina realista, que sostiene que las leyes internacionales no son estrictamente **leyes**, ya que no son vinculantes y carecen de auténticas sanciones⁹; y en la otra, la postura racionalista, la cual manifiesta que

las naciones solamente obedecen al Derecho Internacional si, y solo si, éste sirve para su propio interés nacional”¹⁰.

Aun así, ambos libros, instructivos como son, dan una aguda visión de una materia mucho más extensa. Ambos, el modelo de gestión y el modelo de justicia omiten, a mi parecer, el actual y minucioso **proceso legal** desarrollado por las **transnacionales**: Esa compleja maraña de **interacción** institucional y mundial, mediante la cual las normas no son solamente debatidas e **interpretadas**, sino que también son **internalizadas** en últimas instancia por los sistemas jurídicos domésticos o nacionales¹¹. Ambas perspectivas fallan al momento de describir cómo es que un discurso basado en la “gestión” o en la “justicia” logra que los lineamientos del Derecho Internacional sean adheridos al Derecho local, al punto de hacerse parte del inventario nacional de valores. Ambos libros evaden la labor de explicar el proceso evolutivo en el cual el cumplimiento coyuntural de ciertas normas deviene en obediencia habitual. Bajo mi punto de vista, tal omisión es pasar por alto el proceso de interacción, interpretación e internalización. Es fundamental entender a profundidad cuáles son los factores que empujan a las naciones a **obedecer** al Derecho Internacional, en lugar de meramente describir su comportamiento.

La primera parte de este ensayo examina la historia de los diversos esfuerzos académicos, a fin de tratar con la Cuestión del Cumplimiento. La segunda parte aborda las teorías de Franck y Chayes, analizando su trasfondo intelectual y sugiriendo en qué aspectos sus planteamientos estarían errados e incompletos. La tercera parte repara en lo que, personalmente, considero una aproximación más completa a fin de entender

⁶ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. Oxford: Clarendon Press. 1995.

⁷ Ver: FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. Nueva York: Oxford University Press. 1990.

⁸ Chayes explica la funcionalidad del proceso discursivo: “Un proceso que incluya el discurso, el razonamiento y la negociación es una fórmula ganadora”.

⁹ Ver: NARDIN, Terry. “Ethical Traditions in International Affairs”. En: NARDIN, Terry y David MAPLE. “Tradition of International Ethics”. Cambridge: Cambridge University Press. 1993. Ver también: KENNAN, George. “American Diplomacy 1990-1950”. Nueva York: Mentor Books. 1984. pp. 95-103.

¹⁰ Ver: HENKIN, Louis. Op. cit. p. 49. “Etiquetar o calificar algo de justo o injusto, deseable o indeseable es meramente una estrategia cínica para motivar a las naciones, dado que si no hay ningún cuerpo o sanción que vele por su cumplimiento las naciones sólo cumplirán con el Derecho Internacional en la medida que este cumplimiento sirve a sus intereses particulares”.

¹¹ Para un desarrollo más detallado de este argumento, ver: KOH, Harold. “Transnational Legal Process”. En: Nebraska Law Review 75. 1996.

por qué las naciones obedecen. Esta visión combina elementos de las dos teorías antes presentadas y criticadas, pero incluye un análisis que se avoca a detallar el proceso de interacción, interpretación e internalización de las normas internacionales.

I. LAS RAÍCES DE LA CUESTIÓN DEL CUMPLIMIENTO

Como la mayoría de las leyes, las del Derecho Internacional rara vez son vinculantes, pero usualmente se obedecen¹². Este fenómeno ha sido estudiado en el contexto de legislación local por psicólogos, filósofos, antropólogos y abogados nacionales¹³ y, curiosamente, se le ha prestado mucha menos atención en el plano internacional. De hecho, la forma en la cual la Cuestión del Cumplimiento ha sido estudiada a través de los años como un proceso moral, filosófico, científico-político y, ahora, como una pregunta empírica, por sí mismo abre una ventana a través de la cual los internacionalistas han optado por pensar y reflexionar sobre el rol del Derecho Internacional. Esta evolución en el pensamiento académico refleja el hecho que la examinación seria ha ocurrido contra el trasfondo de una transformación del Derecho Internacional. Tal transformación ha sido caracterizada bajo una marca distintiva y ésta es la pérdida gradual de soberanía, la increíble proliferación de regímenes internacionales, instituciones y actores no estatales¹⁴, el colapso de la dicotomía público-privada, el rápido avance de las reglas basadas en tratados y la creciente penetración del Derecho Internacional en la escala doméstica. Estas tendencias han reestructurado el escenario

en el cual el Derecho Internacional actúa, estableciendo lo que Franck llama "la era post ontológica"¹⁵.

A. El Derecho Internacional primitivo

Durante el periodo clásico del Derecho Internacional, la pregunta de por qué las naciones obedecen era, a menudo, anexada a la siguiente ¿Por qué **deberían** obedecer? Esta última pregunta fue respondida por una referencia semi-teológica a una **ley superior** o **ley natural**, de la cual el Derecho Internacional era una de sus manifestaciones¹⁶. Antes del Imperio Romano, la religión servía como una fuente de parámetros para las leyes nacionales¹⁷. En el Derecho romano, Gaius definía *ius gentium* en términos de "ley común", o "ley de todos los hombres"¹⁸. El prefacio de las Instituciones Justinianas, publicadas en el año 533 después de Cristo, empieza con una observación respecto a la conexión existente entre el Derecho nacional y el Derecho Natural¹⁹. Durante la Edad Media, el Derecho Internacional o universal emergió con el Derecho Eclesiástico, e incluso ciertos tratados internacionales tenían fuerza legal, aunque fuera solo porque estos eran ratificados bajo juramento, el cual, **siendo un sacramento**, estaba sujeto a ser obligatorio; de lo contrario, se incurría en falta contra la jurisdicción de la Iglesia²⁰.

Los académicos medievales no hacían distinciones entre las leyes locales y las internacionales. En lugar de ver un Derecho nacional, ellos entendían el Derecho como un *ius nature et gentium*; esto es, una ley universal vinculante a toda la humanidad²¹. En esta

¹² Incluso Hans Morgenthau, un crítico feroz del Derecho Internacional, considera que "negar la existencia del Derecho Internacional sólo porque muchas de sus normas no son vinculantes es mentir en la cara de toda la evidencia". Ver: MORGENTHAU, Karl. "Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace". Cuarta edición. Nueva York: Alfred A. Knopf. 1978.

¹³ El estudio del cumplimiento en relación a la obediencia de la Ley doméstica ha sido abordada desde un plano interdisciplinario. Entre estos estudios destaca: FRIEDLAND, Martin. "Sanctions and Rewards in the Legal System: A Multidisciplinary Approach". Toronto: University of Toronto Press. 1989.

¹⁴ Como mencioné anteriormente, estas dos tendencias conformaron lo que Chayes denominó **la nueva soberanía**.

¹⁵ FRANCK, Thomas. "Fairness in International Law and Institutions". p. 6.

¹⁶ STARKE, John. "Introduction to International Law". Londres: Butterworths. 1922.

¹⁷ Ver: BEDERMAN, David. "Religion and the sources of International Law in Antiquity". En: JANIS, Mark. "The Influence of Religion on the Development of International Law". Nueva York: Martinus Nijhoff. 1972.

¹⁸ JANIS, Mark. "An Introduction to International Law". Boston: Little Brown. 1988. También ver: NUSBAUM, Arthur. "A concise History of the Law of Nations". Nueva York: The McMillan Company. 1947.

¹⁹ Ver: JUSTINIANO. "De Iure Naturali et Gentium et Civili". Institución 1.2.

²⁰ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 24.

²¹ Ver: DICKINSON, Edwin. "The Law of Nations as Part of the National Law of the United States". En: University of Pennsylvania Law Review 101. 1952.

época, las clásicas distinciones entre lo local y lo internacional, lo público y lo privado, que luego dominarían el marco teórico del Derecho Internacional, aún no habían sido desarrolladas. El Derecho de las naciones había sido diseñado para abarcar lo privado, lo público, lo doméstico, así como las transacciones, incluso incluía las leyes entre Estados e individuos, incluido el Derecho Marítimo (afectando precios, puertos, almirantazgo, etcétera) y el Derecho Mercantil aplicable a las transacciones comerciales internacionales²². El sistema era monista; el Derecho local e Internacional constituían una sola unidad legal, con instituciones domésticas actuando como intérpretes de las normas internacionales²³.

Como un académico resaltó, “la diferencia más notable entre el antiguo y el moderno Derecho Internacional es que en el antiguo radica la eliminación total de un proceso como puente entre las fuentes y la substancia. La mente antigua no puede concebir normas para el comportamiento de la nación más allá de su ordenamiento local y sin mencionar las diversas sanciones por el no cumplimiento de tales leyes”²⁴. Esto último empezó a cambiar a partir del siglo XIV, cuando las distinciones teóricas empezaron a dominar el Derecho Internacional y el discurso legal empezó a aparecer. Los comentaristas italianos, como los profesores Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) y Baldo de Perugia (1327-1400) primero inauguraron el Derecho Internacional Privado

como “el conjunto de derechos y deberes de los individuos relacionados a los hechos relevantes que son total o parcialmente internacionales”²⁵. Posteriormente, sería el Derecho anglosajón el que otorgaría un rótulo a esto último, catalogándolo como “conflicto de leyes” (*conflict of laws*)²⁶. En “Seis libros de la República” (1576), el francés Jean Bodin desarrolló una teoría general del Estado, la cual aportó el concepto moderno de soberanía como la fuerza de mando o la matriz del Derecho Internacional²⁷.

En un famoso pasaje del segundo libro “De Legibus ac Deo”, el jesuita español Francisco Suárez (1548-1617) introdujo la noción de la práctica cotidiana que deberían tener las naciones en utilizar el Derecho Internacional como una fuente suplementaria²⁸. El italiano Alberico Gentili, escribiendo desde Oxford, se convirtió quizá en el primer escritor en hacer la separación definitiva entre el Derecho Internacional, y la Teología y la Ética, otorgándole la categoría de jurisprudencia²⁹. Finalmente, Hugo Grocio, el holandés a menudo aclamado como el **padre del Derecho Internacional**³⁰, fue el primer escritor en expresar *ius gentium* no meramente como Derecho Natural, derivado de la razón, sino también, como consecuencia de actos volitivos generados por operaciones independientes de la voluntad humana³¹. Grocio también aportó la noción de una sociedad internacional, una comunidad donde los partícipes están envueltos por un orden legal internacional³².

²² Ver: BERMAN, Harold. “The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*)”. En: Harvard International Law Journal 19. 1978.

²³ Bajo un enfoque dualista del Derecho Internacional, los individuos vulnerados por naciones extranjeras no tiene ningún derecho inmediato del cual exigir una reparación ante un Estado. Los Estados tomarán tales demandas como parte de su base discrecional y subsecuentemente determinarán si procede el reclamo o no del sujeto vulnerado. Ver: HENKIN, Louis. “The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese exclusion and its Progeny”. En: Harvard Law Review 100.1987. Ver también: KOH, Harold. “Transnational Public Law Litigation”. En: Yale Law Journal 100. 1991.

²⁴ BENDERMAN, David. Op. cit. p. 6.

²⁵ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 47.

²⁶ Ver: STORY, Joseph. “Comentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic”. Boston: Hilliard, Gray & Co. 1834.

²⁷ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 56. Ver también: BARTELSON, Jens. “A Genealogy of Sovereignty”. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

²⁸ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 67. Cita a: SUÁREZ, Francisco. “Leibus Ac Deo”. 1612.

²⁹ BRIERLEY, James. “The Law of the Nations”. Oxford: Clarendon Press. 1963. Ver también: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 84.

³⁰ BOUTROS-GHALI, Boutros. “A Grotian Moment”. Nueva York: Editorial Fordham. 1995.

³¹ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 104. Ver también: GROCIO, Hugo. “De Jure Belli Ac Pacis”. 1625.

³² Para ejemplificar la vasta literatura escrita como parte de la discusión en torno a los postulados de Grocio y la **sociedad internacional**, sugiero leer a BULL, Hedley. “The Grotian Conception of International Society”. En: BUTTERFIELD, Herbert y Martin WIGHT. “Diplomatic Investigations”. Cambridge: Harvard University Press. 1946.

Entonces, para mediados del siglo XVII, los fundamentos que habrían de gobernar la disciplina del Derecho Internacional ya habían sido establecidos: La disciplina estaba ligada a la jurisprudencia, nacida de la voluntad humana, conducida por el concepto de soberanía, y segmentada en componentes públicos y privados.

B. Derecho Internacional tradicional

El devenir desde el Derecho Internacional primitivo al tradicional trajo consigo un cambio fundamental en el paradigma y en el pensamiento conceptual respecto a la naturaleza de las obligaciones más allá de las fronteras. Como Friedrich Kratchwil había notado: “Los académicos tradicionales tendían a establecer una clara frontera conceptual, que se daba entre Derecho Municipal y Derecho Internacional, además de apreciar el Derecho Internacional en base a las relaciones contractuales. Por lo tanto, se asignaba al concepto de **soberanía contractual** un lugar central en la construcción de los dos órdenes. Los textos primitivos, por su parte, presentan un grupo de **mandatos universales** basados en principios de orden moral, divino o natural, a los cuales los individuos están sometidos. En consecuencia, al señalar el carácter obligatorio del Derecho Internacional, los académicos tradicionales tuvieron que empezar a catalogar ciertos actos como **soberanos**, además de proceder con el análisis a través de casos específicos públicos y privados, a fin de concluir el grado de legitimidad del acto. Mientras, el académico primitivo siempre parte de la noción de **justicia** y procede a analizar a partir de los actores, para luego recién valorar los actos”³³.

En 1648, el Tratado de Westfalia puso fin a tres décadas de guerra, aleccionando su autoridad

sobre la de varios principados europeos. Este evento marcó los sucesos venideros en el Derecho Internacional, ahora basado en los principios fijos de territorialidad y autonomía nacional³⁴. Quienes escribían la historia de las Relaciones Internacionales desde la política estaban poco interesados en cuestionarse por qué las naciones deberían obedecer el Derecho Internacional, viendo la pregunta como ética o filosófica, mas no como científica o empírica³⁵. Con este sistema, el concepto de obligación legal (*opinio juris sive necessitatis*), fue emergiendo como la clave para poder distinguir entre lo que era Derecho Internacional consuetudinario de la práctica voluntaria por la cual los Estados podrían optar, pero siempre eran libres de desobedecer³⁶.

C. La era dual: Del Derecho Natural al positivismo

Desde este punto de vista, se empieza a dar una pequeña aproximación al positivismo, el cual no veía al Derecho Internacional como una derivación del Derecho Natural, mas sí como un constructo social o un constructo humano en base a leyes, tratados y costumbres. Los primeros positivistas, como Thomas Hobbes (1588-1679), Richard Zouche (1590-1661) y Samuel Rachel (1628-1691) rechazaron el razonamiento detrás de la tesis del **Derecho Natural** y, en cambio, establecieron que el Derecho de las naciones es en verdad la ley entre las naciones, la cual consiste tanto en costumbre cuanto en tratados³⁷.

En 1789, las consideraciones en torno al principio de soberanía empezaron a dominar el discurso internacional. Jeremy Bentham acuñó el término “Derecho internacional”³⁸. El mismo término rechazaba la idea monista de un Derecho único, integrado y transnacional, en favor de una noción del Derecho Público

³³ KRATOCHWIL, Friedrich. “Constructivism as an Approach to International Law and Relations”. Georgetown University Paper. 1996.

³⁴ Ver: HENKIN, Louis; PUGH Richard; SCHACHTER, Oscar y HANS SMIT. “International Law: Cases and Materials”. Segunda edición. Saint Louis: West Publishing Co. 1987.

³⁵ Ver: CORBETT, Percy. “Law and Society in the Relations of States”. Nueva York: Harcourt, Brace & Co. 1951.

³⁶ Para una historia del concepto, ver: BEDERMAN, David, “The curious resurrections of custom: Beach access and judicial takings”. En: Columbia Law Review 96. pp. 1375 y 1450-1453. 1996. Para un enfoque filosófico del tema, ver: FINNIS, John. “The Foreign Relations and Law of the United States”. Oxford: Clarendon Press. 1980. pp. 297-298.

³⁷ NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. pp. 123-125.

³⁸ BENTHAM, Jeremy. “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”. Londres: Athlone Press. 1970 (el original es de 1790).

de las naciones, el cual operaba en un plano horizontal con solamente actores estatales involucrados. Igualmente importante, Bentham asumió que “las transacciones internacionales planteadas ante cortes municipales siempre fueran decididas por reglas internas y no internacionales”³⁹. Al romper el vínculo normativo entre leyes internacionales y el sistema doméstico, Bentham ayudó a iniciar la era de la teoría dual, en la cual las bases del cumplimiento entre el Derecho local y el Internacional divergían.

A diferencia de la tradición ética, la cual se basaba en el argumento de la justicia para explicar por qué las naciones deberían y obedecerían el Derecho Internacional, el positivismo planteaba un estudio más analítico. La escuela inglesa analítica de jurisprudencia, encabezada por un seguidor de la corriente de Bentham, John Austin, concluyó pronto que las leyes del Derecho Internacional no eran en realidad “Derecho”, porque, a diferencia de las normas domésticas, las leyes internacionales no estaban garantizadas por un ejercicio soberano de la coerción. “Los deberes que el Derecho Internacional impone están sostenidos sobre sanciones morales, por miedo a las naciones, o por miedo a los soberanos que podrían crear un ambiente de **hostilidad** e incurrir en sanciones indirectas en contra de aquel que viole las máximas generalmente aceptadas y respetadas”, escribió Austin⁴⁰.

Aun contemporáneamente, ambos, dualismo y positivismo, afrontaron retos en la práctica y en la teoría. En la práctica, una profunda interpretación de los sistemas doméstico e internacional y una fuerte fijación en los ámbitos público y privado permanecieron como los temas claves del sistema legal. Contrariamente a las afirmaciones de Bentham, los “Comentarios”

de Blackstone habían manifestado que el Derecho Internacional había internalizado completamente el Derecho de las naciones, el cual Blackstone describió como: “El sistema de reglas deducible de las razones naturales y establecidas por consenso universal sobre los habitantes civilizados del mundo, para asegurar el cuidado de la justicia y la buena fe, en aquella relación que podía existir entre dos o más Estados independientes y los individuos que pertenecían a los mismos”⁴¹. Particularmente, cuando Inglaterra se convirtió en el poder predominante en el mundo, el Derecho de las naciones empezó a ser domesticado bajo los márgenes del *Common Law* anglosajón, el cual fue acoplado también a las colonias americanas⁴². Hasta mediados del siglo XIX, los tratados americanos líderes en el Derecho Internacional, particularmente los “Comentarios” del Canciller James Kent (1763-1847) y “Los elementos del Derecho Internacional” por Henry Wheaton (1785-1848), presentaron la ley de las naciones tal como fue discutida por Grocio, Vattel, Bynkershoek y Pufendorf, como completamente internalizada por los primeros principios del sistema legal americano, cuya “creyente observancia es esencial al carácter nacional”⁴³.

Entre los teóricos, el famoso ensayo de Kant escrito en 1795, “La paz perpetua”, constituyó la principal respuesta a los positivistas⁴⁴. Kant, específicamente, hizo un llamado a los gobiernos de tomar en cuenta el consejo dado por los filósofos, y seguir el sendero para que el Derecho Internacional garantice la “paz perpetua”. Kant predicó esta forma de entender el Derecho Internacional no bajo los parámetros utilitarios de Bentham, pero sí a través de un paradigma, bajo el cual, el Derecho Internacional era un medio para asegurar la paz y delimitar un marco para la justicia, la democracia y un liberalismo basado en los Derechos Humanos. Kant sostuvo una tesis que no estaba basada en un gobierno

³⁹ *Ibíd.* p. 296: “Ahora, si se da cualquier tipo de transacción entre dos o más individuos que responden a diferentes Estados, serán los tribunales locales, en su calidad de fueros internos para la justicia, quienes determinarán bajo el sistema doméstico de cuál estado es competente para el caso [...]”.

⁴⁰ AUSTIN, John. “The Province of Jurisprudence Determined”. Londres: Wendenfield & Nicolson. 1954.

⁴¹ BLACKSTONE, William. “Commentaries”. Chicago: The University of Chicago Press. 1968 (el original es de 1765).

⁴² La declaración de independencia estadounidense anunciaba que los recién constituidos Estados Unidos de América tenían entre sus causales de separación con la corona británica el “decente respeto al Derecho por la diferencia de opinión del que goza la humanidad”. Ver: MOYNIHAN, Patrick. “On the Law of Nations”. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

⁴³ KENT, John. “Commentaries on American Law”. Nueva York: Ediciones Halsted. 1832.

⁴⁴ Ver: KANT, Emmanuel. “La paz perpetua y otros ensayos”. 1795.

mundial, pero sí en una sociedad con distintos Estados soberanos regidos por una misma ley internacional. En esta sociedad, los vínculos entre los individuos crearían consenso sobre los intereses comunes incluso más allá de las fronteras⁴⁵. Kant creía que estos vínculos transnacionales crearían una interdependencia moral y conducirían, a la larga, a mayores posibilidades para la paz por medio de acuerdos⁴⁶.

Estos debates entre la perspectiva naturalista, positivista, utilitarista e incluso kantiana fueron tomando relevancia en el discurso tradicional⁴⁷.

Coincidentemente, casi al mismo tiempo que el ensayo escrito por Kant apareciera, Bentham escribió su propio ensayo titulado "Un plan para la paz perpetua y universal". En este ensayo, y otro titulado "Objetos del Derecho Internacional"⁴⁸, Bentham recomienda la codificación de leyes no escritas que, sin embargo, son vigentes en base a la costumbre. Estas leyes, una vez codificadas, serían la base de las nuevas convenciones "sobre todos los puntos que permanecen inciertos y en el cual los intereses de dos Estados o más pueden colisionar, perfeccionando el estilo de las leyes de todo tipo u orden, sean internas o internacionales, y creando una corte común para que la judicatura pueda sentar las diferencias entre Estados"⁴⁹.

Al final de este periodo, cuatro posturas identificables habrían emergido en torno a la Cuestión del Cumplimiento. La primera fue la postura establecida por Austin, de tinte positivista y realista. Sostenía que las naciones obedecían el Derecho Internacional "porque no es realmente Derecho".

La tradición filosófica de analizar el principio de obligatoriedad en el Derecho Internacional se dividió en la vertiente utilitaria racionalista de Hobbes, la cual enseñaba que las naciones obedecían el Derecho Internacional y sus mecanismos cuando éste tenía correlato directo con sus intereses, es decir, obedecen al Derecho Internacional cuando éste les sirve, y también en la corriente kantiana, la cual asumía que las naciones generalmente siguen el Derecho Internacional motivadas por un sentido de la moral y la ética, derivadas de la consideración del Derecho Natural y el principio de justicia. Los escritos de Bentham reunirían la cuarta postura basada en que las naciones se encuentran incentivadas de obedecer el Derecho Internacional para probar a las demás naciones su posición como parte de un proceso legal tanto discursivo cuanto productivo.

Con el fin del siglo XIX, la práctica estatal exhibió una creciente tendencia a desarrollar nuevos procesos, leyes e instituciones. Este periodo estuvo marcado por la aparición de incipientes leyes humanitarias y globales, como aquellas que prohibían el comercio de esclavos, tráfico de blancas y piratería, hasta condenar ciertos comportamientos, incluso en contexto de guerra⁵⁰. Podría ser mencionado el Tratado de Berlín de 1878, que consigna la especial protección del Estado para con las minorías religiosas (que sirvió como modelo para la creación del Sistema de Minorías, luego auspiciado por la Sociedad de Naciones⁵¹) y la primera Conferencia por la Paz de La Haya, que estableció la Corte Permanente de Arbitraje (la cual la Sociedad de Naciones luego convertiría en la Corte Internacional de Justicia⁵²).

⁴⁵ Ver: HURRELL, Andrew. "Kant and the Kantian Paradigm in International Law". En: *Review of International Studies* 16. 1990. Ver también: TESÓN, Fernando. "The Kantian theory of International Law". En: *Columbia Law Review* 92. 1992. pp. 53-86.

⁴⁶ Para mayores explicaciones sobre la posición kantiana, la cual sostiene que el comportamiento de las naciones debe estar basado en una moral internacional globalmente alcanzada y aceptada, recomiendo leer: DOYLE, Michael. "La filosofía de Kant respecto al Derecho y las Relaciones Internacionales". En: *Philosophy and Public Affairs* 12. 1983.

⁴⁷ Ver: KUNZ, Josef. "Natural Law thinking in the Modern Science of International Law". En: *American Journal of International Law* 55. 1961.

⁴⁸ BENTHAM, Jeremy, "The Work of Jeremy Bentham". Una recopilación de ensayos ilustrativos escritos entre 1786 y 1789. Ver también: "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation". pp. 412-415.

⁴⁹ *Ibid.* p. 554.

⁵⁰ Ver: MOYNHAN, Ethan. Op. cit. p. 20. Ver también: NADELMANN, Ethan. "Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society". En: *International Organization* 44. 1990.

⁵¹ Ver: THORNBERRY, Patrick. "International Law and the right of minorities". Oxford: Clarendon Press. 1991.

⁵² Ver: BEDERMAN, David. "The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907." En: JANIS, Mark. "International Courts for the Twenty-First Century". La Haya: Kluwer Academic Publishers. 1992.

Estas tendencias terminaron por fusionarse en lo que sería el naciente Derecho Internacional, al menos en materia de Derechos Humanos. Particularmente, hubo también grandes exponentes de formas⁵³, sobretodo en la creación de lo que he denominado “moral transnacional”, como William Wiberforce y la Sociedad Británico Extranjera Anti esclavitud; Henry Dunant y el Comité Internacional de la Cruz Roja, e incluso activistas pacifistas y cristianos, como el America’s William Ladd and Elihu Burritt, que promovió el Arbitraje Internacional Público, y cortes internacionales permanentes⁵⁴.

La Primera Guerra Mundial interrumpió estos sucesos, empujando a los académicos a retratar y analizar el nuevo régimen legal surgido tras el Tratado de Versalles⁵⁵. El periodo de entreguerras fue el tiempo de desarrollo de estas tesis. La constitución de la Sociedad de Naciones limitó el uso de la guerra como un medio soberano para ejercer la política nacional. La Organización Mundial del Trabajo se convirtió en la primera organización inter-gubernamental permanente, cuyo único propósito era ocuparse de cómo mejorar las condiciones requeridas para el bienestar social, y la Conferencia de París discutió propuestas para solucionar conflictos surgidos del nacionalismo⁵⁶.

Estos tempranos pasos políticos a fin de construir instituciones estimuladas por el pensamiento de entreguerras fueron el factor clave en la promoción del cumplimiento en relación a las normas del Derecho Internacional. En uno de sus trabajos modernos, sobre todo referente a la Cuestión del Cumplimiento, Alfred Verdross, en

su obra “Le Fondement du Droit International”⁵⁷, identificó la principal causa del cumplimiento como una convergencia entre los valores y los intereses de la nación, lo que la conduce a establecer tales tratados y acuerdos⁵⁸. En los años venideros, el académico de Oxford, James Brierly escribió “Las Bases de la Obligación en el Derecho Internacional”⁵⁹, construida en base a las tesis de Vedross, con la añadidura de la idea de que las naciones obedecen el Derecho Internacional partiendo de una necesidad de preservar la “solidaridad” para con un Estado aliado que le sirva en sus intereses⁶⁰.

Este periodo de entreguerras modificó la dinámica con la cual aparecían estas diversas corrientes de pensamiento en torno a la Cuestión del Cumplimiento, mezclando en el proceso el factor de la solidaridad y el factor de la reputación⁶¹. Para el momento de la Segunda Guerra Mundial, la Cuestión del Cumplimiento se había dividido en cuatro tendencias: Realista, racionalista, kantiana y procesal (la cual incluía el principio de la solidaridad con los otros miembros de la comunidad internacional).

D. La era de las instituciones

Tras la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, los arquitectos del sistema de la posguerra reemplazaron la costumbre de centrar las leyes en el plano estatal para, en cambio, apostar por un ambicioso orden positivista, construido sobre la base de instituciones y constituciones: Instituciones internacionales gobernadas por acuerdos multilaterales organizando soluciones proactivas ante los diversos

⁵³ Ver: NADELMANN, Ethan. Op. cit. p. 482.

⁵⁴ Para obtener mayor información sobre el trabajo transnacional de Wilberforce y el movimiento anti-esclavista británico, revisar: FLADELAND, Henry. “Men and brother: Anglo american anti-slavery cooperation”. Urbana: University of Illinois Press. 1972.

⁵⁵ Ver: BERMAN, Nataniel. “The paradoxes of legitimacy: Case Studies in International Legal Modernism”. En: Harvard International Law Journal 32. 1991.

⁵⁶ Como David Kennedy había notado, en 1918 se da, en efecto, un corte entre el Derecho Internacional y las instituciones internacionales. Esta etapa sería lo que Cardozo denominaría “el fin de una era en la cual el Derecho Internacional, salvo contadas excepciones, estaba confinado meramente a la regulación de las relaciones entre dos Estados distintos”. 1993.

⁵⁷ Recueil des Cours. 244. 1927.

⁵⁸ Verdross argumentaba que “el deber de los estados en sus relaciones recíprocas”. Deriva de “una norma supraconsensual (*pacta sunt servanda*) y una vez que el contenido de esta norma se veía validado por el consentimiento fundaba un nuevo sistema internacional. Ver: BERMAN, Nataniel. Op. cit. p. 585.

⁵⁹ Recueil des Cours. 458. 1928.

⁶⁰ Ver: BRIERLY, James. Op. cit. p. 56. Allí describe una teoría del cumplimiento análoga a los planteamientos de Krabbe.

⁶¹ La literatura académica de esta era, pese a todo, permaneció en su mayoría influenciada bajo el paradigma dualista, reforzada por los trabajos de dos teóricos dualistas, Triepel y Anzilotti, los cuales sostenían que no se puede concebir un sistema de leyes vinculantes si se separa un régimen del otro.

temas internacionales que pudiesen surgir. Estas constituciones globales se basaban en la responsabilidad institucional para declarar leyes particulares en el plano internacional. El conflicto político, por ejemplo, estaría regulado por las Naciones Unidas y sus órganos constituyentes bajo las premisas de la Constitución de las Naciones Unidas que insta a los países abstenerse del uso unilateral de la fuerza⁶².

El sistema de las Naciones Unidas fue complementado con una variada mezcla de agencias especializadas, órganos funcionales y múltiples pactos de defensa basados en el respeto de la soberanía e integridad territorial. Conflictos económicos destructivos, por su parte, serían mitigados a través del sistema de Bretton Woods, el cual proveía la disposición que sería el Banco Mundial el encargado de supervisar el desarrollo y crecimiento internacional, y el Fondo Monetario Internacional tendría por obligación monitorear el balance de pago y los Acuerdos Generales de Tarifas y Comercio. Ambos organismos en conjunto dirigirían los principios internacionales del liberalismo y del capitalismo de mercado⁶³. Estas instituciones económicas globales fueron reforzadas por comunidades económicas regionales como la Comunidad Económica Europea, gobernada por su propio tratado constituyente.

Esta compleja red de Derecho positivo reconceptualizó el Derecho Internacional como un medio creativo para organizar las actividades y relaciones entre diversos actores transnacionales, una categoría que ahora incluía organizaciones inter-gubernamentales con capacidad de decisión independiente. Dentro de este intenso marco global normativo, se imaginaron normas legales que reflejarían preocupaciones sistémicas internacionales en

lugar de intereses particulares. La globalización y la regulación económica hicieron fuertes incursiones en la ahora establecida distinción entre el Derecho Público y Privado. Mientras tanto, la perspectiva de Integración regional europea de la legislación nacional e internacional, junto con el crecimiento post-Nuremberg de las publicaciones sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos, así como su potencial, planteó grandes desafíos teóricos a la distinción dualista entre lo municipal y lo internacional⁶⁴.

Uno de los más conocidos tratados legales de esta era, escrito por Grenville Clark y Louis Sohn, "Paz Mundial mediante el Derecho Mundial", llegó a proponer un modelo de aplicación de la ley penal para hacer cumplir las normas internacionales, con las grandes potencias de las Naciones Unidas que actúan conjuntamente como las policías del mundo⁶⁵. Sin embargo, casi de inmediato, la intensa bipolaridad de la Guerra Fría representa esta visión positivista como una aldea *potemkin*. En lo que respecta en particular a la utilización de la fuerza, el orden de la Guerra Fría pronto parecía un "sistema revolucionario", una "sacudida por las rivalidades de poder inexpiables y conflictos ideológicos en una organización internacional que [se] ve reducida a la impotencia"⁶⁶. "El sistema se mantuvo dualista, particularmente en los Estados Unidos, donde el Derecho Internacional y el nacional continuaron como sistemas separados"⁶⁷.

Durante estos años, el Derecho Internacional cayó en gran descrédito público. Particularmente en los Estados Unidos, la corriente realista llegó a dominar el pensamiento sobre la Cuestión del Cumplimiento. Mientras tanto, la corriente kantiana en particular cayó en el

⁶² Para las descripciones más ricas de este período sugiero leer: TOWNSEND, Hoopes y Douglas BRINKLEY. "FDR and the creation of the UN". New Haven: Yale University Press. 1997. También ver: URGHART, Brian. "A life in peace and war". Nueva York: Harper and Row. 1987.

⁶³ El General Agreement on Tariffs and Trades (GATT), por supuesto, fue solo un documento que se intentó aplicar hasta la creación de la Organización Internacional del Comercio.

⁶⁴ Los juicios de Tokio y Nuremberg no sólo galvanizaron el movimiento mundial por los Derechos Humanos, sino que también reformularon el concepto de soberanía una vez que las naciones negaron que el Derecho Internacional sólo es aplicable a Estados, es decir también se redefinieron los alcances del Derecho Internacional.

⁶⁵ Ver: GRENVILLE, Clark y Louis SOHN. "World Peace Through World Law". Segunda edición. Cambridge: Harvard University Press. 1960.

⁶⁶ HOFFMANN, Stanley. "International Organization and the International System". En: Janus and Minerva: Essays in the Theory and Practice of International Politics. Boulder: Westview Press. 1987.

⁶⁷ Ver: KOH, Harold. Op. cit. Aquí se describe el impacto de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*. 1964.

des crédito, descartada al ser percibida como una especie de gobierno mundial basado en pensamientos moralistas y utópicos, los cuales, al igual que la estrategia de apaciguamiento, jugó en las manos del bloque comunista. Uno de los principales críticos de este enfoque, George F. Kennan, memorablemente remarcó: “Estamos ante un inútil enfoque legalista, moralista a los problemas internacionales”, es decir, “la creencia ingenua de que debería ser posible suprimir las caóticas y peligrosas aspiraciones de los gobiernos en el ámbito internacional por la mera aceptación de algún sistema de reglas y restricciones legales”, lo cual sería un “enfoque que ha dominado nuestra política exterior durante los últimos cincuenta años”⁶⁸.

Especialmente en los Estados Unidos, el desdén realista de la Guerra Fría hacia la utopía del Derecho Internacional desató un continuo alejamiento esta esta rama del Derecho y las Relaciones Internacionales. A pesar de que ambas ramas de estudio cubren, en gran medida, el mismo terreno intelectual, empezaron a evolucionar independientemente, proponiéndose distintas metas y alcanzando distintas conclusiones acerca de la influencia del Derecho en las relaciones internacionales⁶⁹. A partir de entonces, ambas disciplinas empezaron a aceptar una silenciosa división, definida por los distintos objetivos que ambas buscaban alcanzar. Los estudiosos de las Relaciones Internacionales se bañaron en realismo, tratando al Derecho Internacional como una disciplina ingenua y fuera de discusión. Los abogados internacionalistas, en cambio, cambiaron su enfoque y buscaron metas bastante más humildes; discutir cuáles eran las normas del Derecho Internacional y cómo estas se aplicaban a casos particulares; ocasionalmente discutían cuál regla era la que se debía aplicar.

Durante esta época también, los filósofos del Derecho montan la más sostenida crítica

sobre la fuerza de obligatoriedad del Derecho Internacional. Hans Kelsen, a diferencia de John Austin, quien concebía el Derecho Internacional como un sistema no impuesto por mandato soberano, afirmó, en cambio, que el Derecho Internacional constituye una forma primitiva de Derecho, basado en la libre disposición⁷⁰. Herbert Hart, aceptando el desafío, argumentó que el Derecho Internacional carece de dos características que se consideran centrales en el concepto mismo de la ley: En primer lugar, “las normas secundarias de cambio y adjudicación que prevén la legislatura y los tribunales”, y en segundo lugar, “una regla unificadora que permita el reconocimiento, especificando ‘fuentes’ de la ley y el establecimiento de criterios generales para la identificación de sus reglas”⁷¹.

Hasta que los actores dentro de la comunidad internacional internalicen tanto las normas guías de reconocimiento cuanto las normas secundarias para ordenar el nuevo sistema, decía Hart, el Derecho Internacional sólo podrá consistir en un conjunto de normas primarias, en las cuales las naciones sólo verán un modelo moral, sin nada que las obligue a obedecerlo. En efecto, Hart define la noción misma de “obediencia” del Derecho Internacional, y la distingue del concepto de “cumplimiento”. Las normas internacionales, por tanto, son las que los países pueden cumplir o incumplir, pero no “obedecer”, en el sentido de la aceptación o la incorporación de esas normas a la legislación nacional interna, es decir hay obediencia, mas no necesariamente **legalidad**.

Sin embargo, incluso en esta época, el Derecho Internacional como auténtico productor de fuerza coercitiva tuvo sus defensores dentro del campo de las Relaciones Internacionales. Teóricos de la escuela kantiana americana de tendencia liberal internacionalista⁷² y la escuela británica **grociana** de la “Sociedad

⁶⁸ KENNAN, George. Op. cit. p. 95.

⁶⁹ Ver: BOYLE, Francis Anthony. “World Politics and International Law”. Durham: Duke University Press. 1985. pp. 3-76.

⁷⁰ Ver: KELSEN, Hans. “Principles of Public International Law”. Nueva York: Holt, Rinehart and Winston. 1952. pp. 417-418.

⁷¹ Ver: HART, Herbert. “The concept of law”. Segunda edición. Cambridge: Harvard University Press. 2004. Ver también: MACCORMICK, Neil. “The Legal Reasoning and the Legal Theory”. Oxford: Clarendon Press. 1978. p. 284.

⁷² Stanley Hoffmann había calificado al **internacionalismo liberal** como una de las dos grandes corrientes ideológicas mundiales tras la Segunda Guerra Mundial, la otra ideología que Hoffmann consideraba era el comunismo. Ver: HOFFMANN, Stanley. “The crisis of Liberal Internationalism”. En: Foreign Policy 98. 1995.

Internacional” continuaron argumentando a favor de la pertinencia del Derecho Internacional⁷³. Ambos, sin embargo, seguían emitiendo un análisis vago sobre cómo precisar por qué las naciones obedecen. Posteriormente, se publicaría el libro “Sistema Internacional y el Derecho Internacional”, en 1965, en el cual un destacado internacionalista liberal escribió que “la base de la obligación es la misma en cada ordenamiento jurídico: Una conciencia entre los sujetos que este orden es necesario si se quiere llegar a un fin común”⁷⁴.

Teóricos europeos, tal vez menos impulsados emocionalmente por una necesidad de apoyar la hegemonía estadounidense, nunca aceptaron plenamente un cisma entre el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales⁷⁵. Estudiosos ingleses como Martin Wight (1913-1972) y Hedley Bull (1932-1985) desarrollaron la idea de una conciencia común entre los Estados. Sobre la base de la cadena “solidaria” identificada por Brierly y Verdross, invocaron expresamente la noción de Grocio concerniente a desarrollar una “sociedad internacional”. Dentro de esta sociedad internacional⁷⁶, razonaron, las naciones cumplirían el Derecho Internacional por razones esencialmente comunitarias: No sólo a causa de los cálculos de costo-beneficio sobre transacciones particulares, sino también porque las reglas particulares se anidan dentro de un tejido mucho más amplio en un curso de relaciones comunitarias que terminan por incluir a los Estados.

Surgió un enfoque basado en Kant y Grocio para analizar las nociones estadounidenses emergentes dentro del proceso legal internacional. Esta corriente siguió dos caminos distintos: La llamada “Ciencia Política” o “Escuela de New Haven de Derecho Internacional”, pionera en Yale por Myres McDougal, Harold Lasswell, y sus asociados⁷⁷, y el **enfoque de la abogacía** fundado en Harvard, el cual se cristalizó en la “Escuela del Proceso Legal Internacional” de Abram Chayes, Thomas Ehrlich, y Andreas Lowenfeld⁷⁸. Ambas corrientes argumentaron que el cumplimiento de los actores transnacionales con el Derecho transnacional podría ser explicado por referencia al proceso por el cual estos actores interactúan en una variedad de foros públicos y privados. A través de este proceso interactivo, se sugiere que el Derecho ayuda a traducir las reivindicaciones de autoridad legal sobre el comportamiento meramente nacional.

Las dos escuelas de la teoría del proceso legal crecieron de raíces distintas. La escuela de New Haven surgió de la escuela americana de realismo legal, la cual se concentró en la interacción entre las reglas y los procesos sociales al momento de enunciar la ley⁷⁹. Dicha escuela buscó “desarrollar una crítica funcional al Derecho Internacional en términos de fines sociales [...] la cual debe concebir al sistema legal como un **proceso** y no una condición”⁸⁰. “Dentro del proceso de toma de decisiones”, escriben McDougal y Lasswell, “el centro de nuestro interés está en el proceso legal, con lo

⁷³ Ver: BULL, Hedley. Op. cit. p. 39.

⁷⁴ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. p. 149.

⁷⁵ Andrew Hurrell argumentó que “uno de los planteamientos más impactantes de la Europa previa a 1914 era como pocos teóricos aceptaran la dicotomía entre la sociedad doméstica y la anarquía internacional”. En: HURRELL, Andrew. “International Society and the study of Regimes: A reflective approach”. En: RITTBERGER, Volker. “Regime Theory and International Relations. Oxford: Clarendon Press. 1993.

⁷⁶ Ellos definieron la sociedad internacional como “un grupo de Estados, o mejor dicho, un grupo de diferentes comunidades políticas independientes, que no necesariamente han de conformar un sistema, en el sentido que el comportamiento de cada una de las naciones es un factor necesario para el cálculo que puedan realizar las otras respecto a lo acontecido por obra de un actor, sin embargo, el diálogo y el consenso serán las reglas de uso corriente en estas relaciones, reconociendo nuestro interés común por mantener nuestros acuerdos”.

⁷⁷ Como la mayoría de escuela la escuela de New Haven no incluía todos los abogados internacionalistas que residían en New Haven. Uno de los estudiantes de esa escuela manifestó: “La escuela de New Haven no describe los diferentes procesos y decisiones que se dan en la comunidad internacional por medio de la clásica dicotomía entre el Derecho nacional y el Derecho Internacional, sino que describe esta variable en términos de la interpretación e **inter penetración** de diversas fuentes de autoridad exterior en la brújula doméstica, es decir, establecer patrones comunes dentro y fuera de las fronteras.

⁷⁸ Ver: CHAYES, Abram, Thomas EHRlich y Andreas LOWENFIELD. “International Legal Process”. Nueva York: Little, Brown & Co. 1968.

⁷⁹ Ver: LASSWELL, Harold. “Jurisprudence for a free Society: Studies in Law Science and Policy”. New Haven: New Haven Press. 1992. pp. 249-267.

⁸⁰ Ver: ROSCOE, Pound. “Philosophical Theory and International Law”. Citado en: MCDUGAL, Myres. “International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception”. 1995. p. 137.

cual nos queremos referir al proceso de toma de decisiones autoritativas y de control”⁸¹. En su forma moderna de escuela de “orden público internacional”, los líderes de la escuela de New Haven, Myres McDougal y Michael Weisman, argumentaron que el Derecho Internacional es en sí mismo un “proceso constitutivo mundial de toma de decisiones autoritativas” y no un simple juego de reglas cuyo fin es la imposición mundial de los derechos que conlleva la dignidad humana, diseñado para servir a fines y valores particulares a través de un complejo sistema de control⁸².

Casi simultáneamente, Chayes, Ehrlich y Lowenfeld publicaron una compilación de casos estudiados, la cual se tituló “Proceso Legal Internacional”, que pretendía ilustrar el papel de la ley en el proceso de las decisiones políticas en el ámbito internacional. A diferencia de la escuela de New Haven, que se basó en la escuela nacional de Yale de la Ciencia Política, Chayes y sus colegas señalaron explícitamente a Henry Hart y sus famosos materiales nacionales inéditos, y a Albert Sacks en su obra “El Proceso Legal”. Los materiales de Chayes, deliberadamente, “cruzan a través de las categorías del Derecho Internacional, por lo que muchas veces son concebidos como ‘Derecho Internacional Público’, ‘organizaciones internacionales’ o ‘problemas legales de negocios internacionales’”⁸³. Preguntaban explícitamente “¿cómo y qué tanto debían la ley, los abogados y las instituciones legales operar para afectar el curso de los asuntos internacionales? ¿Cuál es el proceso mediante el cual se ajustan los intereses y se toman las decisiones en el escenario internacional?”⁸⁴.

La escuela de Hart y de Sacks había hecho la reclamación relativamente estrecha de que las técnicas legales y de doctrina no son una mera auto-definición, sino más bien se desarrollan a partir de la interacción

entre las instituciones y los procedimientos, ejercidos en casos particulares frente a foros tanto públicos cuanto privados. Aplicado al Derecho Internacional, Chayes y sus colegas argumentaron que este proceso interactivo opera de una forma bastante particular, ya que en gran medida se desarrolla sin especificar la asignación de recursos, la organización de la actividad e incluso cómo resolver y contener los conflictos. Los materiales de Chayes eran más descriptivos que prescriptivos, haciendo la modesta afirmación de que la Ley no suele ser determinante en los asuntos internacionales, pero que “la Ley es importante y el papel de los abogados es aún más importante”⁸⁵. Sin negar la importancia de las normas jurídicas sustantivas, el equipo Chayes sostuvo, caso tras caso, que el proceso legal asigna la competencia de toma de decisiones entre actores a cargo de esas decisiones, sean nacionales o internacionales, y en particular especifica regulaciones para determinados temas, refrena y reorganiza el comportamiento nacional particular, y se relaciona con la situación política, económica y cultural establecida en cada Estado. Como el propio Chayes más tarde lo puso, los teóricos internacionales del proceso legal creen que el Derecho Internacional y el doméstico afectan a la acción política mediante su operación conjunta “primero, como una limitación de la acción; en segundo lugar, como la base de la justificación o legitimación de la acción, y tercero, como fuente que proporciona estructuras organizativas, procedimientos y foros “en el que las decisiones políticas pueden ser alcanzadas”⁸⁶.

Aunque algunos estudiosos del Derecho Internacional se mantuvieron abiertos y exclusivamente afiliados a la escuela internacional del proceso legal, las dos caras del proceso legal pronto se convirtieron en la tradición dentro de la cual se define la mayor parte

⁸¹ MCDUGAL, Myres y Harold LASWELL. “The identification and Appraisal Diverse Systems of Public Order”. En: American Journal of International Law 53. 1959.

⁸² Como miembro prominente de esta escuela, Dame Rosalyn Higgins declaró: “El Derecho Internacional es un proceso, un sistema de toma de decisiones, no es meramente un sistema neutral para la aplicación de reglas”.

⁸³ CHAYES, Abram, Thomas EHRlich y Andreas LOWENFIELD. Op. cit. p. 81. Los temas incluidos en este acápite van desde adjudicación, Derecho doméstico, tratados bilaterales y multilaterales hasta comercio, regulación y demás acuerdos de orden económico.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibid.* p. 49.

⁸⁶ CHAYES, Abram. “The Cuban Missile Crisis: International Crisis and the Role of Law”. Nueva York: Oxford University Press. 1974.

de América después de la guerra, como la corriente en la cual la mayoría de especialistas en Derecho Internacional comenzaron a operar⁸⁷. La escuela de New Haven ha sostenido que el Derecho Internacional no es un conjunto de normas, sino un proceso de autoridad en la toma de decisiones⁸⁸. Myres McDougal y Michael Reisman han desarrollado el reclamo de la Ciencia Política en varias áreas del Derecho Internacional Público⁸⁹, junto con académicos de tan diversa orientación política como Richard Falk⁹⁰, John Norton Moore⁹¹, Rosalyn Higgins⁹², y Bums Weston⁹³, con quienes compartió la metodología del proceso de la escuela sin adoptar sus fines sociales o sus valores políticos. Mientras tanto, Abram y Antonia Chayes persiguieron siempre el aplicar el análisis jurídico internacional de procesos, sobre todo en áreas como el control de armas y el uso de la fuerza⁹⁴; Roger Fisher hizo lo mismo para las negociaciones internacionales⁹⁵, y Milton Katz, Kingman Brewster⁹⁶ y Andreas Lowenfeld⁹⁷ para las transacciones comerciales internacionales; Richard Lillich de los Derechos Humanos internacionales⁹⁸; Frederick Kirgis para organizaciones internacionales⁹⁹, y John Jackson¹⁰⁰ y Robert Hudec para Derecho Mercantil Internacional¹⁰¹.

Sin embargo, durante estos años, es sorprendente que pocos estudiosos intentaron plantear respuestas directas a la pregunta de por qué los países obedecen. Para la Escuela del Proceso Legal Internacional, el intento más completo apareció en el muy citado libro de Louis Henkin "Cómo se comportan las Naciones", publicado por primera vez en 1968¹⁰². Una lectura atenta de Henkin permite que uno se detenga en la discusión de la "política de observancia de la ley", donde muestra que su defensa del Derecho Internacional se basa en gran medida en precedentes utilitarios, locales y racionalistas¹⁰³. Parte, pues, del supuesto "de que las naciones actúan de forma deliberada y racional, después de ir reuniendo cuidadosamente y sopesar con precisión todos los hechos y factores pertinentes se tomará una decisión". Además, Henkin postula "que, salvo un acto irracional poco frecuente, las naciones no dejan de considerar las obligaciones internacionales, a menos que su violación garantice un importante saldo de ventaja sobre el costo"¹⁰⁴. Pudo identificar varios factores en las Relaciones Exteriores y en el ámbito doméstico, sin separarlos de aquellos factores que dependían del interés nacional

⁸⁷ Ver: KOH, Harold. Op. cit. p. 207.

⁸⁸ Ver: Simposio "McDougal's jurisprudence: utility, influence and controversy". En: American Society of International Law 79. 1985. pp. 283.

⁸⁹ Para una visión más completa de la vasta literatura, recomiendo consultar autores como McDougal y Lasswell, sobre todo en su publicación conjunta: "Human Rights and World Public Order". 1980.

⁹⁰ Ver: FALK, Richard. "The Status of Law in International Society". Princeton: Princeton University Press. 1970. pp. 642-659.

⁹¹ Ver: NORTON MOORE, John. "Prolegomenon to the Jurisprudence of Myres McDougal and Harold Lasswell". En: Virginia Law Review 54. 1968.

⁹² Ver: HIGGINS, Rosalyn. "Problems and Process". Oxford: Clarendon Press. 1994. pp. 89.

⁹³ Ver: BURNS, Weston; FALK, Richard y Anthony D'AMATO. "International Law and World Order". Segunda edición. Saint Paul: West Publishing. 1990.

⁹⁴ Ver: CHAYES, Abram. "The Cuban Missile Crisis: International Crisis and the Role of Law". p. 94. Aquí, el autor discute el uso del Derecho en la política exterior de los Estados Unidos. Para mayor información, ver: CHAYES, Abram. "An Inquiry in to the workings of Arms Control Agreements". En: Harvard Law Review 85. 1961.

⁹⁵ Ver: FISHER, Roger. "Bringing Law to Bear on Governments". En: Harvard Law Review 74. 1972.

⁹⁶ Ver: KATZ, Milton. "Law of International Transactions and Relations". Londres: Stevens & Sons. 1960.

⁹⁷ Ver: LOWENFELD, Andreas. "International Economic Law". Charlottesville: University of Virginia Press. 1975.

⁹⁸ Ver: LILLICH, Richard. "International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice". Boston: Little Brown. 1991.

⁹⁹ Ver: KROB, Frederic. "International Organizations in their Legal Setting". 1977.

¹⁰⁰ Ver: JACKSON, John. "The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations. 1989.

¹⁰¹ Ver: HUDEC, Nathan. "Enforcing International Trade Law". Pie de página número 2. 1968.

¹⁰² Ver: HENKIN, Louis. "Politics: Values and Functions". En: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye 216. 1989.

¹⁰³ *Ibid.* p. 49.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 47.

o en temas de reputación¹⁰⁵. Ni siquiera las “razones domésticas” distinguían claramente entre los factores derivados de la identidad nacional¹⁰⁶, que resultan de la incorporación al Derecho interno de normas internacionales¹⁰⁷ o que constituyen motivos burocráticos o psicológicos relacionados a la “aceptación interna”¹⁰⁸. Henkin reconoció que “con la aceptación [de las normas internacionales] viene la observancia, la costumbre y la inercia de la continua observancia”¹⁰⁹. Sin embargo, ninguna parte explora el grado en el cual la observancia del Derecho Internacional es en sí misma una actividad constructivista, que se alimenta en aras de modificar la legislación interna, reformar la burocracia nacional y cambiar la actitud de los actores, es decir, de los tomadores de decisiones nacionales.

La escuela de New Haven, en cambio, siguió un curso que era, a la vez, expresamente normativo y abiertamente científicista¹¹⁰. En el mismo año en que el análisis de Henkin apareció, su colega de Columbia, Oscar Schachter busca responder a la pregunta de por qué las naciones obedecen aplicando los aportes de Lasswell-McDougal como marco para la investigación en el proceso global de la autoridad la toma de decisiones¹¹¹. Schachter ofreció “una definición ‘procesal’ del formación de obligación”¹¹², argumentando que “cinco procesos constituyen las condiciones necesarias y suficientes para

el establecimiento de un marco jurídico obligatorio”¹¹³. Pero, al final, Schachter concluyó: “[T]odo el proceso que tiene por fin el degenerar obligaciones es intencional, si está dirigido a la satisfacción de intereses y demandas humanas, por lo tanto, penetrante y ‘orientado a un análisis valorativo’”¹¹⁴. Con el tiempo, New Haven se convirtió en el foco primordial de la escuela de orientación hacia el valor, llegando a preocupar incluso a los que simpatizaban con sus ambiciones metodológicas. Así, conectando el proceso y el contexto con una serie de valores normativos, los críticos decían que la escuela de New Haven sostenía la idea de que “un tratado o norma internacional podía no ser cumplido o cumplida si éste o ésta no concordaba con alguna finalidad fundamental de la comunidad internacional”¹¹⁵, un fin muchas veces equiparable a los intereses internos de los Estados Unidos. Algunos años después, el mismo Schachter llegó a lamentar que “subordinando la ley a la política, el enfoque de McDougal disuelve las restricciones impuestas por las reglas y abre el camino a las políticas subjetivas disfrazadas de Derecho”¹¹⁶.

Así, al final de esta era, la tradición del proceso había divergido en dos corrientes distintas: El enfoque de la escuela del Proceso Legal Internacional, que concibe el proceso como una herramienta para la restricción de la política de

¹⁰⁵ Entre otros factores de la política exterior, Henkin incluye el interés común de mantener las relaciones internacionales en un contexto amigable, es decir, que a través de sus comportamientos, la mayoría de las naciones tiende a mantener un ambiente de cordialidad y entendimiento a fin de cuidar su reputación y sus intereses.

¹⁰⁶ Henkin se basa en la separación de poderes y en la carta constituyente de cada Estado como ejemplos de lo que él ha denominado “factores políticos domésticos” los cuales interactúan con los factores internacionales a fin de crear un orden jurídico único.

¹⁰⁷ Ver: HENKIN, Louis. Op. cit. p. 67.

¹⁰⁸ *Ibíd.* pp. 58-63.

¹⁰⁹ *Ibíd.*dem.

¹¹⁰ La escuela de New Haven había argumentado que el Derecho Internacional, no es sino el resultado final de un proceso autoritario para la toma de decisiones, influido por el contexto social y que promueve el cumplimiento de intereses comunes y reconoce valores transnacionales y culturales como la dignidad humana.

¹¹¹ Ver: SCHATCHER, Oscar. “Towards a Theory of International Law”. En: *Virginia Journal of International Law* 8. 1968.

¹¹² *Ibíd.* p. 319.

¹¹³ *Ibíd.* p. 307. Los factores contemplados por Schachter fueron: (i) La designación de un comportamiento o de una serie de comportamientos requeridos; (ii) la comprobación de la capacidad y voluntad de los actores en el proceso; (iii) la determinación de cierta **audiencia** que pudiera emplear este caso como un precedente; (iv) transmisión de los comportamientos requeridos a la audiencia antes referida; (v) la aceptación por parte de la audiencia del caso particular como un precedente vinculante que podrá ser empleado en la defensa de su interés en un eventual proceso análogo.

¹¹⁴ *Ibíd.* p. 319.

¹¹⁵ Ver: Simposio “McDougal’s jurisprudence: Utility, influence and controversy”. p. 271. Aquí se remarca y profundiza la tesis de Schachter.

¹¹⁶ Ver: DUXBURY, Neil. “Patterns of American Jurisprudence”. Oxford: Clarendon Press. 1995. p. 197.

los Estados, frente al enfoque de la escuela de New Haven, que lo ve como una justificación de la política internacional. La escuela de New Haven vio el Derecho Internacional como un proceso en sí mismo, dedicado a la institución de una serie de valores normativos, mientras que la escuela del Proceso Legal Internacional vio dicha rama del Derecho como un conjunto de reglas promulgadas por una comunidad pluralista de los Estados, bajo cuyo contexto se cobija el proceso de toma de decisiones entre los Estados¹¹⁷.

Al final, ninguna escuela intentó, mucho menos ofreció o propuso, una convincente explicación de por qué los países obedecen. Hasta que los Chayes retomaron la pregunta varias décadas después, la escuela de Proceso Legal Internacional sólo sugirió, pero nunca explicó, por qué el participar en el proceso lleva a las naciones a obedecer. La Escuela de New Haven fusionó la ley con la política, y al hacerlo, concluyó con demasiada facilidad que lo que constituye la política correcta es, *per se*, legal. Por asumir que los países más poderosos no **pueden** desobedecer al Derecho Internacional, pues ellos lo crean, la escuela de New Haven “perdió de vista el rasgo distintivo del Derecho, en tanto método de control social, quitando a la ley su esencia normativa con el pretexto de hacer más rígida la disciplina”¹¹⁸.

E. Interdependencia y transnacionalismo

Entre las décadas de 1970 y 1980, el panorama legal había cambiado significativamente, dado que durante estos años se dio el vertiginoso crecimiento de los regímenes e instituciones internacionales¹¹⁹, de la mano con la proliferación de actores no estatales¹²⁰, así como una creciente interpenetración de productos nacionales en sistemas económicos internacionales. Todos estos factores inauguraron los que se conocería como la era de las “relaciones transnacionales”, definidas por

un erudito como “interacciones regulares más allá de las fronteras nacionales, en las cuales al menos uno de sus agentes es un agente no estatal o no funciona en nombre de un gobierno nacional o una organización intergubernamental”¹²¹. De esta forma, las empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales y personas privadas resurgieron como actores importantes en el escenario transnacional. En particular, durante la crisis del petróleo de la década de 1970 se puso de relieve la interdependencia entre la política y la economía en la nueva economía transnacional, y se creó la disciplina de la economía internacional¹²². Esta materia, en lugar de centrarse estrictamente en los Estados-nación como actores globales, se enfocó más bien en buscar las redes transnacionales entre los actores no estatales, instituciones internacionales y estructuras políticas nacionales como importantes fuerzas que median en la sociedad internacional, es decir hallar la estructura detrás de los actores sin centrarse exclusivamente en los mismos.

La pregunta ahora impuesta a los estudiosos de Relaciones Internacionales es ¿cómo, a pesar de la bipolaridad del régimen de la Guerra Fría, la cooperación interestatal había persistido? Tales expertos se hallaban en una posición en la cual no podían ignorar el notable crecimiento del acceso de la población a beneficios como la educación formal, así como también fueron testigos del avance de los regímenes informales, públicos y no públicos que promovieron la evolución de las normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones y cómo los Derechos Humanos, el control de armas, el Derecho Económico Internacional, y el Derecho Ambiental Internacional habían creado un nuevo paradigma, más diverso y menos centralizado. En respuesta a todas estas nuevas variables a considerar, los institucionalistas liberales y los economistas

¹¹⁷ Ver: Simposio “McDougal’s jurisprudence: utility, influence and controversy”. p. 267.

¹¹⁸ HOFFMAN, Stanley. “The study of International Law and the Theory of International Relations”. En: American Society of International Law 57. 1963. pp. 26-27.

¹¹⁹ JACOBSON, Harold. “Networks of Interdependence”. Nueva York: Alfred A. Knopf. 1979.

¹²⁰ Ver: MANSBACH, Richard. “The Web of World Politics, Non-State Actors and the Transformation of International Relations”. 1976. Del mismo autor: “Pressure Groups in the Global System: The Transnational Relations of issue oriented Non-Governmental Organizations”. Nueva York: St. Martin’s Press. 1982.

¹²¹ RISSE-KAPPEN, Thomas. “Bringing Transnational Relations Back In”. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

¹²² KEOHANE, Robert y Joseph NYE. “Power and Interdependence”. Boston: Little Brown. 1997. pp. 12-15.

político- internacionales desarrollaron, finalmente, la denominada **teoría de régimen**, la cual era un estudio detallado de principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones, que confluyen en determinadas áreas temáticas¹²³. “Al hacer esto, ellos cambiaron el enfoque de la investigación del funcionamiento de las organizaciones internacionales *per se* por un fenómeno más amplio, la **cooperación internacional**, las relaciones **interinstitucionales**, como se ejemplifica en los regímenes internacionales de mantenimiento de la paz internacional¹²⁴ o de gestión de la deuda externa”.

De un solo golpe, este análisis ha creado un nuevo marco teórico para el Derecho Internacional dentro de la teoría las Relaciones Internacionales y la Ciencia Política, siendo este último campo el que ha llegado a reconocer que las normas jurídicas, de hecho, fomentan el cumplimiento del régimen de normas, proporcionando canales para la solución de controversias, la demarcación e incluso para la activación de acciones de represalia, sin mencionar que los Estados requieren que se les proporcione información sobre las implicancias del cumplimiento. El principal trabajo teórico sobre el cumplimiento en esta época fue hecho por los politólogos Robert Keohane¹²⁵, Robert Axelrod¹²⁶ y Oran Young¹²⁷. Pero, como los seguidores de Chayes irónicamente suelen relatar acerca de las diferencias que existen entre el trabajo elaborado por un abogado y el realizado por un politólogo, lo que más choca a un abogado internacionalista al leer esta clase de literatura –un estudio de Ciencia Política– es la persistente renuencia, y hasta rechazo, de los científicos políticos de mencionar “la palabra con L (Ley)”¹²⁸. Por otra parte, los teóricos del

régimen decidieron explicar la cooperación casi en su totalidad en términos racionalistas: Ellos entendieron que el cumplimiento del Derecho Internacional resulta casi en su totalidad en los beneficios funcionales que proporciona dicho cumplimiento, es decir que tanto el cumplimiento puede afectar o servir a sus intereses particulares¹²⁹.

Los racionalistas por su parte, dominaron por completo la teoría de las Relaciones Internacionales durante los ochentas con su análisis funcionalista de por qué los países obedecen el Derecho Internacional. En Estados Unidos, el estudio de los procesos legales continuó dominando el estudio del Derecho Internacional¹³⁰. Siguiendo el ejemplo de Chayes, Ehrlich y Lowenfeld, los estudiosos del Derecho comenzaron a evitar, como restringiendo intencionalmente, la tradicional dicotomía en las categorías público/privadas y nacionales/internacionales en favor de lo que Philip Jessup había llamado “Derecho transnacional”, el cual había sido definido para abarcar “toda ley que regula las acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales” y que incluye “tanto el Derecho Internacional Público como el Privado, más otras reglas que no terminarían por caber en su totalidad en estas categorías estándar”¹³¹.

Al revisar el libro de casos de Harvard, originalmente desarrollado por Milton Katz y Kingman Brewster, Henry Steiner y Detlev Vagts optaron por centrarse en los “problemas legales transnacionales”. Dicha categoría es expresamente mixta, mezclando Derecho nacional e Internacional, y Público y Privado, a través de áreas temáticas que van desde los Derechos Humanos, el Comercio y el Medio

¹²³ KRASNER, Stephen. “International Regimes”. Ithaca: Cornell University Press. 1983.

¹²⁴ KEOHANE, Robert. “Two Cheers for Multilateralism”. En: Foreign Policy. 148. 1985. pp. 165.

¹²⁵ KEOHANE, Robert. “Cooperation and Discord in the World of Political Economy”. Princeton: Princeton University Press. 1984.

¹²⁶ Ver: AXELROD, Robert. “The evolution of cooperation”. Nueva York: Basic Books. 1986. Ver también: TAYLOR, Michael. “Anarchy and Cooperation”. Londres: Wiley. 1976; Del mismo autor: “The possibility of Cooperation”. Cambridge: Cambridge University Press. 1987.

¹²⁷ YOUNG, Oran. “Compliance and Public Authority: A Theory with International Applications”. Ithaca: Cornell University Press. 1979.

¹²⁸ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 303.

¹²⁹ Ver: KEOHANE, Robert. “International Institutions: Two Approaches”. En: KEOHANE, Robert. “International Institutions and State Power”. Boulder: Westview Press. 1992. pp. 125-158.

¹³⁰ En los años de la posguerra, las Relaciones Internacionales se volvieron “La ciencia social predominante en Norteamérica”. Y esto se expresa explícitamente en la siguiente publicación: HOFFMANN, Stanley. “An American Social Science: International Relations”. En: Daedalus 106. 1977.

¹³¹ JESSUP, Philip. “Transnational Law”. New Haven: Yale University Press. 1956.

Ambiente, hasta abarcar inclusive los negocios internacionales y la política exterior de EE.UU.¹³². Todos los temas de transacciones legales, dijeron ellos, “ocupan distintas posiciones a lo largo de un espectro cuyos extremos son lo ‘nacional’ y lo ‘internacional’, lo ‘privado’ y lo ‘público’” y que puede ser revisado usando términos procesales genéricos¹³³.

El libro de casos de Steiner y Vagts no es una pieza teórica que pueda ignorarse a la ligera, ya que inauguró lo que ahora se denomina como el estudio explícito del **proceso legal transnacional**: La teoría y la práctica de la forma en la que actúan los actores públicos y privados, incluyendo los Estados-Nación, las organizaciones internacionales, las empresas multinacionales, empresas, organizaciones no gubernamentales y particulares, todos terminan por establecer relaciones en una serie indeterminada de foros públicos y privados, nacionales e internacionales para luego, interpretar, asimilar y aplicar las normas del Derecho Transnacional¹³⁴. Lo que distingue al **proceso legal transnacional** de su antepasado, el **proceso legal internacional** es su concentración en el carácter transnacional, normativo y constitutivo del proceso legal global.

Al centrarse en las transacciones transnacionales, la aproximación fue expresamente **no tradicional**, yendo más allá de la histórica dicotomía entre lo privado/público, y lo nacional/internacional ya que los actores a estudiar no se agotan, ni siquiera, en los Estados-Nación. Al centrarse en la contraposición del proceso legal con aquellos estudios de corte más político o social, el enfoque examinó el carácter distintivo de

la ley como un medio de ejercer autoridad y control social entre elementos dispares. Este acercamiento enfatizó la normatividad de la ley: Cómo las normas legales generadas por la interacción que se acontece entre los actores transnacionales moldean y guían las futuras transacciones. Al enfocarse menos en áreas relacionadas con temas particularmente substantivos y concentrarse en aquellas relacionadas a temas trans-substantivos, dicho enfoque remarcó el hecho de que la ley internacional es, al mismo tiempo, dinámica y constitutiva, en el sentido de que opera para reconstituir los intereses nacionales, sirve a estos y, a su vez, crea un precedente sobre el cual apoyar los mismos¹³⁵.

Muchos de los escritos en revistas de Derecho Internacional entre los años 1970 y 1980 abrazaron estudios particulares, es decir, centrados en la evaluación de incidentes por separado en base a una teoría general. De esta forma, fueron examinados casos, demandas, y episodios institucionales que pusieron de manifiesto la riqueza del proceso legal transnacional¹³⁶. Sin embargo, la única monografía que abordó la cuestión de cumplimiento a cabalidad, es decir, en términos de un proceso legal transnacional, fue la que elaboró Roger Fisher¹³⁷. Rechazando tanto las distinciones entre lo público/privado como lo doméstico/internacional, Fisher adoptó un enfoque netamente transnacional¹³⁸. Su argumento ha sido reconocido por la importancia que tuvo al promover el cumplimiento de la interacción institucional regular¹³⁹, la interpretación de las normas¹⁴⁰ y la interiorización de tales normas a las escalas locales de diversas naciones receptoras¹⁴¹.

¹³² Ver: STEINER Henry; KOH, Harold y Detley VAGTS. “Transnational legal problems”. Cuarta Edición. Nueva York: West Group. 1994.

¹³³ *Ibid.* p. 141.

¹³⁴ Ver: KOH, Harold. *Op. cit.* En: 183-184.

¹³⁵ KLOTZ, Audie. “Norms Reconstituting Interests: Global Racial Equality and U.S Sanctions Against South Africa”. En: *International Organization* 49. 1995.

¹³⁶ REISMAN, Michael y Andrew WILLARD. “International Incidents”. Princeton: Princeton University Press. 1988.

¹³⁷ FISHER, Roger. “Improving Compliance with International Law”. Charlottesville: University of Virginia Press. 1981.

¹³⁸ *Ibid.* p. 17.

¹³⁹ Fisher distinguió entre lo que él denominó “cumplimiento de primer orden”, el cual era el cumplimiento en base a una clara interiorización de las normas y “cumplimiento de segundo orden”, donde hay aun aparente incumplimiento pero el actor rápidamente desiste de su incumplimiento.

¹⁴⁰ Es importante tener en cuenta las siguientes instituciones domésticas como las cortes, ya que éstas están perfectamente en capacidad de denunciar violaciones contra las leyes del Derecho Internacional.

¹⁴¹ Como Fisher escribió: “Uno de las mejores maneras para incrementar el respeto inicial que una nación tiene ante el Derecho Internacional es tener leyes substantivas a escala local que puedan interrelacionarse con las normas internacionales que se pretende introducir”.

Ahora bien, si el libro de Fisher marcó la respuesta que la **escuela del proceso** daba a los racionalistas, Thomas Franck, desde la Filosofía del Derecho, responde que es el poder de las naciones lo que justifica la legitimidad y da sentido al proceso. Durante estos mismos años, se produjo también el resurgimiento del kantismo en toda su amplitud, manifestándose en la jurisprudencia angloamericana, y con ella, un renacimiento de la tradición filosófica kantiana, tanto en las Relaciones Internacionales¹⁴² cuanto en el Derecho Internacional¹⁴³. De esta forma, aplicando esta filosofía en las Relaciones Internacionales, se recurre a lo que Kant llamó **el compromiso a un triple conjunto de derechos**: En primer lugar figura “la libertad de la autoridad arbitraria, a menudo llamada la ‘libertad negativa’”; en segundo lugar, “los derechos necesarios para proteger y promover la capacidad y las oportunidades, las ‘libertades positivas’ y, como tercer factor, “el liberalismo democrático como sistema circundante y garante de los acuerdos sostenidos”¹⁴⁴.

Respecto a la aplicación de estos valores como fuente de legitimidad del Derecho Internacional, Franck planteó la siguiente pregunta: “¿Por qué lo hacen?, ¿Por qué potentes y poderosas naciones obedecen reglas impotentes?”¹⁴⁵. Explícitamente adaptando la teoría y la terminología de Ronald Dworkin, John Rawls y Jürgen Habermas, Franck respondió: “[L]a obediencia se reside pues en que, como Estados, perciben que ante la desobediencia se establecería un precedente legítimo de descrédito institucional, lo cual podría afectar al Estado desobediente o a sus intereses en el futuro”¹⁴⁶. Tomemos, pues, en cuenta que en este texto se definió la legitimidad como “la característica que posee una norma o institución para ejercer

una atracción hacia cumplimiento, dado que el Estado, en cuanto es institución, reconoce sus principios en esta legitimidad y concibe estos principios comúnmente aceptados como propios y elementales del proceso correcto”¹⁴⁷. Afirmando que “la legitimidad ejerce una atracción para el cumplimiento que es fortalecida por la calidad de la regla” y partiendo de esta máxima, Franck propuso cuatro indicadores de la legitimidad de una norma: Primero, su claridad o “determinación”; segundo, su validación simbólica por medio de formalidades; tercero, su coherencia conceptual y, finalmente, su adhesión al “proceso justo” o su conformidad con la “jerarquía normativa organizada” del sistema de reglas internacionales¹⁴⁸.

Como era de esperar, el análisis de Franck atrajo críticas por parte de cada una de las otras escuelas, las cuales enfocaron la mayoría de sus ataques en la Cuestión del Cumplimiento. Funcionalistas, como Robert Keohane, argumentaron que el esfuerzo de Franck por vincular la “legitimidad” y la conformidad era esencialmente circular, esto es, que redundaba y no era concluyente, además de considerarlo carente de un nexo de cuestión causal importante¹⁴⁹. Otros kantianos auto-proclamados criticaron a Franck por exaltar la legitimidad sobre la justicia y construir, así, un principio “que sacrifica la moralidad y la primacía del respeto a la autonomía individual en favor de la regularidad del procedimiento”¹⁵⁰.

Sin embargo, la crítica más encarnizada vino de la “nueva corriente” de críticos del estudio del Derecho Internacional, los cuales rechazaron la afirmación de Franck sobre “cumplimiento por legitimidad”, a la cual calificaron como “otra versión del positivismo liberal neo-kantiano”¹⁵¹. Muy pocos de estos académicos trataron de

¹⁴² Ver: DOYLE, Michael. Op. cit.

¹⁴³ Ver: TESÓN, Fernando. Op. cit.

¹⁴⁴ Ver: DOYLE, Michael. Op. cit. pp. 206-207. Ver también: BEITZ, Charles. “Political Theory and International Relations”. Princeton: Princeton University Press. 1979.

¹⁴⁵ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. p. 3.

¹⁴⁶ *Ibíd.* p. 24.

¹⁴⁷ *Ibíd.* p. 25.

¹⁴⁸ *Ibíd.* pp. 41-207. Franck establece una relación análoga entre la legitimidad de las normas internacionales con las convenciones sociales e incluso con el reglamento un club social.

¹⁴⁹ KEOHANE, Robert. “International Relations and International Law: Two Optics”. Discurso en la Escuela de Derecho de Yale. 1978.

¹⁵⁰ TESÓN, Fernando. Op. cit. p. 95.

¹⁵¹ KOSKENNIEMIMI, Martti. “Social Theory and the Vanishing of International Law”. American Journal of International Law 86. 1992. pp. 175-177.

abordar por su cuenta la pregunta respecto a la conformidad que Franck enmarcó, en parte porque veían al Derecho Internacional como algo indeterminado y, por ello, encontraron incoherente la noción de un actuar estatal “afín” a dictámenes y pautas internacionales¹⁵². De este modo, defendiendo el principio de que “El Derecho Internacional no tiene poder”, los académicos izquierdistas se aliaron, de algún modo, con los políticos realistas de derecha¹⁵³ dado que compartían elementos comunes ambos consideraban al poder bruto como la base y requisito indispensable para motivar y consumir el cumplimiento.

F. Después de la Guerra Fría: El nuevo orden mundial

El fin de la Guerra Fría y el colapso subsiguiente de un mundo basado en la bipolaridad inauguró una nueva era. La era de **la Ley global** en la cual vivimos ahora. En los vertiginosos días que le siguieron a la caída del Muro de Berlín, el futuro parecía inusualmente brillante para el “Nuevo Orden Mundial” que abanderaba Occidente con los Estados Unidos de América. El escenario era propicio; la democracia estallaba por todas partes¹⁵⁴. El multilateralismo y las normas internacionales parecían resurgir con la derrota de Saddam Hussein en la Operación Tormenta en el Desierto¹⁵⁵. La Unión Soviética hizo un notable cambio de actitud, primero acogiendo el Derecho Internacional¹⁵⁶ y luego, al desintegrarse, dejando a los Estados Unidos como la única “nación indispensable del mundo”¹⁵⁷. El Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, NAFTA) y el Tratado de Maastricht terminaron por marcar toda una nueva vitalidad para la organización regional y la liberalización del comercio. Pero la euforia se desvaneció de golpe, así como las

posibilidades de la nueva ley global¹⁵⁸. Cuando el comunismo se derrumbó, los Estados no adoptaron una **monovisión** occidental como se previó, sino que se fragmentaron incluso en su plano doméstico; el fin del mundo bipolar expuso a las naciones que se encontraban bajo su esfera a que perdieran la identidad común que las acogía, lo cual provocó violentas oleadas de nacionalismo étnico. El caso más conocido es lo que fue una guerra brutal de campañas genocidas en la antigua Yugoslavia. Las organizaciones regionales como el NAFTA y la Unión Europea, así como regímenes mundiales de comercio y medio ambiente, se enfrentan ahora a los inclementes retos que trajo consigo esta nueva transición global: El intervenir en conflictos internos cuando estos afectan los Derechos Humanos o la misma estabilidad de la región; la siempre presente discusión sobre la disolución y ocupación de los Estados fallidos como Somalia, Ruanda y Haití por sus profundas crisis, sin mencionar que tales tragedias entre otros efectos sociales, provocaron un notable flujo de refugiados que empezaron a desafiar la compasión global y a los políticos de turno¹⁵⁹.

La era posterior a la Guerra Fría ha sido testigo de cómo el Derecho Internacional, los actores transnacionales, las decisiones y compromisos asumidos en los foros, y los modos de regulación fueron mutando en formas híbridas fascinantes. El Derecho Internacional comprende ahora una mezcla compleja de costumbre, ley positiva, ley declarativa¹⁶⁰ y de Derecho blando¹⁶¹; tales factores no tratan simplemente de ratificar el sistema vigente, sino de legitimarlo. La soberanía como prisma absoluto de las Relaciones Internacionales ha perdido su predominancia, por lo cual, en materia de Derecho Internacional no estamos ante un paradigma único, sino más bien ante una especie

¹⁵² PURVIS, Nigel. “Critical Legal Studies in Public International Law”. Harvard Law Review 32. 1991. pp. 81-110.

¹⁵³ Comparar KENNAN, George. Op. cit. con PURVIS, Nigel. Op. cit. p. 110.

¹⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. “The Future of Liberal Revolution”. New Haven: Yale University Press. 1992.

¹⁵⁵ Ver: “Transcript of News Session by President Bush”. New York Times. 23 de Agosto de 1990. Página A 16.

¹⁵⁶ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. p. 169.

¹⁵⁷ “The Inauguration: Transcript of President Clinton’s Second Inaugural Address to the Nation”. New York Times. 21 de Enero de 1997. Página A 14.

¹⁵⁸ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. Loc. cit.

¹⁵⁹ LOESCHER, Gil. “Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis”. Oxford: Oxford University Press. 1993.

¹⁶⁰ CHODOSH, Hiram. “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”. En: Texas International Law Journal 26. 1991. p. 87.

¹⁶¹ PROSPER, Weil. “Towards Relative Normativity in International Law”. En: American Journal of International Law 77. 1983. pp. 413-414.

de **cubo Rubik** con una variedad abrumadora de secuencias, caras y combinaciones. En tal sentido, los Estados-Nación, las organizaciones inter-gubernamentales regionales, las organizaciones no gubernamentales, y los regímenes y las redes informales no son jugadores independientes, sino por el contrario, son organismos dependientes entre sí para impulsar la nueva dinámica internacional¹⁶².

El sistema internacional se ha ido convirtiendo en uno de tipo **neomonístico**, esto es, con nuevos canales abriéndose a la interpretación del Derecho nacional e internacional a través de decisiones judiciales, ejecutivas y legislativas, siendo el Derecho Internacional un producto de distintas fuentes que no deja de ser un *corpus* único que cobija a la variedad de actores antes descrita¹⁶³. Por ello, nuevas formas de resolución de conflictos¹⁶⁴, de acción ejecutiva, toma de decisiones administrativas y de gobierno, así como la legislación, se han convertido en parte de un proceso legal transnacional que influye en la conducta nacional, transforma los intereses nacionales, y ayuda a constituir e incluso reconstruir identidades nacionales¹⁶⁵, dando a entender que el Derecho Internacional no es sólo una vía para la consecución de intereses particulares, sino donde manifestar y hasta formar una identidad nacional.

En los últimos cinco años, estos avances han devuelto, una vez más, la pregunta sobre el cumplimiento al centro del escenario de la polémica académica, lo cual se hace manifiesto en las revistas de la teoría internacional. Es así

como un significativo número de estudiosos de Relaciones Internacionales han abordado partes del problema, particularmente en las áreas de control ambiental y tráfico de armas, los cuales se encuentran en vertiginoso auge¹⁶⁶. Por su parte, especialistas en Ética Internacional han seguido examinando la cuestión, por lo general, desde una perspectiva tan Kantiana como Rawlsiana¹⁶⁷. Además, un número pequeño, pero creciente, de especialistas en Derecho Internacional han comenzado a explorar los problemas en torno a la Cuestión del Cumplimiento desde una perspectiva interdisciplinaria¹⁶⁸. Entre los estudiosos del Derecho y de las Relaciones Internacionales interesados en las normas, se ha venido dando un valioso y revelador diálogo interdisciplinario que, además de complementar ambos enfoques, parece compenetrarlos, al punto que algunos estudiosos incluso sugieren que se considere a estos avances como una emergente *joint discipline* para examinar la cuestión de cumplimiento y las cuestiones conexas¹⁶⁹.

Tras estos incidentes, la literatura referida al cumplimiento ha seguido tres vías explicativas distintas; cada una tiene sus orígenes en una de las raíces históricas de la Teoría de Cumplimiento¹⁷⁰. La primera, como es lógico, es una teoría instrumental-racionalista, que ve las normas internacionales como instrumentos mediante los cuales los Estados tratan de conseguir y garantizar sus propios intereses, tales como la estabilidad, riqueza, poder, etcétera¹⁷¹. Estudiosos de las relaciones internacionales, como Robert

¹⁶² WEISS, Thomas y Leon GORDENKER. "NGO's, the UN and Global Governance". Boulder: Lynn Rienner. 1996. Ver también: CHARNOVITZ, Steve. "Participation of non-governmental organizations in the World Trade Organization". En: University of Pennsylvania Journal of International Business 17. 1996. p. 331.

¹⁶³ Ver: STEINER Henry, Harold KOH y Detley VAGTS. Op. cit. pp. 514-994.

¹⁶⁴ Ver: KOH, Harold. "Transnational Public Law Legislation".

¹⁶⁵ Ver: KOH, Harold. "Refugees, the Courts and the New World Order". En: Utah Law Review 3. 1994. pp. 1014-1018.

¹⁶⁶ Ver: DUFFIELD, John. "International regimes and alliance behavior: explaining NATO conventional force levels". En: Oregon International Law Review 46. 1992. pp. 819-835.

¹⁶⁷ BROWN, Chris. "International Relations Theory, New Normative Approaches". Londres: Harvester Wheatsheaf. 1992.

¹⁶⁸ En adición a lo señalado, en el libro de Chayes y en la extensa obra de Thomas Franck, otros académicos han incluido cuestiones a esta tesis en el mismo sentido de los renombrados maestros, por tanto sugiero la obra de los siguientes autores: Jose Alvarez, Richard Bilder, Michael Byers, Mark Janis, David Kennedy, Benedict Kingsbury y Edwin Smith.

¹⁶⁹ KENNETH, William. "Elements of a Joint Discipline International Law and International Relations Theory: Building Bridges". En: American Society of International Law 86. pp. 167-168. 1992.

¹⁷⁰ *Ibid.* pp. 47-61.

¹⁷¹ KEOHANE, Robert. "International Relations and International Law: Two Optics".

Keohane, Duncan Snidal¹⁷² y Oran Young, y los estudiosos del Derecho, tales como Kenneth Abbott¹⁷³ y John Setear¹⁷⁴, han aplicado cada vez técnicas más sofisticadas de la teoría de la elección racional para argumentar que los Estados-Nación obedecen el Derecho Internacional cuando sirve a beneficiarlos en sus intereses, sean de corto o largo plazo. En esta concepción racionalista, con sus concepciones ya siendo proyectadas a un nivel de sistema de comunidad internacional, lleva al siguiente razonamiento: Las naciones emplean estrategias de cooperación para perseguir un complejo y multifacético interés nacional a largo plazo, y el cumplimiento de las normas legales y su negociación son sólo meras partes de una estrategia, que recién empieza a dar frutos al largo plazo. Aunque los racionalistas empedernidos generalmente tienden a adoptar alguna variante de “la fórmula cínica” de Henkin¹⁷⁵, los más sofisticados instrumentistas, antes de reducir todo a una máxima o fórmula, están dispuestos a desglosar el Estado en sus distintos componentes, introduciendo a las instituciones internacionales y a los actores transnacionales para, de ese modo, incorporar nociones de interés a largo plazo y examinar de esta forma la cuestión dentro de un contexto de un gran juego de varias partes¹⁷⁶.

Una segunda vía explicativa sigue un enfoque kantiano liberal. El enfoque kantiano se divide en dos líneas identificables: Una basada en la noción de Franck de “reglas- legitimidad”¹⁷⁷ y otro que hace afirmaciones más amplias sobre el papel causal que juega la identidad nacional. Los teóricos de las Relaciones Internacionales inclinados a la doctrina **liberal**, como Andrew Moravcsik y Anne-Marie Slaughter, han argumentado que el factor determinante referido a si las naciones obedecen se puede encontrar

no a nivel sistemático, sino que este reside en la estructura interna. Bajo este punto de vista, el cumplimiento depende en gran medida de si el Estado puede ser caracterizado como **liberal** en su identidad, es decir, que cumple con determinados requisitos que lo harían acreedor de esta categoría como tener una forma de gobierno representativo, garantías de los derechos civiles y políticos, y un sistema judicial dedicado al Estado de Derecho. Moviendo de un tirón la ahora familiar máxima kantiana de que “las democracias no deben luchar entre sí”, estos teóricos postulan que las democracias liberales tienen más probabilidades de **crear Derecho** entre ellas, mientras que las relaciones entre Estados liberales y no liberales tenga lugar, más probablemente, en el ámbito de la política¹⁷⁸.

La tercera línea es una propuesta **constructivista**, basada ampliamente en los conceptos de formación de la identidad y de la sociedad internacional. A diferencia de los teóricos instrumentales del interés, los cuales tienden a tratar a los intereses del Estado como un hecho, los “constructivistas” han argumentado desde hace tiempo que los Estados y sus intereses están contruidos socialmente sobre “principios filosóficos generalizados, los cuales forman arquetipos de identidades, normas de comportamiento, e incluso términos comunes de discurso”¹⁷⁹. Antes que decir que los actores internacionales y sus intereses son los que crean las reglas, los constructivistas sostienen que “existen reglas y normas que determinan cómo se llevará a cabo el juego internacional, quiénes serán los actores, qué reglas deben seguir si uno quiere asegurarse determinadas consecuencias de determinados actos, y cómo los títulos posesorios pueden establecerse y transferirse”¹⁸⁰. Así, los constructivistas

¹⁷² SNIDAL, Duncan. “Coordination Versus Prisoner’s Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes”. En: *American Political Science Review* 79. 1985.

¹⁷³ Ver: ABBOTT, Keneth. “The Trading Nation’s Dilemma: the Functions of the Law of International Trade”. En: *Harvard International Law Journal* 26. 1985.

¹⁷⁴ BYERS, Michael. “Response, Taking the Law out of International Law: A Critique of the Iterative Perspective”. En: *Harvard International Law Journal* 38. 1997.

¹⁷⁵ GRIECO, Joseph. “Cooperation Among Nations: Europe, America, and Non-tariff Barriers to Trade”. Nueva York: Cornell University Press. 1990.

¹⁷⁶ KEOHANE, Robert. “International Relations and International Law: Two Optics”.

¹⁷⁷ *Ibid.* pp. 142-148

¹⁷⁸ BURLEY, Anne-Marie. “Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine”. En: *Columbia Law Review* 92. pp. 1920-1921. 1992.

¹⁷⁹ FINNEMORE, Martha. “National interests in international society”. Ithaca: Cornell University Press. 1996. p. 15.

¹⁸⁰ WOODS, Ngaire. “The uses of theory in the study relations”. En: WOODS, Ngaire. “Explaining international relations since 1945”. Oxford: Oxford University Press. 1996.

ven cómo las normas desempeñan un papel fundamental en la formación de identidades nacionales.

La escuela constructivista, predominantemente americana, tiene estrechos lazos familiares con la escuela inglesa de la “sociedad internacional”, herencia de Hugo Grocio¹⁸¹. Al igual que los constructivistas (y a diferencia de los instrumentistas más sofisticados), los estudiosos contemporáneos de la comunidad internacional ven a las normas, los valores y la estructura social de la comunidad internacional como elementos indivisibles que vienen ayudando en conjunto a la formación de la identidad de los agentes que operan en ella. Las naciones, portanto, obedecen las reglas internacionales no sólo por cálculos sofisticados acerca de cómo el cumplimiento o incumplimiento de tales normas afectará a sus intereses, sino porque un comportamiento reiterado y compartido de tales normas les otorga un espacio para legitimar sus propuestas e intereses, de tal forma que la alternativa del incumplimiento es descartada o, cuando menos, considerada arriesgada. En palabras de Andrew Hurrell, “gran parte del grado de cumplimiento del que gozan las normas internacionales se deben a la relación entre el individuo –siendo entendido el término **individuo** como nación particular– y el patrón de acción y procedimiento más amplio en la comunidad internacional, de tal forma que los Estados, en general, mantienen fidelidad a las normas internacionales, aun así si éstas podrían estar en contra de un apetito o de un interés coyuntural, dado que su preservación protege intereses aún más elevados, los intereses a largo plazo del Estado por ser considerado un actor legítimo en la comunidad internacional”.

Cada uno de estos hilos explicativos tiene un poder persuasivo importante, al punto que cada uno bien podría ser complemento de su contraparte. Sin embargo, mi punto de vista se detalla en la Parte III –la cual se presentará a continuación. Mi opinión es la siguiente: Ninguno de estos enfoques proporciona una teoría suficientemente **gruesa** o **robusta** sobre el papel del Derecho Internacional en

la promoción del cumplimiento con normas compartidas globalmente. Solo son una respuesta corta a la pregunta, “¿por qué las naciones obedecen al Derecho Internacional? ¿El Derecho es acaso simplemente “interés”, “identidad”, “formación de la identidad”, y/o ser parte de la “sociedad internacional”? Una respuesta completa debe también tomar en cuenta la importancia de los elementos de la interacción en el proceso legal transnacional, la interpretación de las normas internacionales, y finalmente, la internalización de las normas nacionales como determinantes de por qué los países obedecen. Lo que falta, en resumen, es una propuesta que vendría a ser una cuarta corriente histórica en base al proceso legal transnacional para justificar la Cuestión del Cumplimiento.

Sin embargo, esta afirmación, que se enriquecerá a continuación, plantea dos cuestiones importantes. En primer lugar, ¿cuál es el conocimiento actual sobre el proceso por el cual las naciones y otros actores transnacionales, promueven el cumplimiento, y en última instancia, la obediencia? En segundo lugar, ¿qué es lo que determina la legitimidad de las normas globales que se internalizan a través de este proceso? Tanto el enfoque gerencial de los seguidores de Chayes cuanto el enfoque de la valoración intrínseca de la justicia de Franck nos ayudan a aproximarnos a la respuesta.

II. EL ENFOQUE GERENCIAL Y EL ENFOQUE DE EQUIDAD

Tanto Chayes cuanto Franck buscan librarse del anteriormente preponderante paradigma realista en un esfuerzo por explicar qué papel juega el Derecho Internacional en el mundo posterior a la Guerra Fría, es decir la era contemporánea. Los libros¹⁸² de ambos autores son hitos importantes en el debate académico en torno a la Cuestión del Cumplimiento, así como también son obras culminantes del proceso filosófico que cada uno abandera. Cada uno elige aproximarse al cumplimiento a través de un único filtro analítico: La gestión y la equidad, respectivamente. Sin embargo, al igual que todos los lentes, estos filtros aclaran **por qué distorsionan**, es decir, recurren a

¹⁸¹ Los académicos contemporáneos se esfuerzan por incluir en esta compilación teórica los trabajos de Andrew Hurrell, John Vincent, Barry Buzan, Gerritt Gong, Richard Little, and Michael Donclan.

¹⁸² HURRELL, Andrew. “International Society and the study of Regimes: A reflective approach”. p. 59.

una simplificación incluso excesiva con tal de reducir la materia a conceptos claros y sencillos. Entonces, ¿qué es lo que ven y qué aquello que terminan por obviar?

A. Cumplimiento sin cumplimiento: Enfoque gerencial de Chayes

“La nueva soberanía” es una magnífica obra que reúne la vasta experiencia de Chayes, dándole énfasis a su aproximación práctica, así como numerosas discusiones llevadas a cabo a lo largo de su extensa carrera basada en enseñar y escribir sobre la arquitectura de los regímenes internacionales y los patrones de cumplimiento de los tratados de control de armamentos y del medio ambiente¹⁸³. El libro “Deliberadamente descriptivo y prescriptivo” trata de describir cómo la regulación internacional se lleva a cabo a través de lo que podríamos denominar **regímenes de los tratados**. Este rótulo pretende detallar por qué ciertos **regímenes de los tratados** tienen éxito, es decir, logran generar cumplimiento entre las naciones que celebran estos tratados o, por el contrario, fracasan en generar tal cumplimiento.

A través de sus capítulos, el libro postula encuadrar el análisis en tres factores: Eficiencia, interés nacional, y propensión de las normas del régimen para promover el cumplimiento de los Estados-Nación. ¿Por qué, entonces, las naciones se apartan de esas normas? Los discípulos de Chayes explican que dicho incumplimiento surge como un producto derivado de la ambigüedad e indeterminación del texto (del tratado), las limitaciones en la capacidad de las partes para llevar a sus compromisos de tratados, y lo que ellos llaman **la dimensión temporal**: Retrasos evitables o inevitables que afectan el cumplimiento del tratado, sea por parte de un actor estatal o no estatal interactuando con un organismo de su misma naturaleza o no¹⁸⁴.

Sin embargo, teniendo en cuenta que existen ciertos impulsos que conducen al incumplimiento, ¿cómo pueden ser estas desviaciones mantenidas en niveles al menos aceptables? Los autores dan respuesta a esta pregunta a través del contraste generado a partir de dos estrategias alternativas para promover el cumplimiento del tratado en cuestión. Primero, se desarrolla un **modelo de aplicación**, y luego de revisar los distintos dispositivos coercitivos disponibles —sanciones militares y económicas contempladas en virtud de tratados—, se concluye que usualmente está condenado al fracaso¹⁸⁵. Ellos argumentan que “la autoridad sancionadora es raramente concedida por un tratado, rara vez se utiliza, dado que el cumplimiento se da por sentado, además que la misma sanción puede ser ineficaz cuando se utiliza”¹⁸⁶. De igual forma, el reiterado uso de las sanciones implica altos costos para el sancionador y puede plantear problemas graves en su legitimidad y en cómo se proyecta a la comunidad internacional¹⁸⁷.

Siendo así, como alternativa se ofrece un **modelo de gestión**, en el cual los actores nacionales tratan de promover el cumplimiento de los tratados, no motivados a través de la coacción, sino más bien a través de un modelo cooperativo de cumplimiento, que trata de introducirlo por medio de procesos interactivos, los cuales combinan la justificación, el discurso y la persuasión¹⁸⁸. Soberanía, según afirman, ya no significa la ausencia de agentes exteriores que interfieran en la política doméstica, sino más bien la libertad de participar en las Relaciones Internacionales como miembro válido de regímenes internacionales¹⁸⁹. “La nueva soberanía” no comprende ya aristas como el control territorial o la autonomía de gobierno, sino que ahora sirve como **status reivindicador** de la nación como actor internacional¹⁹⁰. Ahora, el impulso de estos

¹⁸³ CHAYES, Abram. “Compliance Without Enforcement: State Behavior Under Regulatory Treaties”. En: *Negotiation Journal* 7. 1991.

¹⁸⁴ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 15.

¹⁸⁵ *Ibid.* pp. 2-3.

¹⁸⁶ *Ibid.* pp. 32-33.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 54.

¹⁸⁸ *Ibid.* pp. 109-111.

¹⁸⁹ Respecto a la soberanía, Chayes sugiere que en nuestros días este concepto antes imperante se ha transformado en una categoría residual del “compromiso internacional”. Cuando la interrelación y la capacidad de participación en los foros internacionales constituiría una “nueva soberanía”.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 27.

actores para el cumplimiento no es tanto el miedo de ser sancionados; el motivo auténtico sería el miedo, pero no por la sanción, sino por el descrédito y la falta de legitimidad en la que podría caer la nación infractora ante sus pares de la comunidad internacional¹⁹¹.

Dado el carácter contingente de “la nueva soberanía”, es necesario hacer una precisión de cómo estos **regímenes de tratados** gestionan el cumplimiento del Estado con el Derecho Internacional. Aquí, Chayes da muestra de su herencia positivista, otorgando una respuesta más funcional que filosófica. Una y otra vez se señala que estamos ante un **proceso interactivo** basado en un **discurso justificativo** entre los miembros del régimen; no niega la existencia de las sanciones, pero dado el costo que suponen las mismas y su poca versatilidad no son, pues, el factor principal en la Cuestión del Cumplimiento¹⁹². Al igual que la monografía de Roger Fisher publicada en 1981¹⁹³, la tesis de Chayes nos presenta una suerte de caja de herramientas con las que cuenta un político. Estas **herramientas** son dispositivos diseñados para fomentar un mayor cumplimiento de lo dispuesto por las normas dentro del **régimen**: Son **instrumentos de gestión activa** como la investigación, el recojo de información y datos, la constante verificación y vigilancia, la creación de un procedimiento para la resolución de conflictos, el desarrollo de una estrategia para la evaluación y revisión de los intereses, y los canales por los que serán manifestados. Por medio del uso prudente de estas herramientas, según argumentan, tanto los organismos no gubernamentales y las instituciones intergubernamentales son revitalizadas como instrumentos de gestión para velar por el cumplimiento de los tratados.

El Libro de Chayes es todo un clásico de la restauración del proceso jurídico internacional. Es, quizá, la más profunda

y completa descripción **transubstantiva** del papel que juega la ley en el proceso normativo internacional. Las corrientes de estudios basadas más en el análisis de casos particulares que en la doctrina terminan por ignorar este factor clave al hacer un estudio meramente transversal de los ámbitos público y privado¹⁹⁴.

Sin embargo, a pesar de todas las virtudes del libro, dos preguntas aún persisten. En primer lugar, ¿cómo precisamente hace un enfoque general para hacer todo el trabajo respecto al cumplimiento de los tratados? En segundo lugar, ¿qué importancia, y aplicación tendría este planteamiento en el vasto reino del Derecho consuetudinario, a diferencia del Derecho Internacional basado en tratados?

El enfoque gerencial de Chayes “requiere tanto de un gerente (el régimen) cuanto de un proceso (el discurso)”¹⁹⁵. Los autores rechazan la representación simplista del régimen como “un sistema de conmutación, lo que facilita la independencia interacciones de los Estados independientes ‘en favor’ del papel activo del régimen de modificación de las preferencias, la generación de nuevas opciones, persuadir a las partes a avanzar a aumentar el cumplimiento de las normas del régimen, y orientar la evolución de la estructura normativa en la dirección de los objetivos generales del régimen¹⁹⁶. Es así como el **régimen de los tratados** administra un **proceso interactivo para asegurar el cumplimiento**, el cual se lleva a cabo en siete etapas: (i) La recopilación y desarrollo de los datos de la situación particular y la conformidad de las partes con el Reglamento; (ii) la identificación de los comportamientos que serán útiles a la Cuestión del Cumplimiento; (iii) el diagnóstico de las fuentes que señalen comportamientos aparentemente irregulares; (iv) el examen de la parte en falta para evaluar su capacidad de cumplir con sus obligaciones; (v) las ofertas de

¹⁹¹ Ningún Estado puede considerar siquiera ignorar las normas internacionales porque existen demasiadas audiencias, tratados, foros y alianzas que podrían reprobarnos tal atrevimiento con las obvias consecuencias de tal rechazo a los intereses del Estado infractor.

¹⁹² *Ibíd.* p. 25.

¹⁹³ *Ibíd.* Pies de página 137-141.

¹⁹⁴ Los ejemplos son palpables en el plano *inter alia*, manifiesto en el uso de la fuerza, sanciones económicas, Comercio Internacional, Derecho Ambiental, Derecho del Mar, Derecho de Transporte y Comunicaciones, Derechos Humanos, desnuclearización y normas de desarme, reducción de deuda soberana, etcétera.

¹⁹⁵ Chayes al respecto afirma: “El discurso entre los Estados, Organizaciones Internacionales y algunas instituciones públicas se da en base a las normas análogas o comunes”.

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 229.

capacitación, guía, asistencia técnica de estar ante un actor con capacidad insuficiente; (vi) la invocación de mecanismos de solución para la controversia, y (vii) a veces, la conclusión de que las normas del tratado mismo deben ser adaptadas a la conducta no conforme con el tratado original¹⁹⁷.

De tal suerte, “La nueva soberanía”, por medio de un análisis más exhaustivo, se convierte en una fuerte reminiscencia de un artículo clásico de Abram Chayes, “El proceso jurídico interno”¹⁹⁸. Allí, Chayes, desde un enfoque netamente procedimentalista, argumentó que, en la era post-Brown, el litigio nacional había pasado por una crisis que lo forzó a voltear la mirada sobre el paradigma del Derecho Privado, el cual se iría convirtiendo, a través de sus figuras y alcances, en un potencial nuevo Derecho Público. Dentro de este nuevo paradigma, el juez ejerce una gestión abierta, interpretando el texto constitutivo, exigiendo y supervisando la información que le es presentada, y declarando normas de uso amplio para que sean afines a las herramientas del cumplimiento legal de las partes, como la persuasión y la estimulación. Tanto para Chayes cuanto para Richard Neustadt, la fuerza primordial del juez es el poder de persuadir¹⁹⁹, sirviéndose para tal fin de los medios formales sirviendo como punto de influencia y moneda de cambio del ejercicio discursivo para la creación de normas en el proceso.

En “La nueva soberanía”, Chayes, igualmente, sostiene que el **régimen de los tratados** ha asumido un papel de gestor en relación con el cumplimiento de sus Estados miembros, al igual como sucede en los litigios públicos donde los jueces poseen este mismo papel de gestores. “El tratado (regulatorio) y el régimen en el que se encuentra incrustado no deben verse como elementos de un

conjunto de normas prohibitivas, sino como instituciones y figuras diseñadas para garantizar el cumplimiento dentro de cada área a través del tiempo”²⁰⁰. El papel clave del supervisor legal o juez es la solución de pleitos internos, y en el caso del **régimen de tratados** se da un proceso interactivo, dialéctico en el discurso justificativo, en el cual se invocan las normas, interpretándolas y elaborando un ambiente de presión internacional que garantice el cumplimiento de tales normas²⁰¹.

A pesar de parecer adecuado en cierto nivel, el modelo de gestión se muestra incompleto en cuatro aspectos. Primero, éste enfatiza su poder y exagera la debilidad del modelo aplicativo, creándose la ilusión de que ambos son modelos alternativos. La verdad es que ambos son marcadamente complementarios. El modelo de litigación pública funciona no sólo porque las partes hablan a través del juez, sino porque este conserva el máximo poder sancionador²⁰². En los **regímenes de los tratados**, el modelo de gestión no tiene éxito meramente por el poder discursivo, sino que este factor se complementa con la posibilidad o, dicho coloquialmente, con la **sombra de ser sancionado**, por más remota que esta posibilidad pueda ser. También es necesario, cuando menos, detallar cómo se enarbolan los eslabones de la cadena del cumplimiento. Tenemos, entonces, a las partes interactuando dentro de un **régimen de los tratados**, lo cual conducirá a la enunciación de la norma²⁰³; luego se pasa a la liquidación, acaece el cumplimiento de la norma y, finalmente, se manifiesta la obediencia constante.

En segundo lugar, la obra de Chayes sugiere que el impulso final para la Cuestión del Cumplimiento no es la sanción, sino el temor a un daño en su reputación. Mas la pérdida de

¹⁹⁷ Ibid. p. 109-286.

¹⁹⁸ CHAYES, Abram. “The role of judge in Public Law litigation”. En: Harvard Law Review 89. 1976.

¹⁹⁹ Ver: NEUSTADT, Richard. “Presidential power and the modern presidents: The politics of leadership from Roosevelt to Reagan”.

²⁰⁰ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 228.

²⁰¹ Ibid. p. 112. Dice: “La esencia del proceso legal internacional es una dialéctica que enfatiza el rol de cada etapa y cómo opera en la creación de presión societaria entre los miembros para alcanzar un óptimo cumplimiento de las normas emanadas”.

²⁰² Ver: COVER, Robert. “The Supreme Court 1982 Term-Foreword: Nomos and narrative”. En: Harvard Law Review 97. 1983.

²⁰³ Ver: MNOOKIN, Robert y Lewis KORNHAUSER. “Bargaining in the Shadow of the Law: the case of divorce”. En: Yale Law Journal 88. 1979.

reputación, sólo se dará si una de las partes desconoce el comportamiento de la otra; es decir, si no hay un desafío a la interpretación sólida del tratado mutuamente aceptada, entonces no hay **incumplimiento**²⁰⁴. De hecho, una de las funciones clave que cumple el **régimen de los tratados** es la de servir como un intérprete definitivo de sus propias normas y el **régimen de los tratados** no es otro que la interpretación mutuamente reconocida por las partes²⁰⁵. Entonces, por mucho que el juez de Derecho Público interprete la Ley, el **régimen** hace lo propio con sus tratados en orden de determinar si ha ocurrido una violación. Sin embargo, existen excepciones dentro del Derecho Internacional, sobretudo en áreas tales como los Derechos Humanos, en las cuales es la comunidad internacional la que interpreta y determina si una norma ha sido violada, incluso más allá de lo que pueda considerar un Estado particular o los Estados involucrados²⁰⁶.

Tomemos, por ejemplo, la norma mundial en contra del genocidio o de los crímenes de lesa humanidad. Analicemos esta propuesta ahora a partir de un ejemplo. Aunque los Estados que forman parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos (**régimen de los contratos**) puedan estar facultados para interpretar las palabras y las disposiciones de este texto, esta capacidad de interpretación no les da un poder exclusivo o absoluto para dar una interpretación definitiva de una norma tan amplia. Lo que sí sucede es, en cambio, que existen otros organismos, elementos de una red que, pese a la complejidad de relaciones y variedad de instituciones que interactúan en esta red, incluso en distintos niveles, todo es un *corpus* dispuesto para un mismo fin, o la interpretación de una misma norma. De allí que existan otros intérpretes legítimos de las

normas internacionales respecto al genocidio, como los tribunales nacionales, regionales e internacionales; los tribunales especiales, las legislaturas nacionales y regionales, entidades ejecutivas (como el Consejo de Seguridad de la ONU), publicistas internacionales, organizaciones no gubernamentales²⁰⁷, entre otros. En suma, la norma se encuentra sujeta a un régimen interpretativo de frentes múltiples, es decir, aquellos que interpretan e incluso **re-ensamblan** el significado de la norma son a menudo parte de un grupo de instituciones mucho más grande y variado que las partes que componen el tratado particular²⁰⁸.

En tercer lugar, la imagen que nos brinda la postura de Chayes omite cualquier descripción detallada de cómo es que los Estados internalizan normas restrictivas. No se menciona pues, para nada, medios tales como la incorporación judicial²⁰⁹; lo cual es “la cristalización ejecutiva o legislativa de la aceptación a nivel doméstico, por la cual las naciones cumplidoras hacen explícita la interiorización de la norma internacional pertinente”. Como los autores reconocen, el cumplimiento de los tratados debe ser entendido como un juego de dos niveles: En el primer nivel se hallan las relaciones que se establecen entre un actor y sus socios en el tratado, y en el segundo nivel se manifiestan los efectos a escala internacional, sin dejar de mencionar que todo este proceso se da en coherencia con el Derecho interno de los actores²¹⁰. Sin embargo, la propuesta de Chayes no examina cómo este vínculo jurídico transnacional entre lo doméstico y los niveles internacionales realmente opera. Esta aclaración pendiente no ha de ser ignorada, dado que éste es el enlace que determina el grado de influencia que tiene **el proceso de gestión** para llevar los intereses de un Estado

²⁰⁴ Ver: CHAYES, Abram. Op. cit. p. 120.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 118.

²⁰⁶ Ver: COVER, Robert. Op. cit. p. 45.

²⁰⁷ La norma contra el genocidio, por ejemplo, se encuentra en el Convenio para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, del 12 de enero de 1951.

²⁰⁸ Los Chayases reconocen esto al definir abiertamente el régimen de tratados como “un proceso interactivo muy complejo que involucra no sólo a los Estados y a sus representantes sino que también, cada vez más, a distintas organizaciones internacionales y a sus miembros, organizaciones no gubernamentales, científicos, gerentes de ventas, académicos y otros actores no estatales”.

²⁰⁹ A pesar de los Chayases son, ellos mismos, expertos en el funcionamiento de las cortes domésticas, irónicamente, su discusión acerca de los instrumentos de gerencia activos no dice nada acerca del rol que cumplen en los juzgados nacionales.

²¹⁰ CHAYES, Abram. Op. cit. pp. 201-207.

a una negociación de escala mundial, para remodelar los intereses nacionales e incluso la identidad de los participantes²¹¹. Los detalles que mencionaré a continuación habrían permitido a la tesis de Chayes aplicar sus procedimientos y marcos teóricos de gestión fuera del ámbito del Derecho positivo, el cual, si bien se funda sobre tratados, empieza a sufrir una cada vez mayor y más notoria injerencia de la esfera de la costumbre y de la Ley internacional declarativa²¹².

En cuarto y último lugar, al concentrarse de forma casi exclusiva en el proceso, Chayes pasa por alto, y quizá podría interpretarse que hasta toma a la ligera, la necesidad de analizar y detallar el contenido y hasta la naturaleza de las normas que son aplicadas por ese mismo **proceso gerencial** que propone²¹³. No obstante, no todos los tratados son concebidos de forma igualitaria, proporcional o equitativa²¹⁴. Tampoco el asegurar el cumplimiento pleno de todos los tratados siempre es bueno *per se*. En efecto, asegurar el cumplimiento puede en sí no ser deseable si los tratados en cuestión son de por sí injustos o consagran ofertas poco sinceras o hasta coercitivas. Consciente de esta crítica, Chayes admite que la **legitimidad** de su enfoque procesal depende, primordialmente, de la equidad procesal, la aplicación equitativa y no discriminatoria²¹⁵. Pero lo que queda aún por especificar son las formas que el proceso debe tener en cuenta a fin de garantizar tal equidad que dotará, consecuentemente, de legitimidad al tratado celebrado. ¿Cuáles son los medios que impulsan al proceso de gestión para mejorar la garantía de cumplimiento en tratados no vinculantes y sobretodo, en temas donde los Estados tienen pocos incentivos para cumplirlos? Y, ¿por cuáles medios debe este mismo modelo evaluar ciertas normas del régimen como injustas, desiguales,

ilegítimas y por tanto inaplicables? Una vez planteadas estas preguntas, que colocan sobre el tapete conceptos como **justicia** o **legitimidad**, es que la lectura del libro de Franck resulta apropiada.

B. Legitimidad y justicia de distribución: Enfoque de equidad de Franck

La pregunta planteada por el eminente Thomas Franck en su *magnum opus*, “La lealtad en el Derecho y las Instituciones Internacionales”, no se refiere a por qué las naciones obedecen, sino a si es justo el Derecho Internacional²¹⁶. Franck hace esta pregunta partiendo de la consideración que las naciones tienen pocos incentivos o, en todo caso, un pobre sentido de obligación para obedecer reglas que responden a un criterio de equidad que muta de nación en nación.

Como “la nueva soberanía”, que parte del trabajo anterior de Chayes en el proceso legal internacional, la **justicia** también debe ser leída a la luz de su progenitor intelectual, la influyente obra de Franck “The power of legitimacy among nations”²¹⁷. En la teoría de Franck, las reglas ilegítimas son aquellas que poseen poco respeto por parte de las naciones y que quedan invalidadas por su bajo grado de cumplimiento en la práctica. Elementos como el **proceso jurídico internacional** o la **justicia** deben ser leídos a la luz de Franck, quien hace hincapié, al igual que Chayes, en la transformación del Derecho Internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuyo fin acompañó –o en todo caso, produjo– un profundo cambio en el concepto de soberanía²¹⁸. Sin embargo Franck, a diferencia de Chayes, no restringe su visión de la Ley meramente en tratados; él considera también en su análisis elementos como el poder de las normas basadas en la costumbre²¹⁹. Porque,

²¹¹ PUTMAS, Robert. “Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two Level Games”. En: International Organization 42. 1988.

²¹² Ver el Capítulo III, más adelante en el texto.

²¹³ TRIBE, Laurence. “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”. En: Yale Law Journal 89. 1980.

²¹⁴ Las naciones hallan incentivos en los beneficios adquiridos, pero bien podríamos afirmar que la “obligación” es en sí un incentivo.

²¹⁵ CHAYES, Abram. Op. cit. p. 127.

²¹⁶ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. p. 6.

²¹⁷ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. p. 6.

²¹⁸ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. pp. 3-4.

²¹⁹ Como Franck recientemente acotó: La sociedad internacional es el “progenitor de un vasto grupo de instituciones especializadas que sirven de puente entre los estados particulares y las normas transnacionales”.

según él considera, el Derecho Internacional se encuentra ahora en una etapa **post-ontológica**. Franck, de esta forma, afirma que ya no se requiere defender la existencia de un tratado, sino meramente hacer referencia a los valores allí incluidos y analizar el contenido del mismo servirá para evaluar si sus disposiciones son exigibles, mutuamente entendidas y sobretodo, justas²²⁰. Aunque el núcleo de la respuesta de Franck sigue siendo el liberalismo kantiano, su argumento se basa en la ecléctica empleada en episodios históricos decisivos en torno a la Cuestión del Cumplimiento.

Al igual que los racionalistas, Franck reconoce que las naciones, evidentemente, tenderán intrínsecamente a cumplir las reglas cuando los beneficios del cumplimiento excedan por buen margen los costos. Mas, al igual que los teóricos de la **sociedad internacional**, este autor ve el impulso hacia el cumplimiento por parte del actor transnacional no como un derivado de una serie compleja de cálculos costo-beneficio, sino que lo concibe a través de la arraigada **presión del grupo comunitario**, es decir, esta comunidad internacional y solidaria de naciones que se asumen como miembros de un club y que temen perder su reputación a vista de los demás miembros²²¹. Por otra parte, al igual que los constructivistas, Franck acepta el poder de las normas para remodelar los intereses nacionales. Por último, al igual que los teóricos del proceso, Franck ve que la legitimidad de las normas depende en gran medida del Estado en el cual fueron promulgadas, si sus coyunturas corresponden a un proceso justo²²². Al igual que Chayes, Frank abarca lo que bien podríamos denominar como **proceso del discurso, del razonamiento y la negociación**, entendiendo el Derecho Internacional más como un **proceso** que como un conjunto de **reglas** cuya justicia se determina a través de un proceso de conversaciones, razonamiento y negociación²²³.

Sin embargo, mientras que el volumen de Chayes es un ejercicio de excelencia legal aplicada a la teoría del proceso, el libro de Franck representa fundamentalmente los planteamientos de Rawls aplicados a la filosofía, con recomendaciones orientadas a políticas ocasionales salpicadas por todas partes²²⁴. El último capítulo de la obra de Franck, titulado “¿Por qué no la justicia?”, aplica la metodología de la teoría de la justicia combinada con las aproximaciones de Rawls al Derecho Internacional; con lo cual, concluyó que la justicia entre las naciones no puede ser construida por analogía a sus posiciones originales²²⁵. La legitimidad, no la justicia, razonó Franck, debe ser el primer objetivo de un sistema de reglas internacionales. “La legitimidad del proceso, tiene su propia moral.” Y esta tesis no se refiere al manifiesto y natural orden moral en la justicia, porque, en el caso de Franck se trata más bien de la creencia en un proceso correcto, que la creencia en resultados correctos (planeamiento sustantivo)²²⁶.

La **denegación de justicia** de Franck generó numerosas críticas, la mayoría de ellas provenientes de otros analistas kantianos, los cuales denunciaron que estaban ante su proceso estéril ya que privilegiaba la apariencia y una supuesta **legitimidad** sobre los valores que Rawls estudió como la justicia o como la equidad²²⁷. Finalmente, Franck examina la cuestión y ahonda sus conceptos. De tal forma, Franck divide la equidad en dos aspectos: Como concepto previo a la legitimidad, siendo la equidad fuente del **justo proceso** en la creación y cumplimiento de las normas así como una noción rawlsiana de justicia sustantiva distributiva. Estos dos aspectos de la justicia, señala, se encuentra en constante tensión: El primero favorece el *status quo*, mientras que el segundo favorece el cambio. Franck utiliza esta concepción bifocal a fin de tener dos frentes de investigación y examinación del Derecho Internacional y sus instituciones. Así

²²⁰ *Ibíd.* p. 9.

²²¹ *Ibíd.* p. 196.

²²² *Ibíd.* p. 7.

²²³ *Ibíd.* p. 7.

²²⁴ *Ibíd.* p. 14.

²²⁵ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. pp. 208-246.

²²⁶ *Ibíd.* p. 288.

²²⁷ TESÓN, Fernando. *Op. cit.* pp. 93-99.

Franck, por ejemplo, analiza las estructuras institucionales y el procedimiento que sigue las Naciones Unidas, incluido el Secretario General, el papel y alcances del Consejo de Seguridad²²⁸, y la Corte Internacional de Justicia²²⁹ bajo la rúbrica del procedimiento equitativo, que de cierta forma se asemeja al examen genérico del proceso que puede ser encontrado en los libros de Chayes. Sin embargo, mientras Chayes veía las normas del Derecho Internacional, las normas sustantivas de equidad, la autodeterminación, la territorialidad, la seguridad colectiva, el Derecho Ambiental, el comercio y las inversiones internacionales como distintos depósitos de legitimidad o de ausencia de la misma, Franck las presenta y evalúa su eficacia en la medida que son agentes de la justicia distributiva²³⁰.

Al igual que la nueva soberanía, la tesis de la equidad muestra un notable dominio de la clásica dicotomía entre los ámbitos público y privado²³¹. “Como era de esperarse, un tratado sintético de este tipo posee varios capítulos que derivan de labor anterior análoga”²³². A pesar de los defectos innegables²³³, si lo evaluamos como un todo, el volumen de Franck refleja admirablemente aspectos que bien complementarían la tesis de Chayes. En efecto, Franck muestra a profundidad aspectos como la justicia distributiva de la cual carece Chayes, pero tiene menos precisión y detalle al momento de explicar el proceso, el cual es el fuerte de Chayes. La introducción del concepto de la equidad muestra los sorprendentes cambios que está sufriendo el pensamiento de Franck en torno a la legitimidad de la justicia, siendo parte esto de un esfuerzo por encontrar una rúbrica lo suficientemente amplia como para entender a partir de ella las normas internacionales.

Porque si la legitimidad es fundamentalmente positivista y orientada al proceso, ésta estará centrada en el desarrollo de pruebas que determinen la fuerza de cumplimiento como una función derivada de la percepción de su legitimidad procesal percibida. La equidad invoca, en cambio, deliberadamente a Kant, Rawls y Dworkin, en un esfuerzo para hacer frente a las cuestiones normativas y las opiniones en tanto a la emergente justicia distributiva.

Desafortunadamente, a pesar de la variedad y el vigor de fondo que nos brindaba la discusión de Franck, su descripción de cómo un proceso discursivo termina por sumarse a la obligatoriedad y a la fuerza de las normas es explicada con menor pericia que en la obra de Chayes. Aparte de los distintos foros creados por las Naciones Unidas y sus instituciones de asistencia, Franck menciona muy poco sobre los distintos modos de interacción entre actores a través de los cuales se interpretan las normas en la era post-ontológica. Otra crítica viene por el lado de que Franck es un tanto ingenuo, ya que tiene una marcada creencia en la buena fe de la política exterior estadounidense, así como el papel de los tribunales nacionales e instituciones de orden transnacional en el cumplimiento de sus funciones²³⁴. También se niega a aclarar cómo es que las normas internacionales se internalizan o, para decirlo de otra forma, se interpretan y acoplan a los sistemas jurídicos domésticos.

“Si hemos llegado a una decisión que sintetice la discursividad sobre la legitimidad de la justicia”, afirma Franck, “es más probable que las normas se apliquen y menos probable, por consecuencia, que éstas sean

²²⁸ Comparar la obra de Franck “Fairness in International Law and Institutions” con la del mismo autor en “Nation against Nation: what happened to the UN dream and what the US can do about it”.

²²⁹ Para trabajos anteriores de Franck, ver: FRANCK, Thomas. “Judging the World Court”. Nueva York: Printing Press Publications. 1986.

²³⁰ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. pp. 351-473.

²³¹ Vale mencionar que Franck había sido director del Instituto de las Naciones Unidas de Entrenamiento e Investigación (UNITAR) por sus siglas en inglés.

²³² Por ejemplo, el capítulo 6 de la Secretaría General de las Naciones Unidas se presta de Thomas Franck la idea de los “buenos oficios del Secretario General”. El artículo de Franck con este nombre aparece en: ROBERTS, Adam y Benedict KINGSBURY. “United Nations, divided world”. Oxford: Clarendon Press. 1993.

²³³ El análisis filosófico de la **justicia** a veces se ve demasiado influido por el trabajo del colega de Franck en la Universidad de Nueva York, Ronald Dworkin. Ver: FRANCK, Thomas. Op. cit. p. 45.

²³⁴ Ver: FRANCK, Thomas. “Political questions/judicial answers. Does the rule of law applies to foreign affairs?”. Princeton: Princeton University Press. 1992.

desobedecidas”²³⁵. Pero ¿por qué esto tendría que ser así? ¿Por medio de qué proceso la **aplicación** de la norma se produce? y ¿cómo esta **síntesis discursiva** termina modificando los incentivos y las prioridades de los actores transnacionales? Los críticos de Franck, sostienen que el elemento causal faltante no es la justicia, sino el proceso legal transnacional.

III. PROCESO LEGAL TRANSNACIONAL

A pesar de sus diferencias metodológicas, tanto Franck cuanto Chayes, en última instancia, llegan a la misma respuesta intuitiva de por qué los países obedecen. Si nuestro objetivo ha de ser una mejor aplicación de las normas mundiales, su razonamiento los lleva a sostener que el mecanismo preferido debe ser la obediencia voluntaria, no un cumplimiento forzado u obligado²³⁶. Si las naciones internamente **perciben** una regla que les permita obrar de forma justa, afirma Franck, es más probable que la obedezcan. Si las naciones deben justificar periódicamente sus acciones a la luz de las normas del tratado y precisamente, rendir esas cuentas a los socios con los que celebra el tratado, sugiere Chayes, es mucho más probable que estas naciones cumplan **voluntariamente** esas normas pactadas. Ambos análisis sugieren que la llave para mejorar el cumplimiento es que éste sea un cumplimiento motivado en base a que ha sido interiorizado. Este razonamiento yo lo resumo en lo que he llamado **obediencia**. Pero, ¿mediante qué proceso se produce esta interiorización de las normas? ¿Cómo se transforma un cumplimiento de las normas globales meramente ocasional o incluso reticente en una obediencia habitual?

Como ya he indicado con anterioridad, este proceso debe ser visto en tres etapas²³⁷. Primero, uno o más actores transnacionales

generan una **interacción** (o una serie de interacciones). Lo anterior los obliga a generar una **interpretación** o una enunciación de una norma mundial aplicable a tal situación. De este modo, la parte activa busca motivar a que la otra parte **interiorice** la nueva interpretación de la norma internacional a su sistema normativo doméstico. El objetivo es **atar** a la otra parte a obedecer la interpretación enunciada como parte de su conjunto de valores internos. Tal proceso normativo es transnacional, dinámico y constitutivo. La transacción genera una norma jurídica que se orienta a las futuras interacciones que puedan darse entre las partes. Las transacciones futuras cumplen el papel de interiorizar aun más las normas, ya que éstas se van sosteniendo en la práctica. Es decir, finalmente, la participación continua y repetida en el proceso ayudará a reconstruir los intereses e incluso la identidad de los participantes de este mismo proceso²³⁸.

El debate para la reinterpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos (Tratado ABM, por sus siglas en inglés) se nos presenta como un ejemplo reciente del fenómeno descrito, presente en la política exterior de los Estados Unidos²³⁹. La historia de este tratado es compleja y antigua. En 1972, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética firmaron el mencionado tratado bilateral, el cual prohíbe expresamente el desarrollo de sistemas de defensa territorial basados en ataques espaciales²⁴⁰. Trece años más tarde, en Octubre del año 1985, la administración de Ronald Reagan propuso la Iniciativa de Defensa Estratégica; éste sistema fue popularmente conocido como *Star Wars*, el cual asciende un misil antibalístico hasta el espacio para la defensa del territorio estadounidense. Para poder sortear la obvia barrera que suponían las disposiciones del

²³⁵ Ver: FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. p. 481.

²³⁶ No es sorpresa que a esta conclusión también llegaran los psicólogos sociales cuando estudiaron por qué la gente obedece a la Ley. Ver: TYLER, Tom. “Why people obey the law?”. New Haven: Yale University Press. 1990.

²³⁷ Lo que sigue es una visión necesariamente incompleta de mi posición, que va a completarse en mi próximo libro. En él se va a tratar una teoría más amplia de la conformidad con el Derecho Internacional, tratando a las distintas teorías como complementarias, no como opuestas.

²³⁸ Bajo examinación, este proceso se puede explicar si combinamos el enfoque gerencial de Chayes y la postura de Franck ligado al concepto intrínseco de justicia.

²³⁹ KOH, Harold. “The Treaty Power”. En: University of Miami Law Review 43. 1988.

²⁴⁰ Para un análisis más detallado revisar: CHAYES, Abram y Antonia Handler CHAYES. “Testing and development of exotic sistemas under the ABM treaty: The great reinterpretation caper”. En: Harvard Law Review 99. 1986.

Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, la administración de Reagan propuso **reinterpretar** tal tratado, de tal manera que se permitiese la creación e implementación de la Iniciativa de Defensa Estratégica. Esto modificaría radicalmente el tratado, siendo esto llevado a cabo sin el consentimiento del Senado americano o de la misma Unión Soviética. Semejante decisión provocó una auténtica batalla retórica, que duró ocho años, entre los funcionarios en cargo y sus predecesores, entre ellos seis secretarios de Defensa y numerosos senadores clave (entre los que destacó Sam Nunn, presidente del Comité de Servicios Armados del Senado)²⁴¹, quienes se manifestaron en apoyo de la interpretación original del tratado. Una de las figuras claves en contra de la reinterpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos fue Gerard C. Smith, el principal negociador estadounidense en SALT I y también el principal negociador del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, presidió las juntas de dos organizaciones no gubernamentales influyentes, la Asociación para el Control de Armas y el Comité Nacional para salvar el Tratado²⁴².

La controversia sobre el Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos desató acaloradas discusiones en diversos foros: Audiencias del Senado, debates sobre otros tratados de control de armas, artículos de revistas y columnas de opinión. Al final, el Senado emitió una Resolución sobre la Interpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, en la cual reafirmó que éste debe ser entendido en su sentido original y, en 1988, el Senado adjunta una condición para el Tratado de Misiles de Alcance Intermedio, la cual especifica explícitamente que los Estados Unidos interpretan este nuevo tratado en conformidad con la comprensión compartida entre el Presidente y el Senado²⁴³. En respuesta, los gobiernos de Reagan y Bush mantuvieron su postura, es decir, que la reinterpretación por la que

abogaban era **jurídicamente correcta**, pero, pese a esto cumplirían con la interpretación original por una cuestión de **política**. En el año 1993, este episodio llegó a su fin cuando el presidente Clinton repudió la reinterpretación unilateral de Reagan y anunció que su gobierno respetara la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos²⁴⁴.

Pese a su intensidad, esta disputa legal jamás alcanzó ningún tribunal. De hecho de haberse trazado un proceso para resolver la disputa en 1987, hubiera sido, ciertamente probable que Estados Unidos, en efecto, hubiese violado el tratado en un intento por salirse con la suya. Sin embargo, al final, una poderosa nación como los Estados Unidos volvió a cumplir con las normas del Derecho Internacional. Por sí solos, ni el interés, la identidad, o la presión de la sociedad internacional llegan a proporcionar una explicación suficiente de por qué el gobierno de los Estados Unidos obedeció la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos. Es de suponer que el interés nacional de Estados Unidos en implementar la Iniciativa de Defensa Estratégica se mantuvo igual bajo cualquier interpretación jurídica. Si la respuesta de la sociedad internacional, representada en sus miembros y socios bajo el Convenio de Resistencia a la Reinterpretación, no fue suficiente para bloquear las pretensiones americanas en 1985, no es claro por qué esta misma resistencia se volvió abrumadora en 1993.

En mi opinión, una explicación del proceso legal transnacional nos ofrecerá los enlaces desaparecidos. Actores transnacionales, como el senador estadounidense Sam Nunn, una norma privada reconocida por el empresario Gerard Smith²⁴⁵ y varias asociaciones no gubernamentales, la Asociación para el Control de Armas y el Comité Nacional para salvar el Tratado Bilateral de

²⁴¹ Ver: 133 Cong. Rec. S6089-31. Fechado en el 20 de Mayo de 1987. Declaración de Sam Nunn.

²⁴² Ver: SMITH, Gerald. "Disarming Diplomat". Landham: Madison Books. 1996. pp. 169-173.

²⁴³ Ver: KOH, Harold. "The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair". New Haven: Yale University Press. 1990.

²⁴⁴ De acuerdo a una audiencia entre el encargado de Asuntos Exteriores del Senado y el Director de la Agencia de Control de Armamento y Desarme de los Estados Unidos, llevada a cabo en mayo de 1993, la postura oficial del gobierno Clinton era que la interpretación del tratado "estrechamente y ateniéndose al texto" era la correcta.

²⁴⁵ Ver la nota al pie de página 53.

Misiles Antibalísticos formaron en conjunto una **comunidad epistémica** para abordar desde una perspectiva legal este conflicto²⁴⁶. Esta comunidad movilizó desde sectores de la élite hasta sectores populares y provocó una serie de interacciones con el gobierno de los Estados Unidos en una variedad de foros. Ellos desafiaron el intento por reinterpretar una norma, teniendo éxito en internalizar a nivel de sociedad lo contemplado por el tratado y volverlo parte su sistema de valores, al punto de ser exigible a su propio gobierno cuando se percibe la vulneración de esa norma. Por ello, el éxito definitivo estuvo en la respuesta del Poder Ejecutivo estadounidense que, rodeado de críticas, cedió y aceptó internalizar y cumplir con la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos. Por lo tanto el episodio fue tan normativo (o, usando el término de Robert Cover, “*ius-generativo*”²⁴⁷) como reconstitutivo de los intereses nacionales de Estados Unidos, ya que había en él un sector mayoritario que apoyaba la interpretación original del tratado pese a las intenciones iniciales de sus gobernantes²⁴⁸. El episodio estableció, de esta forma, un precedente a considerar en los debates venideros en cuestiones referidas a misiles antibalísticos, los cuales podrían surgir durante el siguiente periodo de Clinton²⁴⁹.

Este ejemplo práctico pone de manifiesto cómo es que las diversas explicaciones teóricas que la Historia nos ha ido ofreciendo para resolver la Cuestión del Cumplimiento no son excluyentes sino, al contrario, complementarias. En su declaración clásica del neorrealismo, “El hombre, el Estado y la Guerra”, Kenneth Waltz postula tres niveles de análisis en las que las Relaciones Internacionales pueden ser aplicadas: Como un sistema internacional (figura sistémica), en el Estado particular (política interna), y en los

individuos y grupos que conforman el Estado (imagen psicológica/burocrática)²⁵⁰.

Estas imágenes no son mutuamente excluyentes, sino que se asientan una encima de la otra como si se tratasen de las distintas capas de un pastel, por lo que nos ofrece un retrato completo. Esto, debido a que los teóricos de la sociedad internacional se centran demasiado en la materia a nivel de sistema internacional, mientras que los teóricos de la identidad, por su parte, analizan la materia desde la estructura política nacional. Los analistas de los procesos legales transnacionales, por el contrario, tratan de complementar las explicaciones por medio de una evaluación a nivel de los motivos e incentivos que tienen los actores en la transacción, es decir, examinan la interacción, la interpretación y la internalización de las normas internacionales en las estructuras legales nacionales. Mientras, los enfoques del interés, la identidad y la sociedad internacional, brindan información útil, pero ninguno por separado proporciona una explicación lo suficientemente sólida respecto a la Cuestión del Cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Por ejemplo, la teoría del interés, de corriente claramente instrumentalista, mediante la especificación de sus variables (Costos de cumplimiento, costos de transacción, beneficio a largo plazo, etcétera) busca reducir los elementos de la Cuestión del Cumplimiento y del complejo sistema internacional a un juego teórico basado meramente en el análisis costo-beneficio, donde todas las sociedades son la misma, razonan igual y que son motivadas por el mismo espectro sancionatorio²⁵¹. Esta teoría funciona mejor en áreas temáticas globales como el comercio o el control de armas, en las que los Estados-Nación quedarían como protagonistas²⁵², pero adolecería la falta de la revolución

²⁴⁶ HASS, Peter. “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”. En: International organization 46. 1992.

²⁴⁷ COVER, Robert. Op. cit. p. 40.

²⁴⁸ KLOTZ, Audie. Op. cit. pp. 432-451.

²⁴⁹ Ver: “Does America Need a Missile Defense?”. En: Wall Street Journal. Publicado el 5 de Julio de 1996. p. 6.

²⁵⁰ WALTZ, Kenneth. “Man, the State and War: A Theoretical Analysis”. Nueva York: Columbia University Press. 1959. Ver también: BUZAN, Barry. “The Level of Analysis Problem in International Relations Reconsidered”. En: BOOTH, Ken y Steve SMITH. “International Relations theory today”. University Park: Pennsylvania University Press. 1995.

²⁵¹ GREEN, Donald e Ian SHAPIRO. “Pathologies of Rational Choice theory: a critique of applications in political science”. New Haven: Yale University Press. 1994.

²⁵² Ver: ABBOTT, Keneth. Op. cit.

transnacional²⁵³. No debe sorprendernos, pues, que los postulados de la teoría del interés hasta ahora hayan sido pobres en el desarrollo de áreas como los Derechos Humanos, los derechos ambientales, la restructuración de la deuda externa o transacciones comerciales internacionales, donde abundan los actores no estatales, y donde esta misma diversidad trae consigo objetivos múltiples y complejos, donde se manifiestan desde las más fluidas negociaciones hasta **juegos de suma cero**, además de una constante interacción entre regímenes informales²⁵⁴.

Del mismo modo, la teoría de la identidad, basada en la doctrina **liberal**, en mi opinión, ha prescindido erróneamente de la revolución **neo-monista**, la cual se haya representada por el desarrollo de los Derechos Humanos y del Derecho Comercial Internacional. Su análisis esencialista trata a la identidad de un Estado como algo exógeno o dado de forma permanente, casi inalterable. Sin embargo, como los estudiosos constructivistas han reconocido desde hace buen tiempo ya, las identidades nacionales, al igual que los intereses nacionales, se construyen socialmente; en otras palabras, son productos de un proceso de aprendizaje, de adquisición de nuevos conocimientos, el empleo de prácticas culturales e ideológicas²⁵⁵. Naciones como Sudáfrica, Polonia, Argentina, Chile y la República Checa no han sido de forma permanente seguidoras u opositoras del canon liberal, sino que su identidad y correspondencia con cierto sistema de valores ha dependido fundamentalmente de idas y venidas entre regímenes dictatoriales y democráticos a nivel interno, y transacciones normativas transnacionales a nivel internacional²⁵⁶. El análisis en base a la identidad deja sin respuesta a la siguiente interrogante constructivista: ¿En qué medida el cumplimiento de la legislación internacional propiamente dicha ayuda a un Estado particular a reafirmarse en su identidad

como un Estado respetuoso de la Ley y, por tanto, exhibirse como un Estado **liberal**?²⁵⁷ Por otra parte, la caprichosa afirmación de que “los Estados liberales establecen acuerdos, transacciones y normas solamente entre ellos”, tiende a ser no sólo parcializada, sino inexacta, sobre todo en materia del Derecho Internacional Comercial, donde los Estados tienden a respetar las normas y los acuerdos celebrados sin tomar en cuenta necesariamente si se está pactando con una democracia representativa o no²⁵⁸. Más aún, así como sucede con el desacreditado “relativismo cultural” de los Derechos Humanos²⁵⁹, decir que los Estados no liberales no participan de un sector del Derecho rechaza la tendencia universalista del Derecho Internacional y condena, efectivamente, a dichos Estados a participar de un mundo donde la política prima sobre el Derecho.

Un enfoque constructivista de la sociedad internacional, al menos, reconoce los efectos positivos de la participación repetida de los Estados bajo cierto marco jurídico que incluso termina transformando futuras relaciones y participaciones²⁶⁰; sin embargo, no explica completamente la importancia de los factores que van surgiendo en el proceso. No solamente hay que destacar la existencia de una comunidad internacional, sino también hay que referirnos a las múltiples transacciones que se dan dentro de ella. Las transacciones, así sean celebradas por actores gubernamentales o no gubernamentales, siguen generando el fenómeno de interpretación e internalización. En la medida en que tales normas sean interiorizadas con éxito es que se convertirán en factores determinantes para saber por qué es que las naciones obedecen.

Los teóricos de la sociedad internacional reconocen que este proceso tiene lugar, pero han realizado un estudio insuficiente

²⁵³ Ver: RISSE-KAPPEN, Thomas. Op. cit. p. 7.

²⁵⁴ Ver: CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 123.

²⁵⁵ Ver: FINNEMORE, Martha. “National interests on International society”. Ithaca: Cornell University Press. 1996.

²⁵⁶ Ver: WITCHEHEAD, Lorence. “The international dimensions of democratization: Europe and the Americas”. 1996.

²⁵⁷ KLOTZ, Audie. Op. cit. p. 478.

²⁵⁸ BERMAN, Harold. “World Law”. En: Fordham International Law Journal 18. 1995.

²⁵⁹ Sobre materiales respecto al universalismo o el relativismo de los Derechos Humanos, se puede revisar: STEINER Henry; KOH, Harold y Detley VAGTS. Op. cit.

²⁶⁰ Ver: HURRELL, Andrew. Op. cit. p. 59.

de lo que yo he denominado *la correa de transmisión o banda transportadora*, por la cual las normas internacionales se infiltran en la legislación nacional. Estas explicaciones son conceptualmente complementarias a fin de dar una explicación más rica de por qué el cumplimiento del Derecho Internacional se produce o no en determinados casos particulares. Tomemos, por ejemplo, un episodio reciente: El proceso de paz en Medio Oriente, la firma del acuerdo de separación de Hebrón de 1997. Como líder de la oposición de derecha del partido Likud de Israel, Benjamin Netanyahu había prometido no volver a reunirse con el líder palestino Yasser Arafat²⁶¹. Netanyahu, a su vez, se declaró opuesto de forma inalterable a la extensión de la soberanía palestina y, tras postular al cargo, ganó el puesto de Primer Ministro en base a una campaña que negaba toda negociación con Palestina²⁶². En particular, se refirió como **fallidos** a los llamados Acuerdos de Oslo, los cuales eran una serie de acuerdos de paz firmados por el gobierno laborista israelí en 1993. Coherente con su política confrontacional, Netanyahu instó a que se diera la derogación de estos tratados e incluso organizó protestas callejeras en contra de la firma de los nuevos acuerdos de Oslo²⁶³. Sin embargo, para el año 1997, Netanyahu había retomado el diálogo con las autoridades palestinas, incluido Yasser Arafat, ejecutando un acuerdo en el cual añadiría la siguiente disposición a los acuerdos de Oslo: El volver a implementar la presencia de tropas israelíes en las áreas pobladas por árabes de la ciudad cisjordana de Hebrón²⁶⁴. Los más firmes partidarios de Netanyahu lo condenaron ferozmente por este proceder, lo que consideraban poco menos que una

traición²⁶⁵. Sin embargo, bajo el liderazgo de Netanyahu, la coalición conformada por conservadores, religiosos y nacionalistas participó de un proceso de negociación del cual no habrían participado antes y al que se opusieron ferozmente por casi cuatro años.

¿Por qué ahora Israel prefiere obedecer los acuerdos de Oslo? Los intereses, la identidad y el rol de la sociedad internacional, una vez más, nos brindan partes de la explicación. Antes de convertirse en Primer Ministro, Netanyahu había manifestado sus dudas respecto a si el reconocimiento de las autoridades palestinas era útil o no a los intereses de Israel. De igual forma, los acuerdos de Oslo trajeron a Israel beneficios económicos en forma de inversión extranjera, así como una mejora en sus relaciones con Europa y los Estados árabes más moderados²⁶⁶. Una vez que inició el proceso de Oslo, más actores participaron; no solamente Israel y Palestina, sino que también hubo un rol casi protagónico de naciones como Estados Unidos, Jordania y Egipto. La participación de estos países hizo patente que el único marco a través del cual la paz puede ser lograda es por medio del involucramiento de la sociedad internacional, además que estos países ejercían también un rol correctivo, al responder con un marcado criticismo las intenciones iniciales de Netanyahu por derogar los acuerdos de Oslo²⁶⁷. Por lo tanto, estos acuerdos marcaron un punto de quiebre a través del cual se aprecia la interacción entre Israel y la sociedad internacional, no solamente representada por los palestinos, sino por las demás naciones partícipes del proceso de paz, lo cual condujo a la remodelación y reconstrucción de los intereses nacionales²⁶⁸.

²⁶¹ Ver: COLP, Judith. "Diverging Roads: Hard line, no cross". En: Jerusalem Post. Publicado el 23 de mayo de 1996. p. 11.

²⁶² Ver: BRUCK, Connie. "The wounds of peace". En: New Yorker. Publicado el 14 de octubre de 1996. p. 64.

²⁶³ Ver: HONIG, Sarah. "Netanyahu: Elections are referendum for peace". En: Jerusalem Post. Publicado el 20 de marzo de 1996. p. 1.

²⁶⁴ Ver: SCHMEMANN, Serge. "Mideast accord: overview. Netanyahu and Arafat Agree on Israeli pullout in Hebron". En: New York Times. Publicado el 15 de enero de 1997. p. A1.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ BRUCK, Connie. Op. cit. p. 84.

²⁶⁷ Tal como un reportero había notado con anterioridad, Israel tiene mucho más que perder hoy del poco riesgo que suponía en ese entonces, cuando se firmaron los acuerdos de Oslo, cuando su condición internacional era la de un Estado casi paria al inicio de los noventas. Ahora, en cambio, sus relaciones ha mejorado drásticamente dado que ahora mantiene buenas relaciones con buena parte del oriente moderado y, por consecuencia, mejorando sus relaciones con sus vecinos en la región.

²⁶⁸ GROSSMAN, David. "Israel's Fight for Real Peace". En: New York Times. Publicado el 28 de Septiembre de 1996. p. A23.

Una vez que comenzó a darse el proceso de transformación del interés nacional, se empezó a gestar también la apertura de Israel hacia la sociedad internacional, sobre todo ante el asedio de distintos canales: Opinión pública, foros, publicaciones, medios de comunicación y hasta mecanismos para una pública rendición de cuentas por parte de Netanyahu y sus partidarios²⁶⁹. Tan importante como el proceso legal transnacional, son los mecanismos de negociación que se pusieron en marcha en virtud al acuerdo de Oslo, creando de esta forma una estructura base para la interacción en pro de la paz²⁷⁰. De esta forma, la interacción sostenida por las partes en múltiples ocasiones fue convirtiendo a los acuerdos de Oslo en un medio para enmarcar la posición de las partes. De esta forma, tanto Israel cuanto Palestina empezaron a invocar términos incluidos en los acuerdos y así, unidos aunque desde distintos ángulos, fortalecieron la interpretación e interiorización de este acuerdo²⁷¹. Otro paso se dio cuando el Parlamento israelí (el Knesset) aprobó formalmente los acuerdos de Oslo, internalizando él mismo las normas suscritas en dichos acuerdos²⁷². Esta interiorización tuvo el efecto de establecer los acuerdos de Oslo como un hecho consumado, lo cual aumentó dramáticamente los costos internos que podría sufrir Israel si Netanyahu decidía incumplir lo dispuesto por los acuerdos de Oslo²⁷³. Todos estos factores fueron los que finalmente llevaron al recalcitrante Netanyahu a firmar el acuerdo de Hebrón con Yasser Arafat, lo cual condujo por extensión al partido Likud a asumir los acuerdos de Oslo como una pauta de comportamiento para el futuro. El tratado de Hebrón hacía aún más difícil atacar y desconocer un proceso en el que ya estaba involucrado²⁷⁴. En resumen,

este proceso por etapas acabó por **enfriar** la vehemente actitud inicial de Netanyahu contra los acuerdos de Oslo²⁷⁵. Es decir, el cumplimiento se había dado a través del sistema interactivo por medio del cual ambas partes manifestaron sus intereses y sus identidades, las cuales luego fueron analizadas por la comunidad internacional, que otorgó normas transnacionales que a través de la interacción constante terminaron por internalizarse en cada una de las partes. Este episodio muestra el poder del proceso legal transnacional para promover, a través de la interacción, la generación de normas y el refuerzo de las mismas, además de la incorporación de estas normas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Ahora bien, el proceso no es en absoluto una panacea y, en este momento, el futuro del proceso de paz en Medio Oriente sigue siendo incierto y convulsionado²⁷⁶. Pero incluso en el peor escenario posible, si los acuerdos de Oslo colapsan o son desconocidos de forma definitiva, el incidente de Hebrón todavía permite ilustrar cómo las normas internacionales por medio de procesos transnacionales pueden perfectamente penetrar e influir en nuestra política interna. Es por medio de los comportamientos constantes y aceptados de los actores que interactúan entre sí que se forman patrones que luego maduran en instituciones, acuerdos, regímenes y redes transnacionales. Las normas emanadas de esta evaluación no sólo guían de forma general la conducta externa, sino que, incluso, otorgan significados e interpretaciones específicas en materias especializadas (pensemos, por ejemplo, en la interpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos), que a su vez mutan

²⁶⁹ Thomas Friedman describió a Netanyahu como una respuesta ante la presión conjunta de múltiples fuerzas democráticas.

²⁷⁰ Mucha de la repercusión que generaron los acuerdos de Oslo se basó en el improbable compromiso de Israel y las Autoridades Palestina, lo cual ha generado increíbles debates y soluciones a controversias múltiples como el caso de Hebrón, lo que derivó en el ya detallado "Acuerdo de Hebrón".

²⁷¹ GORDON, Evelyn. "Government: PA charter must be amended". En: Jerusalem Post. Publicado el 27 de enero de 1997. p. 12.

²⁷² MAKOVSKY, David y John IMMANUEL. "Knesses to vote on Hebron pact today". En: Jerusalem Post. Publicado el 16 de enero de 1997. p. 1.

²⁷³ HONIG, Sarah. "Netanyahu: we will continue peace process". En: Jerusalem Post. Publicado el 22 de Abril de 1996. p. 12.

²⁷⁴ Ver: "One Battle Over, On to the Next". En: The Economist. Publicado el 18 de Enero de 1997. p. 41.

²⁷⁵ GREENBERGER, Robert. "Netanyahu and Arafat go front Antagonism to Working Together". En: Wall Street Journal. Publicado el 14 de Febrero 1997. p. A1.

²⁷⁶ WATSON, Russell. "Bringing Up Bibi". En: Newsweek. Publicado el 24 de Marzo de 1997. p. 52.

en estructuras legales y políticas nacionales manifiestas en la acción ejecutiva, la labor legislativa e inclusive las decisiones judiciales. De esta forma, se gestan ideologías jurídicas que prevalecen frente a los apetitos nacionales que puedan surgir en los gobernantes dado que estos apetitos bien pueden poner en riesgo al estado de ser catalogado de infractor e incluso percibido como usuario de un comportamiento abiertamente **ilegal**. La toma de decisiones nacionales se convierte, por tanto, en una labor enraizada con las normas jurídicas internacionales, como los acuerdos institucionales celebrados para la elaboración y el mantenimiento de un proceso internacional que se arraigue en la prestación de un servicio doméstico²⁷⁷. De tal forma, instituciones jurídicas nacionales, políticas simbólicas, estructuras legales, procedimientos regulados de trabajo así como otros mecanismos internos se ponen al servicio del proceso para mantener el cumplimiento deseado de la norma internacional ya interiorizada²⁷⁸. Estas instituciones se transforman así en **portadoras de la historia**, es decir, de la línea del tiempo en la cual se fue consolidando la retroalimentación entre el plano local e internacional, así estas instituciones evolucionan en diferentes sentidos a fin de no entrar en un conflicto de normas interiorizadas²⁷⁹.

Tales hábitos institucionales conducen al establecimiento de patrones predeterminados de cumplimiento. Por lo tanto, en palabras de Henkin la conclusión sería: “[C]asi todas las naciones observan casi todos los principios del Derecho Internacional... casi todo el tiempo”²⁸⁰. “Cuando una nación se desvía del patrón (la presunción del cumplimiento) se crean fricciones”²⁸¹. Y, precisamente, para evitar tales fricciones en las continuas interacciones de las que inevitablemente será parte la nación es que sus líderes tienen la potestad de cambiar a tiempo su política

desde la abierta infracción al esperado cumplimiento. Es por medio de este proceso legal transnacional, esta suerte de ciclo repetido de interacción, interpretación e internalización, que el Derecho Internacional adquiere su “adherencia”, que los Estados adquieren su identidad, y que las naciones lleguen a **obedecer** el Derecho Internacional porque lo perciben afín a su interés propio.

La participación en el proceso ayuda, entonces, a reconstruir los intereses nacionales para, en consecuencia, restablecer la identidad de los actores como agentes respetuosos de la ley, así como usar este *status* adquirido de **actores obedientes** para legitimarse ante sus pares. Esto ocurre a menudo con las economías emergentes en la sociedad internacional. Como ya he descrito, el proceso legal transnacional nos da una explicación teórica de por qué los países obedecen y un plan estratégico (práctico) que motiva a las naciones a obedecer. ¿Cómo, entonces, se debe abordar el estudio de este proceso? Aunque una aproximación completa requerirá en buena cuenta un análisis interdisciplinario, he de plantear algunas preguntas básicas, utilizando los Derechos Humanos como ejemplo. En lo que hemos denominado el **régimen de los tratados**, la defensa de los Derechos Humanos es bastante débil, dado que los gobiernos, por razones económicas o mero empleo de la *Realpolitik*, son renuentes a denunciar los abusos perpetrados por otros gobiernos²⁸². En tal área, donde los mecanismos del cumplimiento son débiles, pero las normas consuetudinarias gozan de vigor, están claramente definidas y con frecuencia son imperativas (*ius cogens*), la mejor estrategia para lograr el cumplimiento no es el modelo de gestión o un régimen de interacción **horizontal**, sino, más bien, estrategias verticales de interacción, la interpretación y la internalización.

²⁷⁷ Ver: KEOHANE, Robert. “Compliance with international commitments: Politics within a framework of Law”. En: American Society of International Law 86.

²⁷⁸ EDELMAN, Lauren; PETERSON, Stephen; CHAMBLISS, Elizabeth y Howard ERLANGER. “Legal ambiguity and the politics of compliance: Affirmative action officer’s dilemma”. En: Law and Policy 13. 1991.

²⁷⁹ OSTROM, Elinor. “A Grammar Institutions”. En: American Political Science Review 89. 1995.

²⁸⁰ HENKIN, Louis. Op. cit. p. 42.

²⁸¹ Por ello, cuando una nación en desarrollo no paga, por ejemplo, una deuda soberana, eso perjudica su capacidad de asegurarse nuevos préstamos. Cuando un gobierno niega la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en un caso en que es demandado, esa decisión perjudica su capacidad de llamar a la Corte en caso quiera éste demandar.

²⁸² CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 123.

Si los actores transnacionales obedecen el Derecho Internacional como resultado de repetidos procesos de interacción con otros actores en el proceso legal internacional, entonces el primer paso debe ser capacitar a más actores a participar. Es aquí donde la aplicación del papel de las organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, entidades empresariales, y colectivos ciudadanos merece un estudio cuidadoso²⁸³. ¿Cómo es que, por ejemplo, las redes de Derechos Humanos y comunidades epistémicas se forman entre organizaciones internacionales y regionales, organizaciones no gubernamentales y nacionales, y fundaciones privadas?²⁸⁴ ¿Cómo estas redes se entrecruzan y complementan con el régimen internacional de los Derechos Humanos, a saber, el sistema mundial de normas y procedimientos dispuesto por las Naciones Unidas, el bloque regional europeo, las organizaciones de Latinoamérica, Norteamérica, Asia, África y Oceanía, el Derecho Laboral Internacional, las normas contra la discriminación racial, etcétera?²⁸⁵ Dentro de los gobiernos nacionales y las organizaciones intergubernamentales, ¿Qué papel juegan los abogados y asesores jurídicos en asegurar que las políticas del gobierno se ajusten a las normas jurídicas internacionales y cómo provocar que las agencias gubernamentales tomen posturas proactivas de denuncia ante violaciones de los Derechos Humanos?²⁸⁶

Luego, si la meta de la interacción es producir una **interpretación** de las normas de Derechos Humanos, ¿qué foros están abiertos para la elaboración y enunciación de normas, tanto dentro como fuera de los actuales regímenes de Derechos Humanos? Si éstos no existen, ¿de qué manera podrían adaptarse los foros existentes a este fin²⁸⁷, o tal vez nuevos foros,

como las Cortes Penales Internacionales para el caso de Ruanda o de Yugoslavia?

Tercero, ¿Cuáles son las mejores estrategias para **internalizar** las normas internacionales de Derechos Humanos? Uno puede distinguir entre **internalización social, política y legal**. La internalización social se adquiere cuando una norma obtiene tanta legitimidad pública, que lo general es que todos la obedezcan²⁸⁸. La internalización política ocurre cuando las élites políticas aceptan una norma internacional y la adoptan como política de gobierno. La internalización legal ocurre cuando una norma internacional es incorporada al Derecho doméstico a través de alguna acción ejecutiva, decisión jurisprudencial, acción legislativa o alguna combinación de éstas. Así pues, la controversia del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos ejemplifica de forma cabal la incorporación de una norma (interpretación original de los tratados) en el Derecho y política interna de los Estados Unidos, lo cual se dio tras un proceso de interacción entre el Presidente, la Asociación para el Control de Armas y la Administración de Desarme. La internalización judicial puede ocurrir cuando algún litigio doméstico suscita la incorporación de alguna norma internacional referida a los Derechos Humanos, tanto implícitamente, interpretando alguna norma nacional a la luz de los tratados internacionales de la materia²⁸⁹; cuanto explícitamente, a través de lo que se llama "litigación internacional pública"²⁹⁰. La internalización legislativa se da cuando el **lobbying** doméstico incrusta al Derecho Internacional dentro de la legislación interna vinculante o incluso la incorpora a escala constitucional²⁹¹.

De tal suerte que la relación entre la internalización social, política y legal puede ser

²⁸³ Ibid. pp. 53-54.

²⁸⁴ SIKKINK, Kathryn. "Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America". En: *International Organization* 47. 1993.

²⁸⁵ DONNELLY, Jack. "Universal Human Rights in Theory & Practice". Londres: Cornell University Press. 1989. pp. 205-228.

²⁸⁶ CASSESE, Antonio. "The Role of Legal Advisers in Ensuring that Foreign Policy Conforms to International Legal Standards". En: *Michigan Journal of International Law* 121.1992.

²⁸⁷ Ver: WEILER, Joseph. "The transformation of Europe". En: *Yale Law Journal* 100. 1991.

²⁸⁸ Por ejemplo, considerar el principio de equidad racial universal, discutido en: KLAUTZ, Audie. Op. cit.

²⁸⁹ Ver el caso *Murray v. Schooner Charming Betsy*, discutido en: STEINHARDT, Ralph. "The role of international Statutory Construction". En: *Vanderbilt Law Review* 43. 1990.

²⁹⁰ Ver: KOH, Harold. "Transnational Public Law Litigation".

²⁹¹ Las constituciones nacionales de Irlanda, los Países Bajos e Italia, por ejemplo, reconocen a la incorporación de principios legales internacionales como una meta política.

compleja. En el caso de los refugiados haitianos²⁹², por ejemplo, la demanda por el respeto de su integridad en coherencia con los Derechos Humanos inicialmente no logró interiorizarse a través de un tratado o una norma, sin embargo, posteriormente y luego de manifestar una profunda y creciente indignación social sobre el trato que recibían los refugiados en Estados Unidos es que se empezó a dar el proceso de internalización. De allí que se creara durante la administración de Bill Clinton la **Comisión para la administración de los refugiados haitianos**²⁹³. De manera similar, y comenzando con el caso *Finartiga v. Penalrala*²⁹⁴, los litigantes estadounidenses de los Derechos Humanos han comenzado a promover la incorporación judicial a la Ley Nacional de Normas Internacionales que Prohíben la Tortura, de forma que esto presionó al entonces presidente Bush a ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, así como presionó al Congreso a promulgar la Torture Victim Protection Act de 1991²⁹⁵.

En el Reino Unido, la cuestión de la internalización legislativa se viene dando de forma similar poniendo de manifiesto como el partido opositor, el Partido Laborista prometió que, de ser elegido, incorporará al Reino Unido a la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, siendo esta propuesta una de las más controvertidas y prestas para el debate desde 1950, durante la gestión de Attlee Clement, siendo él el primero en ratificar la Convención en tal año. Desde entonces, la Convención ha sido interiorizada en parte a través de la construcción judicial. Sin embargo, la negativa del Poder Judicial Británico de incorporar de forma explícita la Convención, ha dado un nuevo impulso al debate en torno al proceso de interiorización. Como se puede corroborar, no todo proceso de internalización es automático, llano o

simple, de hecho puede ser accidentado y tener idas y venidas en su desarrollo²⁹⁶.

Por lo tanto, el concepto de proceso legal transnacional está repleto de implicancias importantes, no sólo para los teóricos de las Relaciones Internacionales, sino para los activistas políticos, los gobernantes, incluso para ciudadanos curiosos. Para los activistas, el papel constructivo del Derecho Internacional se manifiesta con mayor énfasis en la era de la posguerra Fría, dado que durante las cinco décadas que duró este episodio histórico el paradigma realista y la aplicación de la *Realpolitik* dominó las Relaciones Internacionales y, por tanto, tanto los activistas independientes cuanto aquellos que formaron parte de organizaciones no gubernamentales intentan apenas tímidamente participar, influir y en última instancia hacer cumplir las normas del proceso legal transnacional. De igual forma, los gobernantes y líderes políticos con cierta sensatez en materia de política exterior fueron extremadamente cautos ya que para garantizar el acierto de sus decisiones deben considerar no sólo las reglas globales, sino el contexto político global, así como entender su plano local, a fin de que una vez entendiendo los mecanismos del legislativo, ejecutivo y judicial se pueden emplear los mismos para incorporar las normas jurídicas internacionales en su ordenamiento doméstico²⁹⁷.

En 1992, Oran Young preguntó, “¿por qué es que un actor adquiere cierto sentido de obligación, de necesidad de ajustar su conducta a los dictados o requisitos que le impone un régimen o una institución? Creo que hay diferencias entre estar **obligado a hacer algo** y hacerlo **motivado por una razón moral, normativa o legal**”²⁹⁸ [El énfasis es nuestro]. Aunque Young sólo especificó estos distintos tipos de razones, yo considero, personalmente, que todas

²⁹² Ver el caso *Sale v. Haitianos*.

²⁹³ Ver: KOH, Harold. “Transnational Legal Process”. Ver también: KLOTZ, Aussie. Op. cit.

²⁹⁴ 630 F.2d 876. 1980.

²⁹⁵ 106 Stat. 73. 1992.

²⁹⁶ ZANDER, Michael. “A bill of Rights?”. Cuarta Edición. London: Sweet & Maxwell. 1997.

²⁹⁷ En mi siguiente libro, sugiero aplicar esta dinámica de interiorización y potenciarla. Esto se logrará en la medida que los agentes del gobierno reconozcan el fenómeno y decidan aprovecharlo para hallar en el Derecho Internacional soluciones a problemas o controversias locales.

²⁹⁸ Ver: SLAUGHTER, Anne-Marie. “International Law and International Relations Theory”. En: American Society of International Law 86. 1992.

se hallan en conjunto en la cuestión de la **obediencia**. Un actor transnacional siente la obligación moral de cumplir una norma en medida que ésta constituye una obligación legal y tal *status* de legalidad es sólo alcanzado por medio de la interpretación y asimilación de la norma en el orden jurídico interno. Tanto Chayes cuanto Franck son ejemplares consumados de dos tradiciones filosóficas distintas que se refieren al proceso legal transnacional, sin embargo, ambos aceptan que el Derecho Internacional es más propenso a ser cumplido por los actores en la medida que ellos ven reflejado en él la legitimidad de su orden doméstico.

Es precisamente esta **aceptación interna** el concepto del que carecía Hart cuando afirmó que el Derecho Internacional no cumple con el concepto de Derecho. Aún en los propios términos de Hart, el proceso legal transnacional es capaz de lograr la internalización de las normas globales y

ofrecer normas secundarias, así como **reglas de reconocimiento**, las cuales Hart consideró ausentes en el Derecho Internacional²⁹⁹. Esta revisión de diversos ensayos, propuestas, publicaciones y corrientes, que lejos de ser un fenómeno novedoso, la internalización de dictámenes internacionales en ordenamientos locales para garantizar su cumplimiento tiene raíces históricas profundas y vasto eco teórico. La participación en el proceso legal transnacional crea una normatividad dinámica y constitutiva. La interpretación de las normas mundiales e internalización de éstas en la legislación internacional se traduce en la reconstrucción de los intereses nacionales, la identidad nacional y finalmente, el rol en la sociedad internacional. En una era post ontológica, caracterizada por la **nueva soberanía**, la riqueza de la propuesta del proceso legal transnacional puede proporcionar la llave requerida para desbloquear el antiguo enigma de por qué las naciones obedecen.

²⁹⁹ Ver pie de página 71.

EL CAMINO DE LA PAZ

Fernando de Trazegnies Granda*
Miembro del Comité Consultivo de THĒMIS

¿Cuáles son los orígenes históricos de la disputa fronteriza entre Perú y Ecuador? ¿Por qué éste había sido un problema arrastrado desde el nacimiento de los Estados? ¿Cómo se realizó la política de negociación entre los Estados a fin de alcanzar un acuerdo de paz duradero?

En este artículo, el ex Canciller de la República y uno de los gestores del histórico acuerdo responde a estas preguntas rastreando la cuestión fronteriza desde los albores de la independencia americana con el fin del Imperio Español, hasta detallar el acuerdo de paz alcanzado durante el gobierno de Alberto Fujimori, en 1998.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de la cátedra de Filosofía del Derecho en la misma casa de estudios. Visiting Scholar en Harvard Law School. Ex Ministro de Relaciones Exteriores del Perú. Miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Miembro de número de la Academia Peruana del Derecho.

Resulta difícil entender la sutileza de las conversaciones con el Ecuador para la demarcación definitiva de la frontera común si no se tiene en cuenta los orígenes y el desarrollo histórico de la cuestión. En ese sentido, tenemos que remontarnos varios siglos atrás, por cuanto el problema no surge recientemente; no es el resultado de la aplicación del Protocolo de Río de Janeiro, sino que el mismo Protocolo es, a su vez, un hito –fundamental e irreversible– dentro de un proceso que tiene su origen desde la época de la independencia americana.

Es importante recordar que, en el origen, la América Española fue organizada únicamente en dos Virreinos: Uno que comprendía el Norte, constituido por el Virreinato de Nueva España (hoy México), y otro que comprendía América del Sur constituido por el Virreinato de Nueva Castilla, que paulatinamente fue transformando su nombre en el de Virreinato del Perú. Cada uno de estos dos virreinos estaba dividido en audiencias, que se fueron fundando a medida que avanzaba la Conquista y la colonización de las nuevas tierras. Estas audiencias eran básicamente tribunales de justicia pero con ciertas facultades de gobierno y jurisdicción dentro de sus territorios. Y alrededor de tales virreinos se crearon algunas circunscripciones que, debido a las características de sus poblaciones agresivas y al escaso nivel de colonización, requerían un dominio de tipo militar: Éstas fueron las Capitanías Generales. La Audiencia de Lima fue creada en 1542, con sede en la llamada Ciudad de los Reyes (que fue cambiando su nombre por el de Lima), la que quedó constituida como la capital del Virreinato de Nueva Castilla o Perú.

En 1563 se establece la Audiencia de Quito, dentro del Virreinato del Perú. A esta audiencia, el Gobierno español le adjudica los territorios de Jaén y Maynas, ubicados sobre la ribera norte de los ríos Amazonas y Marañón, e incluso Tumbes, Cajamarca, Chachapoyas y Moyobamba. De esta manera, en el interior del Virreinato del Perú, la línea de separación entre las Audiencias de Quito y de Lima eran los ya mencionados ríos. No olvidemos que éstos sólo son límites de audiencias, dentro del Virreinato del Perú; por tanto, el Perú es todo, incluso Quito. Y no olvidemos tampoco que toda la parte de la selva es en ese entonces prácticamente desconocida y que en buena medida será

ocupada por Portugal y se convertirá en Brasil.

En el siglo XVIII, dentro de la política de reorganización administrativa de los dominios españoles que implantan los Borbones a su llegada al trono de España, se crean varios nuevos virreinos en América del Sur, dado que los territorios resultaban ya enormes para una administración relativamente centralizada. Es así como, en 1717, se instituye el Virreinato de Nueva Granada, uniendo las audiencias de Santa Fe de Bogotá y de Quito. Ésta es la primera desmembración del Virreinato del Perú, que comprende lo que hoy es Colombia y Ecuador, así como toda la región selvática al norte de los ríos Marañón y Amazonas.

Sin embargo, el acceso a las zonas de Jaén y Maynas era en ese tiempo bastante más difícil desde el Virreinato de Nueva Granada que desde el Perú. Esta situación impulsó a la Corona española a enviar a don Francisco de Requena y Herrera, ingeniero y militar español, para que emitiera un Informe sobre el tema. Y éste, después de recorrer ampliamente la selva durante catorce años, dictaminó que era más fácil mantener controladas y evangelizadas esas zonas si estaban ligadas a Lima en vez de Quito. Incluso recomendó que fueran los franciscanos del Convento de Ocopa, que ya habían hecho muchas incursiones misioneras dentro del área amazónica, quienes podían llevar el Evangelio a esos lugares apartados de la selva. Es por ello que la Corona expidió la famosa Real Cédula del 15 de Julio de 1802, que será el campo de todas las discusiones posteriores con Ecuador, por la que se crea un Obispado en las misiones de Maynas, sufragáneo del Arzobispado de Lima y se establece que el Gobierno y la Comandancia General de Maynas, se reincorporen al Virreinato del Perú, “lo que se verificó y cumplió en todas sus partes”, según lo dice el propio Requena.

Obviamente, la Independencia de España que tiene lugar a principios del siglo XIX, para constituir varias naciones independientes y distintas unas de otras, con su propia organización política y sus propios territorios soberanos, exige adoptar ciertos criterios para determinar los límites de estos nuevos Estados americanos. En general, se entendía que las nuevas naciones se construían sobre la base de los Virreinos y Capitanías españoles existentes.

Por este motivo, tomando en cuenta la estructura cultural, económica e histórica de los Virreinos españoles, pero también la libertad de los pueblos consistente con el ideal liberal que marcaba el movimiento independentista, se acordó determinar los territorios de cada nuevo país ciñéndose a dos criterios que se levantan como los pilares del Derecho demarcatorio: El *uti possidetis* y la libre determinación de los pueblos.

El primero es el de *uti possidetis, ita possideatis*; conforme lo que poseéis, así poseeréis, lo cual significa que las nuevas administraciones republicanas deciden admitir como regla general las antiguas fronteras del tiempo de la administración española. Como el proceso de Emancipación comienza en varios lugares de la América española durante la segunda década del siglo XIX en diferentes tiempos, se decide que el año de corte será precisamente justo antes de entrar en esa ebullición de independencias, esto es, el año 1810.

El segundo principio es que los pueblos tienen el derecho de organizarse como quieran y de unirse con quien quieran. Por consiguiente, si el pueblo de un determinado territorio opta mayoritariamente por pertenecer al país vecino, debe aceptarse esta decisión. Esto es lo que se conoce como el principio de libre determinación de los pueblos.

Es así como Bolívar, quien tenía mucho interés estratégico en controlar Guayaquil incluyéndolo en la Gran Colombia para darle a ésta un mayor acceso al Pacífico, promueve en esta región —que pertenecía a la Audiencia de Lima— un plebiscito que de alguna manera dirige y en el cual logra que la población vote por su anexión a Colombia. Por otra parte, Jaén y Maynas eran zonas en discusión debido a los traslados de jurisdicción que habían sufrido en las últimas décadas; esto a pesar de que en el año 1810 esas zonas pertenecían a la Audiencia de Lima según la Real Cédula de 1802 antes mencionada. Pero los habitantes de Jaén resuelven el problema también plebiscitariamente, indicando que ellos querían pertenecer al Perú.

El problema de Maynas era diferente porque se trataba de una región que se encontraba todavía prácticamente sin influencia occidental, habitada sólo por nativos, constituyendo una suerte de *terra incognita*, apenas visitada por los misioneros que venían

esporádicamente desde el Perú y algunos funcionarios administrativos. No había, pues, una población importante ni menos capaz de ser convocada para tomar una decisión sobre la base de la libre determinación. Por consiguiente, no cabía la menor duda de que se aplicaba el *uti possidetis* y, consecuentemente, de acuerdo a la Real Cédula de 1802, debía pertenecer al Perú.

Bolívar deja el Perú en 1826 y el Perú adopta una posición anti-bolivariana. Y es entonces que Bolívar, ya desde la Gran Colombia, actuando vengativamente y en forma contradictoria con sus actos anteriores, exigió la restitución por el Perú a la Gran Colombia de Jaén y de parte de Maynas, aduciendo que habían pertenecido al Virreinato de Nueva Granada, convertido en Colombia por la Independencia de España. Y es así como tuvo lugar, en 1828, la primera guerra motivada por esta frontera: Una guerra que duró cerca de un año, al comienzo con victorias peruanas, más tarde con victorias colombianas, hasta que, en septiembre de 1829, se firmó el Tratado de Paz de Guayaquil, reconociéndose el *uti possidetis* que le daba derecho al Perú.

Pero, un año después, la antigua Audiencia de Quito se separa de la Gran Colombia, llevándose también Guayaquil y constituyendo así la nueva República de Ecuador, Y, lamentablemente, el conflicto fronterizo de la Gran Colombia con el Perú, originado en el malestar político causado en Bolívar por la actitud peruana frente a su gobierno, es heredado por la nueva República de Ecuador, la que reivindica la región de Maynas como propia. Y es aquí que comienza el conflicto fronterizo entre Ecuador y el Perú.

El siglo XIX es indudablemente un período difícil en las relaciones entre el Perú y el Ecuador. En los primeros momentos, Ecuador llegó a sostener que le correspondía no sólo Jaén y Maynas, sino también Tumbes. Después aceptaron que Tumbes era peruano pero, durante todo el siglo XIX, caminamos ambos países hacia el siglo XX guiados por dos sueños irrealizables, dos sueños que no podían materializarse sin colisión. Estos dos sueños podríamos describirlos geoméricamente como el de la frontera horizontal y el de la frontera vertical.

Ecuador mantenía su pretensión de llegar hasta el río Marañón-Amazonas, Por su

parte, el Perú sostenía que, a partir de la Quebrada de San Francisco, la frontera se levantaba verticalmente hacia el Norte por la vertiente oriental de los Andes, siguiendo en la dirección del meridiano, de tal manera que esta línea fronteriza pasaba escasamente a doce kilómetros al este de Quito, privando a Ecuador de todo derecho sobre la selva amazónica. Recuerdo muy claramente mis cuadernos de niño, donde hacía los garabatos propios del jardín de infancia, que tenían en su parte posterior un mapa del Perú con la frontera vertical. Y, por eso, recuerdo también el desconcierto que tuvo nuestra generación cuando, después del Protocolo de Río de 1942, estando ya en el Colegio, los mapas de la contratapa de nuestros cuadernos donde escribíamos nuestras primeras palabras habían cambiado y ahora la frontera no era una línea vertical sino diagonal a través de la Amazonía. Vivir nacionalmente persiguiendo sueños enfrentados era una situación insostenible que podía convertirse en cualquier momento en pesadilla; sin embargo, esta situación duró casi dos siglos.

En el siglo XX, las relaciones entre Perú y el Ecuador se desarrollaron iguales o peor que en el siglo XIX. Dada la situación tan tensa entre los dos países, Estados Unidos promovió una solución que no fuera vinculante pero que permitiera tener un poco de orden en la frontera. Esta solución consistía en que, sin perjuicio de seguir discutiendo los argumentos jurídicos sobre la frontera, por el momento se reconociera como tal la línea de hecho, es decir, la línea que dividía la ocupación efectiva de ambos países. Porque ni Ecuador ocupaba el territorio hasta el río Amazonas, ni el Perú tampoco lo ocupaba hasta doce kilómetros de Quito. Esta línea de ocupación efectiva fue en la práctica una suerte de bisectriz; ni una frontera vertical ni una horizontal, sino una diagonal. Los dos países seguirían discutiendo sus derechos, pero, mientras tanto, ninguno podía hostilizar al otro ni tratar de obligarlo a desocupar los territorios a uno y otro lado de la diagonal. Sin embargo, pese a todo ello, cinco años después de dicha recomendación, en 1941, se desataba la guerra.

No tiene sentido discutir ahora sobre quién comenzó las hostilidades. Ambos países se acusaron recíprocamente de provocaciones recíprocas. Pero, era tal el estado de tensión que bastaba una chispa que podía venir de cualquier lado para incendiar el pajar.

La campaña militar sólo duró tres semanas. La superioridad del Ejército peruano era notoria; incluso contaba con una unidad de paracaidistas, siendo ésta la primera vez que se utilizó el paracaidismo en combates en América del Sur. Por ello el Perú ocupó muy rápidamente las provincias ecuatorianas del Oro y parte de Loja, amenazando con tomar Guayaquil. En estas condiciones, Ecuador solicitó el cese del fuego y los dos Estados beligerantes aceptaron reunirse en Río de Janeiro a propuesta de un grupo de países de América.

En 1942 se firmó el Protocolo de Río de Janeiro que delimitaba de manera definitiva la frontera común. Ecuador no tenía acceso soberano al Amazonas, pero las dos naciones –sin declararlo de esta manera– decidieron adoptar un criterio práctico: Básicamente, convirtieron la “frontera de hecho” del *statu quo* de 1936 en una “frontera de derecho”, renunciando a sus demás pretensiones recíprocas. En el fondo, si bien la interpretación que se dio en el Perú y en el Ecuador a veces distorsionó las cosas, ambos países se habían cedido uno al otro parte del territorio discutido; como consecuencia de ello, tanto Ecuador cuanto el Perú habían perdido parte de su sueño territorial, pero habían ganado la paz. Sin embargo, la paz no puede ser nunca la mera suscripción de un documento jurídico sino que tiene que implantarse en los corazones si quiere ser eficaz. Lamentablemente, la paz del Protocolo de Río, jurídicamente irrevocable, alcanzó el nivel de las razones pero no el de los sentimientos. Y es así como Ecuador mantuvo la idea de que había sido obligado a aceptar tal frontera debido a la guerra y, en el fondo, el pueblo ecuatoriano no sentía que el acuerdo era justo.

Los trabajos demarcatorios de acuerdo al Protocolo de Río comenzaron prácticamente de inmediato. En pocos años, las Comisiones Mixtas de ambos países demarcaron casi toda la frontera, de manera que, en principio, ya no había discusión posible sobre toda esa inmensa extensión demarcada. Hubo algunos problemas, pero se recurrió al arbitraje de un experto geógrafo y marino brasileño y así se pudo seguir adelante. La dificultad más terca, por llamarla de alguna manera, surgió en 1947, cuando Ecuador sostuvo que existía una imposibilidad material de cumplir con el Protocolo en el pequeño tramo

correspondiente a la zona ubicada entre la Quebrada de San Francisco y la confluencia de los ríos Yaupi y Santiago. Ello se debía, según Ecuador, a que el Tratado ordenaba que se siguiera el *divortium aquarium* de los ríos Zamora y Santiago; pero que, más tarde, gracias al Servicio Aero-fotográfico estadounidense, se había descubierto que esos ríos no formaban sistemas adyacentes sino que estaban separados entre sí por un pretendido tercer sistema constituido por el río Cenepa. A este argumento, el Perú replicó que el río Cenepa era conocido en toda su extensión desde antes de la suscripción del Protocolo de Río de Janeiro y que, por consiguiente, las informaciones del Servicio Aero-fotográfico estadounidense no aportaban ninguna novedad y no podían poner en cuestión la frontera definida por el Protocolo.

Esta discusión se refería a una parte mínima de la frontera; todo lo demás se encontraba demarcado de mutuo acuerdo. Sin embargo, los trabajos de demarcación fueron suspendidos y se iniciaron conversaciones entre las partes que no tuvieron éxito. El Ecuador planteaba la inejecutabilidad del Protocolo de Río en esta zona de la frontera, por lo que la demarcación quedó paralizada.

Pero más tarde, Ecuador propone un cuestionamiento aún más radical. El Presidente de Ecuador, José María Velasco Ibarra, en un arranque de entusiasmo político, anunció el 17 de Agosto de 1960, cuando se disponía a asumir la Presidencia de la República por cuarta vez, que Ecuador denunciaba todo el Protocolo de Río, tachándolo de nulo. El pretexto para tal declaración era que ese acuerdo había sido suscrito después de una guerra entre las dos naciones y que ello implicaba que los pactos eran el resultado de la presión del vencedor, que había sido el Perú. Asimismo, sostuvo la vocación irrenunciable del Ecuador de llegar hasta las riberas del río Marañón. Esto significaba desconocer de manera total el Protocolo de Río y volver a las condiciones de una guerra para dirimir toda la frontera.

Como consecuencia de estos hechos, ambos países adoptaron una política de paz armada, equipándose cada uno militarmente ante la eventualidad de una nueva guerra. Las escaramuzas y sobresaltos se producían de tiempo en tiempo. Por regla general, éstas

tenían lugar a fines del mes de enero, con motivo del aniversario del Protocolo de Río de Janeiro.

Pero el Perú quería realmente llegar a una solución de este secular problema con un país profundamente hermano. Es así como, a fines de 1991, el Presidente Fujimori remite una comunicación al Presidente Rodrigo Borja, con la que le envía una "Propuesta de Amistad, Cooperación e Integración", en la que se planteaba la finalización del proceso demarcatorio de la frontera común, la preparación y firma de un Tratado de Comercio y Navegación por el Amazonas contemplado en los acuerdos de 1941 y sugerencias sobre proyectos socio-económicos comunes en las zonas fronterizas, sobre la base de la paz entre los pueblos. Dentro de esta misma línea, el Presidente Rodrigo Borja invita al Presidente Fujimori a visitar Ecuador. Y es así como se produce, en enero de 1992, la primera visita de Estado de un presidente peruano a Ecuador, el cual fue calurosamente aplaudido por las masas en la Plaza de San Francisco de Quito. El planteamiento que llevaba era de amistad y de búsqueda de una solución en común a los problemas del pasado. El Presidente Fujimori fue incluso invitado por el Congreso ecuatoriano, donde pronunció un discurso insistiendo en la necesidad de crear las condiciones para la paz que fue recibido con simpatía por los congresistas.

Lamentablemente, esta iniciativa se frustró. El Presidente Borja nunca contestó al Presidente Fujimori la carta y la propuesta recibida de éste último. Más bien, en unas declaraciones públicas, manifestó que las posiciones del Perú y del Ecuador en materia demarcatoria se encontraban muy alejadas una de otra.

El 10 de Agosto de 1992 asumió la Presidencia de la República de Ecuador el arquitecto Sixto Durán Ballén. Resulta muy significativo que el Presidente del Perú, el ingeniero Alberto Fujimori, asistiera a la transmisión de mando e incluso, durante su permanencia en Quito, diera una conferencia de prensa declarando que había propuestas de ambos lados "en busca de una solución pacífica, justa y digna para ambos pueblos". Por su parte, el Presidente ecuatoriano tuvo especiales deferencias para con el Presidente peruano, al punto de bajarse del estrado durante el discurso de inauguración de su mandato para abrazar al Presidente Fujimori. Todo ello era

bastante insólito y novedoso, y contribuyó a formar, en la mente del pueblo ecuatoriano, la convicción de que el Perú estaba tratando seriamente el problema y tenía la voluntad política de encontrarle una solución.

Lamentablemente, algunos incidentes posteriores hicieron que el Presidente Fujimori perdiera la confianza en el Presidente Durán Ballén. Y es en esta forma como llegamos al año 1995.

Nuevamente, hay diversas versiones sobre quién y cómo comenzó la guerra. Ecuador y Perú presentan relatos muy diferentes. Pero esto me obliga a insistir una vez más en que eso ya pasó y aquellos puntos que permanecen en controversia es preferible dejarlos en ese estado sin entrar en mayores detalles a fin de evitar la sensibilización póstuma de una u otra parte.

El hecho objetivo e indiscutible es que las tropas ecuatorianas y las tropas peruanas se encontraron frente a frente en la naciente del río Cenepa. La batalla fue muy dura y muchos peruanos y ecuatorianos perdieron la vida o fueron heridos o mutilados por la extraordinaria cantidad de minas anti-personales que fueron sembradas en la zona. El Presidente Fujimori estuvo en el frente alentando a las tropas peruanas. Después de cruentos combates, los países garantes del Protocolo de Río de Janeiro lograron un cese del fuego, con el compromiso de que el Ecuador y el Perú aceptaran discutir sus diferencias seriamente en el plano diplomático. El Perú estableció como condición para ello que Ecuador retirara sus tropas del lugar denominado Tiwinza, que habían logrado invadir y retener, lo que fue cumplido.

Resulta sumamente importante destacar que es dentro de estas circunstancias tan agitadas que el Presidente de Ecuador, el arquitecto Sixto Durán Ballén, hace una sorpresiva declaración ante la prensa desconociendo la posición adoptada por su antecesor José María Velasco Ibarra y, por consiguiente, declara que Ecuador acepta que el Protocolo de Río está vigente y debe ser respetado; sin perjuicio respecto de las diferencias en cuanto a su interpretación en lo que se refiere la zona ubicada entre la Quebrada de San Francisco y la confluencia del río Yaupi con el Santiago, esto es, el tema de la inejecutabilidad parcial.

Esta declaración cambia totalmente el panorama de las conversaciones entre los dos países.

Yo no fui partícipe de las primeras negociaciones de paz. Fui enviado por el Presidente Fujimori como embajador especial para explicar el conflicto a Inglaterra, Francia, Bélgica y la Unión Europea. Pero pasarían todavía dos años antes de que el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Eduardo Ferrero, me llamara para presidir la delegación peruana en las conversaciones con Ecuador. No puedo hablar de esos dos primeros años, pero sí de lo que vi desde que entré a negociar la paz definitiva. Y puedo narrar esto no de una forma académica sino personal, expresar lo que he vivido al lado del Presidente Fujimori en este asunto tan importante para el Perú.

Ante todo, debo decir que tenía a mi cargo un equipo de lujo. Las personas de la Cancillería eran de primer orden y la delegación también contaba con expertos geógrafos de la Marina y del Ejército, cuya ayuda fue invaluable.

Cuando asumí la presidencia de la Delegación Peruana, ésta ya había tenido varias rondas de reuniones con la Delegación de Ecuador, dentro de las pautas fijadas por la Declaración de Paz de Itamaraty de 1995, habiéndose establecido una lista de siete *impasses* que correspondían a las reclamaciones de una y otra parte. La primera fase de estas reuniones consistía en hacer un inventario completo de estos *impasses*, de manera que cada país debía exponer sus planteamientos sobre ellos para saber exactamente cuál era el alcance de la discrepancia respecto de cada punto. Las delegaciones ya habían expuesto los primeros *impasses* y me correspondía guiar a nuestra Delegación en relación con los más difíciles, que habían sido dejados para el final: Los referentes a la Cordillera del Cóndor y a la zona de la confluencia del río Yaupi con el río Santiago. Sin embargo, lo que encontré en todos los colaboradores y autoridades políticas fue bastante escepticismo: No se creía posible llegar a un acuerdo verdadero con Ecuador.

Llegué a Brasilia para discutir con la delegación ecuatoriana los dos últimos y más difíciles *impasses*. Pero mi primera experiencia fue muy frustrante porque encontré que no se trataba propiamente

de negociaciones (incluso esta palabra era evitada), sino que simplemente las dos partes leían vibrantes alegatos escritos con la misma agresividad de quien informa ante una Corte Judicial (en este caso inexistente) y con la misma solemnidad oficial de quien inaugura un monumento ¡Qué lejos era todo esto de las negociaciones comerciales a las que estaba acostumbrado, en las que prevalece la agilidad y el objetivo claro de llegar lo más pronto posible a una meta exitosa! El formato de las conversaciones oficiales era muy formal y rígido y así no íbamos a llegar a ninguna solución. Faltaba relación humana. Para soslayar estos obstáculos metodológicos sin faltar al formato ni a mis instrucciones, desde el primer día desarrollé una actividad paralela a las conversaciones oficiales: Comencé a establecer relaciones más personales con los miembros de la delegación ecuatoriana, a fin de conocernos mejor unos y otros.

Por eso, en el primer día en Brasilia, propuse al Presidente de la delegación ecuatoriana que nos tuteáramos y que esa noche saliéramos a cenar juntos. Y le dije “no hablaremos del Perú ni del Ecuador ni de fronteras ni ríos en medio de selvas impenetrables. Hablemos de ti y de mí, de nuestras familias y de nuestras aficiones. Sé que tenemos muchas cosas en común y me parece que hay que cultivar el lado humano de la relación entre peruanos y ecuatorianos”. Así lo hicimos y fue una noche muy simpática, con una grata conversación personal entre dos nuevos amigos. Al día siguiente fui a cenar con otro miembro de la delegación ecuatoriana, Gustavo Noboa, más tarde Presidente de Ecuador, a quien conocía antes de reuniones académicas, pues había sido Rector de la Universidad de Guayaquil.

Y así es como traté de hacerme amigo de todos los miembros de la delegación ecuatoriana, convencido de que, siendo la amistad no otra cosa que la paz y el afecto privado, tenía que ser el primer paso para sembrar la paz y el afecto entre los pueblos. En estas conversaciones más aliviadas, era posible rebajar (nunca suprimir) el nivel de las susceptibilidades y de las desconfianzas recíprocas. Cuando menos, se creaba así un clima propicio para plantear cosas no en términos de apasionadas defensas que no hacían sino abrir más la brecha emocional sino de cautelosas investigaciones para descubrir si racionalmente era posible hallar algunos puntos en común.

Una de las anécdotas que me parece más significativa porque refleja ese clima de tensión y de desconfianza, se refiere a la firma del acta de la primera ronda a la que asistí como Presidente de la Delegación. Mis colegas me habían explicado que el último día –de los cuatro o cinco que duraba la ronda– era dedicado a redactar el acta; y que éste era un día muy tedioso porque cada parte pretendía dejar en claro su posición y no admitía que la otra parte lo hiciera. Esto me desconcertó un poco porque, como he dicho, las intervenciones de ambos lados eran muy formales, venían escritas, se leían en voz alta y luego se entregaban a los garantes. Por consiguiente, parecía que el Acta no podía contener muchas adiciones a lo ya dicho. Como no estaba familiarizado con las prácticas diplomáticas, me abstuve de comentar.

Pero, efectivamente, ese día viernes y la noche que le siguió fue en verdad una pesadilla. Cada una de las partes pretendía colocar en el acta un resumen de lo que había dicho en las sesiones. Y, por supuesto, cada parte increpaba a la otra que estaba introduciendo cosas que no se habían dicho durante la ronda. A la una de la mañana del sábado, los ánimos estaban muy exasperados y no parecía posible llegar a un texto común. El Acta, lejos de ser un mero documento de registro, se convertía en una forma de agravar las discrepancias y, sobre todo, de enfrentar emocionalmente a las dos partes. Como vi que no íbamos a avanzar de esta manera pero, al mismo tiempo, dado que no quería plantear un método diferente sin haber consultado con mi delegación, propuse suspender la sesión y continuar al día siguiente en la mañana. Pero algunos miembros de ambas delegaciones querían viajar de regreso a sus casas el sábado y se opusieron a ello. Este clima de irritación cansada se prolongó hasta las cuatro de la mañana, hora en que se aceptó mi propuesta de suspender la sesión y reunirnos el día siguiente a las ocho de la mañana para dar tiempo a salir en los vuelos de mediodía.

Al regresar al hotel, aunque todos estábamos terriblemente fatigados, pedí a mi delegación que nos reuniéramos unos minutos. Ahí les propuse un método diferente de hacer el Acta. Todo lo que se había dicho en las sesiones constaba al pie de la letra en los cuidadosos documentos que se habían presentado a los garantes en cada oportunidad; nunca se dijo una sola palabra que no estuviera escrita

previamente. Por consiguiente, lo lógico era hacer un acta de diez líneas, simplemente dando cuenta de que las dos delegaciones se habían reunido los días tales y tales, y dejando constancia de que todo lo que se había dicho aparecía en los documentos presentados por las partes que constituían anexos integrantes de la dicha acta. En el primer momento, mis colegas se negaron a esa solución porque aducían que era fuera de la práctica habitual. Pero, después de un intercambio de ideas, todos consideraron que esto nos sacaba de un problema que parecía no tener cuándo acabar; y que, además, en las próximas rondas, si se seguía el mismo método de leer discursos, la redacción del acta sería muy simple.

El día siguiente, nos reunimos las dos delegaciones. Hice la misma propuesta a la Delegación Ecuatoriana y la reacción fue exactamente la misma: Al principio hubo una cierta resistencia pero, cuando se comprendió que nada se perdía sino que más bien sobrepasábamos esta dificultad al parecer insuperable, las dos delegaciones se miraron, sonrieron con gran satisfacción y un cuarto de hora más tarde teníamos el acta firmada.

Lo que quiero decir con esto es que los caminos más simples y más directos para que las personas puedan entenderse se encuentran velados por la neblina de la suspicacia, de la desconfianza, del prejuicio, que a su vez producen irritación que contribuye a cegar a las partes. Por eso, una de las lecciones que he aprendido en estas conversaciones de Brasilia y en las que tuvimos también en Buenos Aires, en Santiago, en Lima y en Quito, es que la única manera como las dos partes pueden salir ganando dentro de una negociación es cultivando la confianza recíproca, la amistad y —¿por qué no decirlo?— el buen humor.

Debo señalar que me desconcertaba sobremanera comprobar el abismo que existía entre el Perú y el Ecuador, siendo dos pueblos tan extrañamente idénticos, los dos culturalmente herederos de los españoles y de los incas, con una geografía parecida, con una problemática común respecto de la pobreza y el desarrollo, con incluso muchos parentescos familiares. Varios diplomáticos peruanos especializados en el tema de Ecuador son descendientes de presidentes ecuatorianos, o tienen hijos casados con nietas de presidentes de ese país o con

políticos ecuatorianos prominentes. El primer Presidente del Perú fue Don José de la Mar, quien había nacido en Cuenca; y en casi todas las familias peruanas hay ascendientes quiteños pues, en la época del Virreinato, era normal que las familias que venían de España se establecieran primero en Bogotá o en Quito y luego pasaran a radicar al Perú. Incluso nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores, el Palacio de Torre Tagle, perteneció —cuando menos desde principios del siglo XIX hasta que lo compra el Estado a comienzos del siglo XX— a la familia Ortiz de Zevallos, de origen ecuatoriano. Por otra parte, cada año, nuestro peruanísimo Señor de los Milagros se pasea por las calles de Lima en un anda que, en su parte posterior lleva a la Virgen de la Nube, que es precisamente patrona de Quito. Y con toda esa comunidad de pasado y de futuro, ¿no era posible poner fin racionalmente a una controversia que, en el fondo, resultaba suicida para ambas naciones?

La primera y la segunda ronda de conversaciones en las que participé tuvieron un resultado dudoso. Regresé a Lima bastante desalentado porque me parecía que, con la metodología que estábamos empleando, no iba a ser posible lograr un acercamiento. Las largas mesas en las que se sentaba frente a frente cada una de las delegaciones parecían trincheras desde las cuales se disparaba al contrario poderosas balas de argumentos fabricados con mucha prolijidad.

Al llegar a Lima, informé a mi ministro de ese estado de ánimo. Muchas personas consideraban que mi decepción se debía a que yo había esperado demasiado de estas conversaciones y en Brasilia me había enfrentado a la realidad insoslayable. Sin embargo, luego de tantas conversaciones durante las dos semanas que habíamos pasado juntos en Brasilia, los miembros de mi delegación comenzaban a pensar que quizá, efectivamente, la forma de plantear las controvertidas posiciones no era la más adecuada y que habría que organizar mejor la conversación y simplificar las formalidades. El caso de la firma del acta había sido una muestra muy significativa de lo que se podía lograr con un poco menos de rigidez.

Le pedí al Canciller peruano que me permitiera cambiar el formato de la reunión en la próxima ronda, dando lugar a una mayor libertad de expresión. Un requisito esencial

para poder hablar con más flexibilidad era que no hubiese registro de lo discutido ni en ponencias escritas ni en actas. No fue fácil convencerlo, pero finalmente aceptó que de los cuatro días de la ronda, los primeros dos fueran dedicados a ese experimento que yo proponía; y que los dos restantes se dedicaran a cumplir con el proyecto inicial, es decir, hacer un resumen general de los problemas, lo que debía estar consignado en un acta.

Algo que me alentó sobremanera fue que, en las reuniones que tenía con el ministro y el Presidente Fujimori antes de viajar para cada ronda, había venido advirtiéndome que el Presidente Fujimori había tomado consciencia de que mi posición era más optimista que la del ministro Ferrero y que, de alguna forma, a él le gustaba que así fuera.

A fines del mes de noviembre de 1997, viajamos nuevamente a Brasilia. Antes había tenido varias reuniones con los miembros de mi delegación, en las que les había explicado mi idea. Claro está que no sabía a ciencia cierta cuál podría ser el resultado que obtendríamos de esa manera. Primero, había que convencer a la delegación de Ecuador y a los garantes para que aceptaran ese tipo insólito de reunión diplomática, sin registro alguno. Y luego todo dependería de la dinámica que pudiera surgir en este ambiente –por así decirlo– irregular. Mi delegación me apoyó en la idea de plantear el experimento y así, pese a que en un cierto momento habíamos pensado que esa ronda sería el fin de nuestras conversaciones, ahora íbamos a Brasilia cargados de ilusiones.

Gracias a las relaciones personales que había cultivado con los miembros de la delegación ecuatoriana, el reencuentro fue muy grato. Comenzó la primera sesión, pedí la palabra e hice mi herética propuesta. Manifesté la necesidad de ser menos rígidos, más sueltos en nuestros cambios de impresiones y puntos de vista, con más posibilidades de hacer preguntas inmediatamente a fin de conocer mejor la posición de la otra parte. Y, como esto podía traer problemas si se registraba, propuse que durante los dos primeros días de la ronda no hubiera planteamientos escritos ni se consignaran las conversaciones en un acta.

Como era de esperar, esta propuesta desarticuló las costumbres establecidas y dejó

a todos muy desconcertados. Me hicieron preguntas sobre lo que perseguía de esta manera y respondí que simplemente quería crear un ambiente de verdadero intercambio de ideas. Finalmente, los garantes dijeron que ellos se sometían a la voluntad de las partes y que si la delegación ecuatoriana aceptaba, ellos no hacían problema. Por su parte, la delegación ecuatoriana pidió un intermedio para evaluar la propuesta.

Me imagino que la delegación ecuatoriana consultó en ese tiempo con su Cancillería. Cuando nos volvimos a reunir, el embajador Terán declaró que Ecuador estaba de acuerdo en llevar adelante el experimento, teniendo en cuenta que las expresiones vertidas en esos momentos de ausencia de las formas diplomáticas no obligaban a las partes y no debían ser repetidas fuera de la reunión.

Me permití hacer dos pedidos adicionales. El primero, que dejáramos nuestras trincheras y nos sentáramos todos alrededor de las mesas, mezclados ecuatorianos y peruanos. El segundo pedido consistía en que, dado el calor que hacía, nos quitáramos las chaquetas y las corbatas, lo que de paso colaboraría en crear un ambiente más informal y suelto. Ambos pedidos fueron aceptados. Alguien tuvo la buena idea de proponer que trabajáramos sobre la base de un documento que había sido sugerido por los garantes y, consecuentemente, para organizar mejor la conversación, nos dividiéramos en cuatro comisiones, una por cada uno de los temas planteados en ese documento.

El lunes en la tarde y el martes, la reunión se desarrolló dentro de un ambiente de notable camaradería y franqueza. Y las ideas comenzaron a aparecer. El documento fue ampliamente discutido por las dos partes con optimismo y, luego de ciertos arreglos, quedó listo para su suscripción bajo el título de “Declaración de Brasilia”.

Ciertamente, no fue fácil su aprobación por los Gobiernos debido a los prejuicios que venían de antaño. Ignoro cómo fue visto el proyecto por la Cancillería ecuatoriana, pero la Cancillería peruana se negó inicialmente a autorizar la firma. Las conversaciones con Lima fueron muchas y muy intensas. Para los miembros de la delegación peruana que estábamos en Brasilia –todos ya convencidos de que quizá el entendimiento entre nuestros

países sí era posible— nos parecía que la negativa peruana era la peor de las actitudes ante esa situación. Sin embargo, la resistencia era tan grande y nuestra presión tan fuerte que Cancillería decidió consultar con la Presidencia de la República. Grande fue mi sorpresa cuando escuché una voz al teléfono que no era la del Canciller sino la del propio Presidente Fujimori. Me pidió mi impresión sobre el documento y, cuando le manifesté mi entusiasmo, me preguntó si todos los miembros de mi delegación tenían la misma opinión. Le contesté que todos estaban conmigo en ese momento y que pondría el teléfono en el modo de comunicación general para que él mismo oyera la respuesta. Y, claro está, la respuesta fue un sonoro ¡Sí! pronunciado al unísono.

La firma de la Declaración de Brasilia fue un hito importante en las conversaciones porque abría nuevamente la puerta para continuar el diálogo. Y esta vez el estilo sería más suelto, los objetivos serían más precisos y ordenados, por lo cual se esperaba que las nuevas conversaciones en el seno de la Comisiones temáticas que se constituían en dicha Declaración, pudieran ser muy fructíferas. Los garantes se mostraron satisfechos con este logro y la Declaración fue objeto de un acto formal presidido por el Canciller Luiz Lampreia de Brasil, gran amigo de la paz. Todavía quedaban por acordar algunos aspectos, particularmente el cronograma de trabajo. Este tema era muy importante porque el hecho de someternos todos a una agenda precisa reafirmaba la seria intención de llegar a conclusiones y no de prolongar simplemente unas conversaciones sin final visible.

En consecuencia, se programó otra reunión, esta vez en Buenos Aires, para la segunda semana de enero de 1998. Venciendo con optimismo numerosas pequeñas dificultades, logramos establecer un cronograma común. Obviamente, estábamos ganando en confianza recíproca. Pero claro está que ello no era posible lograrlo plenamente de la noche a la mañana. Por otra parte, si los negociadores de ambos países habíamos logrado ya un alto nivel de cordialidad y de seguridad en nuestro trato, cuando menos en el caso del Perú que es el que conozco, ello no se reflejaba necesariamente en los funcionarios de nuestra Cancillería que estaban lejos de la mesa de conversaciones.

Para dar una idea de cómo en estas circunstancias hasta simples susceptibilidades terminológicas pueden dar lugar a complicados *impasses*, cabe recordar la discusión en Buenos Aires con relación al nombramiento de expertos que se pronunciaran sobre la interpretación del Protocolo de Río, respecto de la parte de la frontera aún no demarcada. El acuerdo sobre llevar el asunto a manos de expertos era un paso trascendental, porque resultaba claro que ninguno de los dos países aceptaría renunciar por sí mismos a sus reclamaciones recíprocas. Esto era un imposible político y emocional. Por eso, llamar a expertos independientes para que se pronunciaran sobre el tema era la única solución para zanjar el problema. Y, felizmente, las dos delegaciones comprendieron perfectamente esta necesidad. Todo funcionaba muy bien hasta que se presentó una dificultad aparentemente insalvable respecto de la denominación que debía darse al documento que emitieran los expertos. La delegación ecuatoriana tenía instrucciones de que a ello se le denominara “opiniones”; la delegación peruana tenía instrucciones tajantes de que a ello se le denominara “pareceres”.

Si consultamos al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia veremos que nos dice que “opinión” es “el dictamen, juicio o parecer que se forma de una cosa cuestionable”. Y, a su vez, “parecer” es “opinión, juicio o dictamen”. Por consiguiente, las dos palabras significan lo mismo y la definición de una contiene expresamente a la otra. Estábamos, pues, ante patentes sinónimos. Sin embargo, no había manera de ponerse de acuerdo. La delegación ecuatoriana insistía en que se les llamara “opiniones”, por lo que salí de la reunión y consulté telefónicamente a mi Cancillería si podíamos aceptar ese término porque estábamos perdiendo el tiempo y exacerbando los ánimos en una discusión que semánticamente no tenía sentido alguno. Pero mis instrucciones fueron que debía insistir con “pareceres”. Regresé a la reunión y planteé la posibilidad de que la Delegación ecuatoriana consultara a su vez a su Cancillería. Pero ya la desconfianza había ganado nuevamente terreno debido a que ninguna de las dos partes lograba entender cuál era la razón de la otra para insistir en el vocablo propuesto por cada una. Y, claro está, la razón era muy clara y consistía en que no había razón alguna detrás de ésta.

En estas circunstancias, y viendo que el pesimismo cundía en las dos delegaciones, opté por salir de la reunión y hacer una nueva llamada a Lima, esta vez directamente al Presidente Fujimori. Luego de que hubo escuchado mi relato de los hechos y mi opinión, me contestó que consultaría con Relaciones Exteriores y que me daría después una respuesta. Regresé a la mesa de conversaciones y pedí que prosiguiéramos con otros detalles para evitar empantanarnos en ese tema; y más tarde, luego de una reflexión serena volveríamos a hablar de pareceres y opiniones. Media hora después me avisaron que me llamaba el Presidente. Este, con un criterio muy práctico, me preguntó si no era posible colocar en el acuerdo las dos palabras –“pareceres u opiniones”– aunque se tratara de una repetición. Propuse esta fórmula a la Delegación ecuatoriana y la propuesta fue aceptada; de modo que las opiniones de los expertos fueron calificadas simultáneamente como pareceres u opiniones; fórmula que no hubiera sido del agrado de la Real Academia Española pero que constituyó una solución para el caso.

Los grupos de expertos entregaron el resultado de su trabajo el mismo día a los garantes –el 8 de Mayo de 1998– a fin de que éstos a su vez los entregaran a los respectivos países. Felizmente, aunque algunos pudieran discrepar con la opinión de los expertos, no cabía duda de que éstos habían hecho un trabajo absolutamente bien informado y científicamente analizado que respetaba el Protocolo de Río y reconocía los derechos peruanos sobre ese discutido tramo de la frontera, el único que faltaba por demarcar. De esta manera, había ya cuando menos un marco para nuestras conversaciones de paz que, si bien no era obligatorio, tenía el peso de estar fundado en las opiniones de juristas y científicos independientes.

Ecuador no quería aceptar los pareceres u opiniones de los expertos puso un poco de freno a las conversaciones. Por otra parte, en unos meses habría elecciones en Ecuador y cambio de gobierno, lo que hacía más difícil tomar decisiones en ese momento. Todo ello contribuyó a reducir la actividad de la negociación. Sin embargo, la situación era muy tensa en la frontera y en cualquier momento podía producirse una guerra.

En esas circunstancias se produjo un incidente del cual se ha hablado poco y que, sin embargo, nos revela que las relaciones entre Ecuador estaban caminando al borde del abismo y que en cualquier momento podían despeñarse ambos países con efectos catastróficos. Es así como, mientras los diplomáticos buscábamos el camino de la paz, otras personas transitaban por el camino tortuoso que conduce a la guerra.

A fines de julio llegaron noticias a la Cancillería peruana de que una vez más se estaba produciendo movilizaciones de tropas ecuatorianas en la frontera en la parte de las altas cumbres de la Cordillera del Cóndor con el propósito manifiesto de cruzar la línea e invadir el suelo peruano. Esta penetración ilegal se materializa en algunos sectores de la frontera y, consecuentemente, el 31 de julio de 1998, el Canciller Eduardo Ferrero reúne a los embajadores de los países garantes acreditados en Lima y les hace entrega de una carta que dirige el Presidente Fujimori a sus homólogos de Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos de América, en la cual les solicita que realicen gestión para el retiro de tropas ecuatorianas infiltradas en territorio peruano, a fin de evitar un conflicto de incalculables proporciones.

El riesgo de una guerra era inminente. Las tropas de uno y otro país están a pocas decenas de metros de separación. Se miran unos a otros, se observan con recelo, la tensión aumenta. Basta que uno de los soldados de cualquiera de los dos países se ponga nervioso y apriete el gatillo de su arma apuntada al enemigo para que se desencadene una guerra que no sólo dará lugar a muertos, heridos y discapacitados de ambos países, sino que puede alcanzar proporciones desastrosas. Desde la experiencia de 1995, donde la decisión del Perú de no atacar –y ni siquiera sobrevolar– territorio ecuatoriano sino solamente defender el peruano causó serias dificultades estratégicas; hay gente que piensa que debe atacarse ciertos lugares claves de Ecuador. Pero, teniendo en cuenta que la aviación moderna es de largo alcance, eso implicaba que Ecuador pudiera tomar represalias bombardeando Talara, Piura o quizá Lima. En otras palabras, una guerra en tales circunstancias habría tenido consecuencias imprevisibles y de todas maneras desoladoras para ambos países.

Pero el Canciller Ferrero manejó muy bien la situación y, con la ayuda del Canciller argentino Guido di Tella, logró un acuerdo para que las tropas de ambos países se retiraran del borde de la frontera dejando un espacio desmilitarizado entre unas y otras. Y eso permitió superar el peligro del momento, aunque esta situación era un aviso de que la guerra se nos venía encima si no lográbamos un acuerdo pronto con Ecuador.

Es en estas circunstancias que el Presidente Fujimori decide valientemente intervenir de manera directa en las negociaciones de paz para llevarlas a un fin. En Ecuador había sido elegido Presidente el doctor Jamil Mahuad; y, afortunadamente, desde la primera reunión internacional en la que se encontraron el Presidente Fujimori y el Presidente Mahuad hicieron una muy positiva amistad.

A partir de ese momento, el Presidente Fujimori decidió negociar personalmente y estuvo presente en todas las reuniones entre los dos países, como también lo estuvo el Presidente Mahuad de Ecuador. En esas reuniones, el Presidente Fujimori me pedía estar a su lado y muchas veces me dejaba negociar con el Presidente Mahuad mientras él tomaba notas minuciosas y reflexionaba sobre los temas. Esas reuniones tuvieron lugar en Brasilia, en Nueva York y en Washington. Pero, a pesar de la buena voluntad de ambos lados, la solución no se encontraba a la vista porque el Presidente de Ecuador y su delegación sentían que era políticamente imposible para ellos firmar un acuerdo en el que Ecuador simplemente aceptara la tesis peruana sin ninguna compensación cuando menos moral. Y en el lado peruano entendíamos perfectamente esta dificultad, ya que tanto el gobierno ecuatoriano como el acuerdo mismo de paz podían desaparecer frente a un movimiento popular que derrocará al gobierno por ese motivo y se negara a aceptar el acuerdo de paz.

En el fondo, luego de todo lo que se había trabajado hasta ese momento, lo que quedaba era un problema casi emocional: Era necesario vivir la paz como un logro conjunto de ambos países y esto tenía que ser simbolizado por un gesto importante. Para Ecuador era imposible aceptar la decisión de los expertos que daba totalmente la razón al Perú sin correr el riesgo de que un golpe de Estado acabara con el Presidente recién

elegido y terminara con toda esperanza de lograr la paz verdadera.

Y es así como apareció la cuestión de Tiwinza. Ecuador tenía un afecto muy especial por Tiwinza, debido a que el batallón que se encontraba en ese lugar durante la guerra de 1995 nunca se rindió ante el Ejército peruano ni fue desalojado por éste. Las tropas ecuatorianas combatieron duramente y, cuando los Garantes mediaron para poner fin al enfrentamiento bélico, Ecuador entregó el lugar a los representantes de los Países Garantes. Por ese motivo, Ecuador consideraba que debía quedarse con Tiwinza como territorio ecuatoriano.

Por su parte, el Perú sostenía que Tiwinza estaba dentro del territorio peruano según los límites establecidos por los expertos independientes nombrados por ambos países y que, por tanto, su soberanía se ajustaba a Derecho. Admitir una transferencia de soberanía en razón de un hecho de armas equivalía a consagrar de alguna manera el derecho de conquista, por lo que si Ecuador pretendiera algo semejante no sólo sería inaceptable por el Perú sino que además constituiría un muy mal ejemplo en América Latina.

Aparentemente, no había salida frente a estas dos posiciones absolutamente discrepantes. Y cualquier paso en falso de cualquiera de los dos lados hubiera producido reacciones políticas que habrían hecho imposible el tratado de paz. Es en estas circunstancias que al Presidente Fujimori se le ocurrió una idea genial. Descartada radicalmente la cesión de Tiwinza en soberanía, ¿no sería posible —me preguntó— ofrecerle a Ecuador simplemente un derecho civil, como la propiedad o el usufructo del terreno donde tuvo lugar el combate, conservando el Perú totalmente la soberanía?

La salida me pareció muy ingeniosa: Dar un terreno en Tiwinza en propiedad a Ecuador era un derecho aún menor que el que Ecuador tiene sobre el terreno de su Embajada en Lima. En esa forma no afectábamos un solo centímetro de soberanía y, de otro lado, era un gesto simpático para Ecuador. ¿Pero cuál sería la razón para entregar Tiwinza como propiedad privada a Ecuador? Teníamos que encontrar una justificación razonable y aceptable por ambos países.

En una conversación personal que sostuve con el Presidente Mahuad en la que éste me explicaba el valor emocional que representaba Tiwinza para el pueblo ecuatoriano, me habló de que en ese lugar había soldados ecuatorianos que habían muerto en batalla y que estaban enterrados ahí. Inmediatamente se me ocurrió la forma de justificar esa entrega en propiedad que me había sugerido el Presidente Fujimori: Podíamos considerar Tiwinza como un cementerio de guerra ecuatoriano, de la misma manera como en Alemania había cementerios de soldados norteamericanos. Desde el punto de vista de soberanía, Tiwinza seguiría siendo parte del territorio peruano; pero el Perú le concedía a Ecuador la propiedad privada del terreno a fin de que pudiera constituirse un lugar conmemorativo de sus soldados fallecidos en la guerra.

En estas circunstancias, el ministro de Relaciones Exteriores renunció y me correspondió asumir la posta. El Presidente me preguntó si estaba dispuesto a montar este difícil caballo, lo que ciertamente implicaba el riesgo de una dolorosa caída a nivel personal si nuestra posición resultaba no aceptable políticamente. Le contesté sin dudarle que sentía que yo mismo había creado la posibilidad de que existiera este caballo y que por eso, convencido de la conveniencia de la paz para ambos países, lo llevaría adelante, sin amilanarme por el peligro –nunca descartable– de un aparatoso fracaso en el camino; porque la meta era mucho más importante para el Perú que todos los males para mi personal que pudieran derivarse de un paso en falso.

Finalmente, luego de una reunión en Brasilia con el Presidente Cardoso, se acordó que los dos países presentaran un pedido a los garantes para que éstos ofrecieran una propuesta de solución al *impasse*, teniendo en cuenta todo lo actuado y acordado durante las negociaciones. Los garantes, por su parte, respondieron en el sentido de que el pedido debía ser aprobado previamente por los respectivos Congresos y que la solución que ellos plantearían debía tener carácter vinculante.

El resto es perfectamente conocido. Los dos presidentes, el Canciller de Ecuador, embajador José Ayala, y quien escribe como Canciller del Perú, firmamos el Acuerdo

Definitivo de Paz. La emoción general que reinó en Brasilia después de la ceremonia es indescriptible. Peruanos y ecuatorianos se buscaban para abrazarse. No faltaron lágrimas de personajes muy importantes.

Unos meses más tarde se completaba el trabajo de demarcación y se colocaba el último hito. De esta forma, la paz entre el Perú y el Ecuador quedaba definitivamente sellada, sin que el Perú hubiera perdido un solo centímetro de su territorio delimitado conforme a la interpretación estricta del Protocolo de Río. Los resultados de todo ello son evidentes y se muestran tanto en las estadísticas comerciales de los últimos diez años como en las magníficas relaciones entre los dos Gobiernos.

No cabe duda del papel fundamental que les correspondió a los presidentes Alberto Fujimori y Jamil Mahuad, quienes intervinieron en forma directamente en las negociaciones a través de lo que se llamó “Diplomacia Presidencial”. Ambos pueden haber tenido errores en su gestión. Pero, en materia de la paz con Ecuador, sin la intervención personal de ellos, la paz no hubiera sido posible; sin su convicción sobre la posibilidad de llegar a un concierto y sin su valentía para apoyar esta posibilidad contra viento y marea y a pesar de los riesgos político, el Acuerdo de Paz no hubiera sido suscrito.

Pero el resultado más grandioso de esos acuerdos, y que más rápidamente fue puesto en práctica, no está escrito en ninguno de los papeles y convenios internacionales: Es la amistad y confianza que ha surgido de pronto entre los dos pueblos hermanos. La paz se prepara con los documentos jurídicos, con las negociaciones, con las firmas de tratados. Pero sólo se concreta cuando sobrepasa el nivel del Derecho y se convierte en una vivencia: La paz no está en un papel sino en el corazón. Y tan pronto como la frontera dejó de ser un problema, peruanos y ecuatorianos hemos descubierto lo que era obvio: Somos países enormemente parecidos, tenemos una historia común y tenemos también un futuro común.

Y ello ha llevado como consecuencia a la imposibilidad de guerras futuras entre los dos pueblos: Ya no habrán más muertos peruanos y ecuatorianos defendiendo lo que ambos consideraban suyo, ya no habrán personas

inválidas desde su juventud por hechos de guerra, jóvenes con sus vidas truncadas, no veremos más soldados mutilados que quedaron malogrados para siempre por defender su patria contra quien nunca debió ser su enemigo sino su hermano.

Este es el gran resultado del Acuerdo de Paz; ciertamente, el resultado más importante, porque posibilita todos los otros: El trabajar en conjunto nos da a ambos países ventajas económicas, podemos colaborar en la mejora social de nuestras poblaciones de frontera, los intercambios culturales se han hecho muy

frecuentes e intensos en estos diez años de amistad. Para construir todo ello—y mucho más que nos queda por hacer— se requería de un cimiento insoslayable que es la paz. Y ella fue posible porque todos los que intervinimos en el proceso, peruanos y ecuatorianos, supimos aprovechar eficientemente el Derecho y los sentimientos, la razón y el corazón, para recuperar nuestro reconocimiento recíproco como pueblos hermanos, unidos por un pasado común y por un futuro de lucha contra la pobreza y por el desarrollo, que debemos afrontar apoyándonos mutuamente dentro de una relación fraternal.

DIAGNÓSTICO: EL DERECHO INTERNACIONAL, SU EFICACIA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO*

Entrevista a Luis García-Corrochano Moyano**

Una de las particularidades del Derecho Internacional es su falta de poder coercitivo. Ante la falta de algún ente que garantice su cumplimiento, surge la pregunta referida a si el Derecho Internacional es realmente eficaz y a cuáles son los medios con los que sí se cuenta para asegurar dicho cumplimiento.

En la presente entrevista, se abarca la forma en que el Derecho Internacional se hace realidad y cómo es que éste logra permanecer independiente de los avatares políticos mundiales. El énfasis, en este caso, se dará sobre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el papel que éste cumple, o podría cumplir, en el mantenimiento de la paz y el orden mundiales.

* La presente entrevista fue realizada por Luis Fernando Roca Lizarzaburu, miembro de la Comisión de Contenido de THÉMIS. Las preguntas fueron elaboradas por los miembros de la Comisión de Contenido de THÉMIS.

** Abogado. Magíster en Administración por la Universidad San Ignacio de Loyola. Posgrado en Derecho Internacional Público en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Profesor de Derecho Internacional Público y Humanitario en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima y la Academia Diplomática del Perú. Miembro asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

1. ¿Es posible hablar de un Derecho Internacional independiente de la política mundial? ¿Puede resultar una herramienta para que las grandes potencias impongan una normativa favorable a sus intereses?

El Derecho, como disciplina, es en sí mismo una respuesta a necesidades humanas (políticas, económicas, culturales). En tal sentido, me parece difícil emancipar al Derecho Internacional de la política, porque ésta genera una serie de situaciones que requieren ser normadas. Tengamos en cuenta que primero llega la necesidad o el hecho histórico; el Derecho viene después. La política es una fuente material del Derecho Internacional que, a través de las fuentes formales (tratados, costumbre), crea las normas adecuadas para regir las nuevas situaciones. Por otro lado, el carácter consensual y descentralizado del Derecho Internacional en gran medida lo protege de ser un Derecho manipulado o dirigido por las grandes potencias, al menos en lo que respecta a las normas multilaterales.

2. Muchos critican al Derecho Internacional por integrar un cuerpo normativo carente de carácter coercitivo, que no puede vincular a los países más poderosos. Está el caso de la invasión de los Estados Unidos a Irak, hace ya diez años. ¿Cuán vinculado está el poder económico o político de los Estados con su sometimiento al Derecho Internacional? ¿Es éste realmente efectivo?

El Derecho Internacional no es coercitivo porque no está en su naturaleza. Es un Derecho descentralizado, cuyas normas provienen de sujetos de Derecho jurídicamente iguales. Las normas de los Derechos internos están provistas de coerción, pero eso no las libra del incumplimiento o violación. En el Derecho Internacional, los vínculos entre Estados son voluntarios; los Estados eligen ser parte de un tratado, de una organización internacional, o aceptar la competencia de un tribunal internacional. Nadie los puede obligar y, si lo hiciera, dicho consentimiento sería nulo de pleno derecho.

Lo que sucede es que, aunque durante todo el siglo XX se ha hecho un gran esfuerzo por prohibir o limitar el recurso a la fuerza en las

relaciones entre Estados, no se puede evitar completamente los conflictos en su expresión más clara: La guerra. Indudablemente, los Estados más poderosos tienen influencia en la formación del Derecho Internacional, pero no lo determinan. En ese sentido, tampoco es posible sancionar conductas al margen del Derecho (como el caso de la invasión a Irak) con sanciones que se encuentran, también, al margen del Derecho. En todo caso, hay que destacar, y ciertamente lamentar, que son diversas las violaciones al Derecho Internacional que cometen varios Estados y que quedan sin sanción, básicamente porque se mediatiza a la única entidad que podría tomar cartas en el asunto. Me refiero al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

3. Ahora bien, así como se critica el uso de la fuerza, el no-uso de ésta también es criticado en el caso de países que padecen una grave crisis humanitaria o donde se violan constantemente los Derechos Humanos (es el caso de Somalia, Siria y Sudán del Sur, entre otros). ¿Sería posible la intervención militar en estos lugares sin contar con la autorización del Consejo de Seguridad ni en legítima defensa? Existe un precedente en la intervención de la OTAN en el caso de Kosovo, hace ya casi veinte años.

El Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas tiene un mandato específico: Pretender que se interprete dicho mandato a la luz de otras consideraciones políticas tal vez sirva para ampliar la posibilidad de intervención, pero ¿es eso deseable en el Derecho Internacional actual? Creo que no. El sistema internacional tiene ciertos presupuestos, pero eso no quiere decir que tenga un estándar único en asuntos políticos que, vistos desde una óptica occidental, se reputan como menos avanzados. Indudablemente, hay situaciones que pueden ameritar una intervención internacional, pero el límite es muy difuso. Hay una amplia zona gris cuando nos referimos a las crisis humanitarias o a las violaciones de los Derechos Humanos, y los criterios de intervención suelen ser, más que nada, una oportunidad para intervenir antes que el resultado de la aplicación del Derecho Internacional. El caso más flagrante hoy en día es Siria, que enfrenta a las potencias y, por

ello, se hace difícil la actuación del Consejo de Seguridad. Pero hay otros casos que no son recientes, sino históricos, en los cuales el Consejo tampoco pudo actuar porque no pudo alcanzar un consenso sin vetos.

Lo sucedido en Kósovo nos hace reflexionar sobre la posibilidad de darle a la seguridad internacional ya no sólo un alcance global, sino también situarlo, por un criterio de proximidad, en el ámbito regional. Esto está permitido por la propia Carta de las Naciones Unidas, aun cuando ésta reserva al Consejo de Seguridad la posibilidad de dictar medidas coercitivas para ser ejecutadas por los organismos regionales. Creo que generalizar el uso de medidas coercitivas para que puedan ser directamente decididas y aplicadas por organismos regionales sería incurrir en un gran riesgo de agravar esos conflictos, si se produjese un desacuerdo entre el organismo regional y el mismo Consejo. Así, el remedio resultaría peor que la enfermedad.

4. **A la luz de estos casos de crisis humanitaria, muchos plantean que la solución sería reformar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el fin de asegurar su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Esto, debido a que la naturaleza “democrática” de dicho órgano muchas veces puede verse corrompida por cuestiones políticas, que tenderían a retrasar una intervención necesaria. ¿Considera viable una reforma de este calibre? ¿Qué otras opciones podrían considerarse?**

Precisamente, hablando del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para entender su actuación hay que tener en cuenta cuál es su verdadera finalidad. Fue creado no para prevenir o evitar todos los conflictos –tarea, en realidad, de imposible cumplimiento–, sino para evitar los conflictos entre las grandes potencias, que pudieran conducir a una nueva conflagración mundial. Es en ese sentido que ha cumplido su función. Si bien es cierto que muchos de los conflictos posteriores a 1945 han sido conflictos entre las grandes potencias, lo han sido de manera indirecta. Guerras por procuración, pero que no han puesto en peligro la paz mundial, salvo la crisis de los misiles en Cuba.

El Consejo de Seguridad no es un organismo plenamente democrático y tampoco fue concebido de esa manera. El derecho de veto de las grandes potencias no es democrático, pero ha probado ser bastante funcional. No ha evitado todos los conflictos, pero ha permitido que las Naciones Unidas puedan actuar sin generar conflictos al interior de la misma organización. Ciertamente, ni Naciones Unidas ni el Consejo de Seguridad son una panacea capaz de evitar o solucionar todos los conflictos. Hay que poner al Consejo en su real dimensión y dentro de sus posibilidades. Si bajo el sistema actual en el que cinco Estados tienen derecho de veto y, por lo tanto, pueden impedir una actuación del Consejo de Seguridad, ¿aumentar a diez o quince Estados con derecho de veto hará al Consejo más eficaz u operativo? Aunque la reforma de la Organización de las Naciones Unidas es un tema que se discute hace ya un buen tiempo, de momento no veo posible una reforma de la composición o modo de funcionamiento del Consejo de Seguridad. El problema es que no veo un justo medio entre que todo siga como está y que se lleve adelante una reforma. Y, evidentemente, es difícil que los intereses de las grandes potencias cambien, porque es la única manera de que cambien su manera de proceder en el Consejo.

5. **Ahondando en el órgano máximo de la Organización de Naciones Unidas, la Carta de las Naciones Unidas afirma que el Consejo de Seguridad es el encargado de hacer cumplir las sentencias de la Corte Internacional de Justicia. Este mecanismo de eficacia, sin embargo, ha sido poco utilizado en la práctica y permite a los miembros permanentes del Consejo hacer uso de este derecho de veto frente a sus –en realidad– decisiones. *Ad portas* del proceso que sigue nuestro país contra Chile, ¿Qué nos asegura que nuestra contraparte acatará la sentencia? ¿Sería útil a la causa peruana esta facultad del Consejo de Seguridad?**

El cumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, al igual que el cumplimiento de los tratados, depende de la buena fe de las partes. En ese sentido, se entiende que si dos Estados aceptan ir a la Corte es porque están dispuestos a acatar la sentencia, y ambos países, el

Perú y Chile, han manifestado su voluntad de cumplimiento. En la hipótesis que un Estado se negara a dar cumplimiento a una sentencia, se puede recurrir al Consejo de Seguridad para que recomiende o adopte medidas destinadas a la ejecución del fallo. Más que de utilidad en un caso particular, en realidad constituye una garantía de cumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en general, garantía que no tiene ningún otro tribunal internacional en el mundo.

6. Usted ha escrito extensamente acerca de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho doméstico. Respecto al tema, el artículo 55 de nuestra Constitución menciona que los tratados en vigor forman parte del Derecho nacional, pero los tratados no son la única fuente del Derecho Internacional. ¿Cómo funciona la relación entre la Costumbre Internacional y el Derecho doméstico?

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno no ha sido abordada con la suficiente profundidad. Efectivamente, la mayor parte de trabajos se han limitado al estudio de la relación de los tratados con el Derecho interno, básicamente en lo que respecta a su incorporación y jerarquía, sin prestar atención a las normas que provienen de otras fuentes. La jurisprudencia administrativa, judicial y constitucional tampoco ha acertado a profundizar en el tema.

Pienso que al leer el artículo 55 de nuestra Constitución, no se le debe dar una interpretación restrictiva —únicamente los tratados— sino amplia, es decir todas las normas de Derecho Internacional que, al igual que los tratados, establecen derechos u obligaciones internacionales. Tal sería el caso de la costumbre internacional, que de hecho está presente en nuestro Derecho interno, y a nivel nada menos que de la Constitución Política, especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales, el derecho de asilo, el derecho a la nacionalidad, o la igualdad de trato al inversionista extranjero.

Sin embargo, tal vez uno de los textos recientes que merecen mayor atención es el de la demanda marítima peruana ante la Corte Internacional de Justicia, el cual, entre

sus fundamentos, expresa que reconoce a la costumbre internacional, los principios generales del Derecho, y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales (dentro de los que se encuentran el Tribunal Internacional del Mar y numerosos arbitrajes en asuntos de límites marítimos). Es un reconocimiento, ante el más alto tribunal de Derecho Internacional, que el Perú no sólo reconoce y considera aplicable a su demanda, sino que admite como normas internacionales que se deben incorporar al ordenamiento jurídico interno.

Distinto es el caso de las resoluciones de organizaciones internacionales. Aunque es una fuente que para el Derecho Internacional tiene un carácter autónomo, el Derecho interno tampoco le ha dado un tratamiento acorde. Tenemos, por un lado, las resoluciones de organizaciones de integración que, como en el caso de las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, tienen el carácter de normas supranacionales. Sin embargo, luego de incorporadas, dichas normas suelen ser repetidas en normas internas. Pese a la postura claramente monista de nuestra constitución, se actúa como si hubiésemos adherido a una postura dualista y la aplicación de la norma de Derecho Internacional dependiera de un mecanismo de incorporación formal.

Por otro lado, las resoluciones de organizaciones internacionales, como en el caso de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, no tienen un procedimiento de evaluación y seguimiento, fuera de la usual distribución que se realiza a las reparticiones públicas. No hay una norma de Derecho interno que establezca las medidas de cumplimiento que el Estado debe adoptar en el caso de dichas resoluciones.

Sólo en el caso de las sentencias de tribunales internacionales existe una norma específica, la Ley 27775, “Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”. El título de la norma ya es de por sí equívoco, porque hace pensar únicamente en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, cuando en realidad estuvo pensada para las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que sus normas fundamentalmente se refieren al pago de reparaciones.

Por tal motivo, sería conveniente una sentencia vinculante del Tribunal Constitucional, que interpretara el artículo 55 de la Constitución en el sentido más amplio de incorporar al Derecho interno las normas del

Derecho Internacional Público, de las que probablemente provengan muchas especificaciones. La otra solución, más difícil, sería acudir directamente a una reforma de la constitución.

35 Años



La Unión

CORREDORES DE SEGUROS S. A. C.

La Unión

Vehículos
Salud
Patrimoniales

Calle la Habana 440 San Isidro, Lima-Perú. Telf.: 421 1575. Fax: 441 4302

LOS CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Fabián Novak Talavera*

La estabilidad del ordenamiento mundial depende, en gran medida del respeto de los Estados hacia los acuerdos o tratados que firman entre sí. Sin embargo, estos acuerdos o tratados no son ajenos a las controversias referidas a su interpretación; este problema puede dar origen a conflictos que atenten contra la paz y el Derecho Internacional. Es por este motivo que la Convención de Viena ha establecido qué se debe hacer en caso de duda.

En el presente artículo, el autor nos explica de manera clara y didáctica los principios que se deben tomar en cuenta al momento de hacer interpretaciones respecto de los tratados. Estos criterios ayudan a una mejor marcha de las relaciones internacionales, siempre en búsqueda de la paz, la estabilidad y la seguridad internacional.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Viceministro de Políticas para la Defensa del Ministerio de Defensa del Perú entre agosto de 2006 y enero de 2008. Director del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre marzo de 1997 y julio de 2006. Miembro asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

I. PRESENTACIÓN

El presente artículo tiene como propósito desarrollar un capítulo de particular importancia en el Derecho de los Tratados, el cual es el relativo a las reglas de interpretación.

No cabe duda que la interpretación de un tratado es un ejercicio intelectual complejo y difícil, como también de trascendental importancia, pues será determinante para la correcta aplicación y cumplimiento de sus disposiciones.

En este sentido, analizar los principios de interpretación principales y complementarios consagrados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, así como las disposiciones establecidas para los tratados autenticados en varios idiomas, amén de otras reglas no contempladas en la referida Convención pero recurridas en la práctica, será el principal propósito de este estudio, en el que buscaremos además revisar la práctica de los diversos tribunales internacionales en la aplicación de estas reglas.

II. CONCEPTO

La interpretación de los tratados suele ser definida por la doctrina de los publicistas como una operación intelectual que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales contenidas en estos instrumentos, aclarando los aspectos oscuros o ambiguos que tales disposiciones puedan contener. En este sentido, la interpretación busca comprender el tratado y el sentido que las partes quisieron darle¹.

La interpretación, además, estará presente cada vez que se ejecute o aplique un tratado, pues como bien lo señala Scelle: “[T]odos los que aplican un texto lo interpretan, sin

percibirlo siempre, y siguen con este fin un cierto método”².

En general, la interpretación de un tratado plantea dos interrogantes fundamentales a resolver. La primera de ellas es quién puede interpretar un tratado y, la segunda, es cómo llevar adelante esa interpretación. Precisamente, los siguientes dos puntos pretenden dar respuesta a ambas inquietudes.

III. LOS SUJETOS QUE PUEDEN INTERPRETAR UN TRATADO

La interpretación de un tratado puede ser efectuada por diversos sujetos o entidades, atribuyéndoseles diversos efectos jurídicos en cada caso.

Así, la interpretación puede ser realizada por los propios Estados partes de un tratado (todos ellos en conjunto), sea en el tratado mismo o en un acto posterior. A esto se le conoce como interpretación auténtica y sus efectos jurídicos no se limitan a las partes del tratado sino que también son oponibles a terceros (efectos *erga omnes*)³.

La interpretación de un tratado también puede ser efectuada por un órgano jurisdiccional internacional, cuando las partes en un litigio le reconocen competencia para resolver una controversia existente entre ellas. En tal caso, la interpretación efectuada por el tribunal surtirá efectos jurídicos para las partes en cuestión y sobre la materia objeto de litigio⁴.

De igual modo, la labor de interpretación de un tratado puede ser hecha por los diversos órganos de un Estado (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, entre otros). En este caso, la interpretación, conocida en doctrina como interpretación unilateral⁵, sólo surtirá efectos jurídicos en el Derecho interno de aquel

¹ ROUSSEAU, Charles. “Derecho Internacional Público”. Barcelona: Ariel. 1969. p. 55; DE VISSCHER, Charles. “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”. En: Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye 151. Tomo III. 1976; JENNINGS, Robert y ARTHUR WATTS. “Oppenheim’s International Law”. Tomo I. Novena edición. Londres: Longman. 1993. p. 1267.

² Citado por YASSEN, Mustafá. “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”. En: Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye 151. Tomo III. p. 9.

³ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. “Derecho Internacional Público”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial / Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2000. p. 204.

⁴ EHRLICH, Ludwik. “L’interprétation des traités”. En: Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye 24. Tomo III. 1928. p. 38.

⁵ *Ibid.* p. 35.

Estado, no siendo oponible a los demás Estados partes del acuerdo.

Muy similar al caso anterior, tenemos la interpretación que pueden llevar adelante los órganos que componen una Organización Internacional, sea de su propio tratado constitutivo y los acuerdos de sede, hasta aquellos tratados impulsados en su elaboración y aprobación por la propia organización.

A estos cuatro casos habría que añadir la doctrina de los publicistas, la misma que en forma individual o en asociación emite opinión sobre los alcances de los tratados. Esta interpretación, si bien carece de todo efecto jurídico, ejerce una fuerte influencia en las decisiones judiciales o arbitrales internacionales.

IV. LAS REGLAS PARA INTERPRETAR UN TRATADO

Si bien la interpretación de los tratados sigue siendo objeto de discusión y polémica⁶, contemporáneamente existe consenso sobre la presencia de ciertas reglas de interpretación de los tratados en el Derecho Internacional general, las mismas que gozan de una amplia base jurisprudencial. Estas reglas han sido consagradas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁷. Al respecto, señala Jiménez

de Aréchaga: “Las normas jurídicas relativas a la interpretación de los Tratados constituyen una de las sanciones de la Convención de Viena que fueron adoptadas por la conferencia sin voto disidente alguno y, por consiguiente, pueden ser considerados como declaratorios del Derecho en vigor. Los cuatro artículos dedicados a la interpretación de los tratados están basados en la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia y destilan la esencia de ciertos principios fundamentales que pueden considerarse como reglas de Derecho Internacional sobre el tema y no meramente directivas generales, aplicables a todos los tratados, cualquiera sea su naturaleza o contenido”⁸.

De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha afirmado reiteradamente que: “Según el Derecho Internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin”⁹.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto *Golder v. United Kingdom*¹⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre la expresión

⁶ Así, si bien desde los autores clásicos del Derecho Internacional como Grocio, Wolff, Vattel, Puffendorf, entre otros, se afirma la existencia de ciertas reglas de interpretación, otros como Lawrence, Austin y Oppenheim cuestionaron su existencia o valor. Al respecto véase DE LA GUARDIA, Ernesto. “Derecho de los Tratados Internacionales”. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. 1997. p. 219.

⁷ Los artículos 31 y 32 de la Convención fueron aprobados en 1969 por 97 y 101 votos, respectivamente, y ningún voto en contra, lo que da cuenta del alto nivel de consenso existente sobre las reglas que contienen. Estas mismas reglas son establecidas por los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 1986.

⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “El Derecho Internacional Contemporáneo”. Madrid: Tecnos. 1980. p. 55. En este punto, debemos referir que el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional se inspiró a su vez en una resolución del Institut de Droit International de 1956 (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. “Annuaire”. 1956. pp. 364-365), así como en los Principios formulados por FITZMAURICE, Gerald. “British Yearbook of International Law”. Volumen 23. Oxford: Oxford University Press. 1957. pp. 211-212. En el mismo sentido, véase: GARDINER, Richard. “Treaty Interpretation”. Nueva York: The Oxford International Law Library. 2010. p. 165.

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad”. 1994. p. 22. En el mismo sentido véase: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las plataformas petroleras entre Irán y Estados Unidos”. 1996. p. 812; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia”. 1999. p. 18; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto LaGrand”. 2001. párrafo 99; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo a la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan”. 2002. p. 645; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto Avena y otros nacionales mexicanos”. 2004. p. 48; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino”. 2004. p. 174; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre el Genocidio”. 2007. párrafo 160.

¹⁰ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. “Asunto *Golder v. United Kingdom*”. Serie A. 1995. p. 18.

“leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹, y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el Asunto Estados Unidos - Pautas para la Gasolina Reformulada y Convencional¹².

En consecuencia, la aceptación en la jurisprudencia internacional de la existencia de ciertas reglas de interpretación de los tratados de carácter general no deja lugar a dudas. Establecido ello, veamos ahora lo que dispone el artículo 31 de la Convención de Viena:

Artículo 31.-

1. “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a. Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b. Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a. Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

- b. Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c. Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Este artículo consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados, con una clara primacía de la interpretación textual¹³. Esto último no significa que el artículo 31 consagre una jerarquía o prevalencia de una regla (la textual) sobre las otras al momento de efectuar la operación de interpretación, sino tan sólo que en el proceso de interpretación siempre se tiene como punto de partida el texto mismo del acuerdo y si este es claro y brinda certeza, no hay que indagar más¹⁴.

La propia Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas precisa que cuando el artículo 31 utiliza la expresión “regla” en singular y no en plural, indica que los principios de interpretación consagrados en él deben ser aplicados integral y conjuntamente; esto es, en una sola operación combinada. El proceso de interpretación constituye así una unidad y las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí¹⁵. En este sentido, todas las reglas consagradas en dicho artículo deben ser

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Opinión Consultiva sobre la expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OC 6/86”. 1986. párrafo 13. También véase la Opinión Consultiva 1/82 de 1982, página 14: “Para la interpretación del artículo 64 de la Convención, la Corte utilizará los métodos tradicionales de Derecho Internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, cuanto en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”.

¹² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “Asunto Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional”. 1996. pp. 21-23.

¹³ Se distinguen tres métodos de interpretación de los tratados. El primero, el método textual, que incide en el análisis del texto, en el vocabulario empleado y en el sentido ordinario de los términos. El segundo, el método subjetivo, busca establecer la voluntad de las partes en el texto y fuera de él, analizando para ello los trabajos preparatorios y la conducta ulterior de las partes. Finalmente, el tercero, es el método funcional o teleológico, que pretende determinar el fin o función para el que fue celebrado el tratado, buscando cumplir su objeto y fin. Véase: BERLIA, Georges. “Contribution a l’interprétation des traités”. En: Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye 114. Tomo I. 1965. p. 295. Sobre la primacía del método textual véase: MONROY CABRA, Marco. “Derecho de los Tratados”. Bogotá: Temis. 1978. p. 124.

¹⁴ VILLIGER, Mark. “Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties”. Boston: Martinus Nijhoff. 2009. p. 436: “El orden que debe seguirse en la aplicación de las reglas de interpretación, está determinado por la lógica, que ordena ir de lo intrínseco (texto) a lo extrínseco, de lo inmediato a lo remoto”.

¹⁵ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. Op. cit. p. 205. Véase también GONZÁLEZ CAMPOS, Julio;

consideradas y todas tienen igual valor, no dominando una a las otras¹⁶.

Respecto de este tema, cabría señalar sin embargo, que si bien la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, han empleado de manera integral cada una de las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena, otros tribunales no han sido tan consistentes. Así, la Corte Internacional de Justicia ha sido ambivalente respecto de esta disposición, basándose en algunos casos tan sólo en el análisis del texto del tratado y no en las otras reglas señaladas en dicho artículo¹⁷. De igual forma, mientras la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia ponen mayor énfasis en el objeto y fin del tratado o en la regla del efecto útil, el Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio lo hace en la regla del sentido ordinario y natural de los términos y en la práctica subsecuente¹⁸.

Por último, antes de ingresar al análisis de cada uno de estos principios o reglas de interpretación consagradas en el artículo 31, debemos precisar que toda operación de interpretación tiene como punto de partida dos principios fundamentales del Derecho de los Tratados: el *pacta sunt servanda* y la buena fe. El primero de estos principios señala que los tratados son Ley (obligatorios) entre las partes¹⁹, mientras que el segundo establece

que tales acuerdos deben ser cumplidos de manera franca, honesta y leal, evitando en todo momento subterfugios o tomar ventaja indebida del acuerdo²⁰. A partir de estas dos premisas, se pueden analizar las reglas de interpretación consagradas.

A. Reglas de interpretación principales

1. El sentido ordinario y natural de los términos

El punto de partida de la interpretación es el texto mismo del acuerdo, pues en él consta la intención de las partes. Como lo señala la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes; es mucho más seguro y menos aleatorio fiarse de lo que está escrito, por lo cual el punto de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto y no en investigar *ab initio* fuera de él²¹.

En este sentido, el artículo 31 dispone que las palabras o términos utilizados en un tratado deban ser interpretados conforme a su uso natural y corriente y, en el caso de que el tratado tenga sentido, no será necesario indagar más²². Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva dictada en el Asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las

SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. "Curso de Derecho Internacional Público". Navarra: Thomson-Civitas. 2008. p. 366.

¹⁶ VILLIGER, Mark. Op.cit. p. 435.

¹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto de la Legalidad del Uso de la Fuerza (*Serbia y Montenegro v. Bélgica*), Excepciones Preliminares". 2004. párrafo 100. Véase: TORRES BERNÁRDEZ, Santiago. "Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties". En: Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday. La Haya: Kluwer Law International. 1998. pp. 721 y siguientes. Asimismo : VILLIGER, Mark. "The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission". En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). "The Law of Treaties.Beyond the Vienna Convention". Oxford: Oxford University Press. 2011. pp. 114-116.

¹⁸ NOLTE, Georg. "Subsequent practice as a means of interpretation in the jurisprudence of the WTO Appellate Body". En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). Op. cit. pp. 139-141.

¹⁹ DE VISSCHER, Charles. "Problèmes d'interprétation judiciaire de Droit international Public". París: Pedone. 1963. p. 50. "El principio del *pacta sunt servanda* debe iluminar y guiar toda interpretación".

²⁰ Este precepto ha sido consagrado como un principio general del Derecho aplicable no sólo al cumplimiento de los tratados, sino a todo nivel de las relaciones jurídicas entre los Estados. Está presente en el artículo 2, inciso 2 de la Carta de las Naciones Unidas, en la Resolución 2625/Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de la Organización de Naciones Unidas, entre otros instrumentos.

²¹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. Op. cit. Loc. cit. VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 426; GARDINER, Richard. Op. cit. Loc. cit.

²² Sobre el particular, véase: DÍEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". Madrid: Tecnos. 2009. p. 207.

Mujeres²³ y en el Asunto del Servicio Postal Polaco de Danzig. En este último precisó: “Cuando el Tribunal puede dar efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretar estas palabras intentando darles otra significación”²⁴.

Sobre lo mismo, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el Asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, en el Asunto Ambatielos²⁵, en el Asunto del Templo de Práh Vihéar²⁶ y en el Asunto de las Plataformas Petroleras (*República Islámica de Irán v. Estados Unidos*)²⁷ señaló la misma posición. En el primer caso, afirmó:

“La Corte cree necesario decir que el primer deber de un Tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es esforzarse para dar efecto, según su sentido natural y ordinario a estas disposiciones. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su sentido natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más”²⁸.

De otro lado, cuando el artículo 31 alude al sentido “ordinario” y “natural” de los términos, hace referencia a su significado “regular,” “normal” o “acostumbrado”. En este sentido, los tribunales, cuando interpreten un tratado, recurrirán generalmente a consultar diccionarios ordinarios y no especializados. Un ejemplo lo tenemos en el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio en el Asunto Canadá - Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, cuando al tratar de determinar el significado de la palabra beneficio, señaló lo

siguiente: “En relación a este asunto, nosotros comenzaremos con el significado ordinario de la palabra ‘beneficio’. El significado de ‘beneficio’ en el diccionario es ventaja, bien, donación, ganancia. O, más generalmente, un favorable o útil factor o circunstancia”²⁹.

Lo anterior no niega que cuando las disposiciones de un tratado utilicen palabras o términos técnicos o jurídicos, se indague por su significado técnico o jurídico. Así, si el texto emplea términos tales como propiedad, nacionalidad, sociedad por acciones o, más aún, *thalweg*, línea media, etcétera; se deberá investigar la significación técnica de estas palabras. Así lo señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, donde declaró lo siguiente:

“El sentido **geográfico** del término ‘Groenlandia’, es decir, la denominación que se emplea normalmente en los mapas para indicar la isla entera, debe considerarse como acepción corriente del término. Si una de las partes alega que debe atribuírsele un sentido inusitado o excepcional, corresponde a esa parte demostrar la validez de su afirmación”³⁰ [El énfasis es nuestro].

En este caso, más que encontrar el significado ordinario o natural de los términos, habrá que indagar en diccionarios especializados el sentido técnico de los mismos. Esto sucedió en el Asunto de la isla Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia), cuando la Corte Internacional de Justicia buscando el significado de la expresión “canal principal” del río, señaló:

“El Tribunal considera que no puede confiar en un criterio único para identificar el

²³ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva dictada en el asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres”. Serie A/B 50. 1932. pp. 377-378.

²⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre el Servicio postal polaco en Danzig”. Serie B 11. 1925. p. 39.

²⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto Ambatielos”. 1952. p. 8.

²⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Templo de Práh Vihéar, Excepciones Preliminares”. 1961. p. 32.

²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las plataformas petrolíferas. Excepción Preliminar”. 1996. p. 818.

²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas”. 1950. p. 8.

²⁹ ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. “Asunto Canadá-Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles”. AB-1999-2. 2 de agosto de 1999. p. 39.

³⁰ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental”. Serie A/B. 53. 1933. p. 49.

canal principal del Chobe en torno a la isla de Kasikili/Sedudu, pues debido a las características naturales de un río, puede variar notablemente a lo largo de su curso y de un caso a otro. Los trabajos científicos que definen el concepto de 'canal principal' con frecuencia se refieren a diversos criterios; así, en el diccionario francés de hidrología de superficie con equivalentes en inglés, español, alemán, el canal principal es 'el más amplio, el canal más profundo, en particular, el que lleva el mayor flujo de agua'; de acuerdo con el Glosario I de Ingeniería de Control de Agua y Aguas Residuales (Consejo de Redacción Común Representativo de la Asociación Americana de Salud Pública, la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles, la Asociación Americana de Trabajos de Agua y la Federación de Control de Contaminación del Agua, 1969), el canal principal es 'el medio, el canal más profundo o más navegable'³¹.

Adicionalmente, otro aspecto relevante a tener en cuenta, será la conjugación de las palabras utilizadas, así como su sintaxis y semántica. Esto quedó claramente establecido en la decisión del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio en el Asunto Canadá - Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, donde se analizó la conjugación y tiempos empleados en determinados verbos incluidos en el tratado objeto de interpretación, así como la composición de las frases, el origen y significado de las palabras³².

2. El contexto

Una segunda regla de interpretación consagrada en el artículo 31 de la Convención de Viena es la del contexto, en virtud de la cual las disposiciones de un tratado no deben ser interpretadas de forma aislada, sino más bien en armonía con su contexto inmediato y con las otras disposiciones del

tratado, su preámbulo y anexos, así como con otros acuerdos concertados entre las mismas partes que amplíen o modifiquen el tratado original o con las declaraciones interpretativas de carácter unilateral efectuadas por los países miembros y que el resto acepta como instrumento conexo al tratado³³.

Este principio de interpretación tiene como propósito primigenio confirmar la interpretación resultante del sentido ordinario y natural de los términos. A su vez, la regla del sentido ordinario y natural de los términos no puede ser aplicada en abstracto, sino que debe ser empleada en referencia al contexto del artículo a ser interpretado. Se trata por tanto, de dos reglas de interpretación íntimamente ligadas entre sí³⁴.

De otro lado, como ya lo hemos señalado, cuando el artículo 31 consagra la regla del contexto, debemos comprender en ella, en primer lugar, el análisis estructural y sistemático de la disposición a ser interpretada. En otras palabras, se debe tener en cuenta, primeramente, lo que se denomina el **contexto inmediato**; lo que implica varias cosas. En primer lugar, implica analizar dónde está ubicada o localizada la palabra o frase a ser interpretada. Un ejemplo de esto último ocurrió en el Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras³⁵. Se trata de establecer el posible significado del artículo a ser interpretado a partir de su localización en el texto, bajo qué título o en qué capítulo. En segundo lugar, se debe tener presente la estructura de la frase materia de interpretación, esto es, cómo está construida. Sobre esto, resulta importante consultar el Asunto Chile - Sistema de Banda de Precios y Medidas de Salvaguarda relativas a ciertos Productos Agrícolas, resuelto por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio³⁶. En tercer lugar, se deben estudiar los títulos, sea del tratado o de las secciones

³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto de la isla Kasikili/Sedudu (Bostwana/ Namibia)". 1999. párrafo 30.

³² ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. "Asunto Canadá-Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles". AB-1999-2. 1999. pp. 39-40. párrafo. 155.

³³ YASSEN, Mustafá. Op. cit. pp. 33-34. Véase también: VARGAS CARREÑO, Edmundo. "Introducción al Derecho Internacional". San José de Costa Rica: Juricentro. 1992. p. 180.

³⁴ GARDINER, Richard. Op. cit. p. 178.

³⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras". 1992. p. 351.

³⁶ ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. "Asunto Chile-Sistema de Banda de Precios y Medidas de Salvaguarda relativas a ciertos productos agrícolas". 2002. párrafos 205-211.

del tratado donde se encuentra ubicado el artículo a ser interpretado, los cuales pueden resultar de particular importancia como punto de partida para definir o identificar el ámbito del acuerdo. Sobre lo primero, tenemos el Asunto del Canal del Beagle, entre Argentina y Chile, así como el Asunto de las Plataformas Petroleras resuelto por la Corte Internacional de Justicia, donde se analizó el título del Tratado de 1995 suscrito entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América, contrastándolo con los títulos empleados en otros tratados similares celebrados por el segundo país en esas mismas fechas, como el acuerdo concluido con Nicaragua en 1996³⁷. Sobre lo segundo, se pueden señalar como ejemplos los títulos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Así, mientras que en el caso del artículo 31 el uso del singular en el título “Regla General de Interpretación” claramente indica que las distintas reglas de interpretación consagradas en él deben ser interpretadas conjuntamente, es decir, como una unidad; el título del artículo 32, “Reglas de Interpretación Complementarias”, indica que se trata de reglas de interpretación adicionales que además sólo pueden ser empleadas después de aplicar las reglas consagradas en el artículo 31³⁸. En consecuencia, no cabe duda que los títulos pueden tener especial significación al momento de interpretar un tratado. Finalmente, en cuarto lugar, también resulta importante tener presente la posibilidad de contrastar el artículo objeto de interpretación con otras disposiciones que regulan la misma materia dentro del tratado. Esto ocurrió en el Asunto de las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas entre Nicaragua y Honduras,

donde la Corte Internacional de Justicia, para efectos de determinar y precisar su competencia, contrastó los artículos XXXI y XXXII del Pacto de Bogotá de 1948, los mismos que establecen las situaciones que determinan la competencia de este tribunal³⁹.

En segundo lugar, la regla del contexto implica también revisar los demás componentes del tratado (otras disposiciones del tratado, su preámbulo y anexos) así como instrumentos adicionales relativos a éste, a todo lo cual se denomina contexto mediato. Esto permitirá establecer su real sentido y alcance. En este segundo nivel de análisis destaca en particular la importancia de los preámbulos, pues en ellos se suelen establecer las motivaciones y consideraciones que dieron luz al acuerdo, facilitando entonces la determinación de su objeto y fin⁴⁰. Si bien en los preámbulos no se suelen consagrar derechos u obligaciones para las partes, ni suelen tener la misma relevancia en todos los casos, lo cierto es que son de particular utilidad a la hora de determinar su significado. Así lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el Asunto relativo al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal)⁴¹, en el Asunto de la Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan (Indonesia/ Malasia)⁴² así como en el Arbitraje del Canal del Beagle⁴³.

Para concluir debemos referir que la regla del contexto ha sido en general consagrada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Organización Internacional del Trabajo para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas⁴⁴ y en su Opinión

³⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las Plataformas Petroleras (*República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América*). Excepciones Preliminares”. 1996. párrafos 42-47.

³⁸ GARDINER, Richard. Op. cit. pp. 180-181. Este mismo autor refiere que por ello algunos tratados limitan los alcances de los títulos en él incluidos, poniendo como ejemplo a la Convención sobre Cambio Climático de 1992 que establece en una nota de su artículo I que los títulos de los artículos están incluidos solamente para asistir al lector, con lo cual, limita su fuerza interpretativa.

³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua y Honduras). Jurisdicción y Admisibilidad”. 1988. p. 69.

⁴⁰ *Ibid.* p. 97.

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal)”. 1991. pp. 53-67.

⁴² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo a la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan”. 2002. párrafo 51.

⁴³ Laudo Arbitral del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre el Asunto del Canal del Beagle. 2 de mayo de 1977. párrafos 19-20.

⁴⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Competencia de la OIT

Consultiva sobre el Servicio Postal Polaco en Dánzig. En éste último señaló: “Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tendrían en su contexto”⁴⁵. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas confirmó el mismo principio⁴⁶.

3. La conformidad con el objeto y fin del tratado

Esta tercera regla señalada en la Convención de Viena, que forma parte del método teleológico, busca determinar el propósito que pretendieron alcanzar los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, es decir, la razón (*ratio legis*) que tuvieron en mente cuando redactaron el texto⁴⁷.

Este principio de interpretación es de particular importancia, pues puede modificar el resultado obtenido de la mera aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos; no olvidemos que esta última regla se aplica precisamente a la luz del objeto y fin del tratado. Sin embargo, esto no puede llevarnos a afirmar que el objeto y fin del tratado puede alterar el resultado claro e indubitable que pueda ser obtenido de la aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos. Esto último ha sido señalado por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras⁴⁸.

Esta regla adquiere especial relevancia para los tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales, en especial cuando se trata de establecer sus competencias implícitas a partir de la determinación de sus propósitos y fines, como también para interpretar tratados de Derechos Humanos⁴⁹.

Esta regla ha sido confirmada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres⁵⁰ y por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio⁵¹, así como en el Asunto del Estatuto Internacional del África Sudoccidental⁵². En el primero de estos casos, la Corte señaló: “La primera cuestión que se plantea es la de saber cuáles son el objeto y el fin de la convención en la que se encuentra el artículo a interpretar”.

Finalmente, en cuanto al significado de los términos “objeto” y “fin”, se trata de dos expresiones de difícil distinción. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el “objeto” alude al fin o meta de algo, mientras que el “fin” hace referencia al objeto o motivo de algo⁵³. Se trata, por tanto de dos términos, que si bien aluden a lo que se conoce como el “espíritu” del tratado, son sinónimos. En todo caso, para determinar el verdadero objeto y fin del tratado, será de particular relevancia –como ya se indicó– analizar el preámbulo de dicho instrumento, donde suele señalarse

[Organización Internacional del Trabajo] para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas”. Serie B, 2-3. 1922. pp. 32-35. Aquí se señaló: “[E]s necesario evidentemente leer éste en su conjunto, no pudiendo interpretarse su significado sobre la base de algunas frases extraídas de su medio y que, separadas de su contexto, pueden ser interpretadas de diversas maneras”.

⁴⁵ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre el Servicio Postal Polaco en el Dánzig”. Serie B 11. 1925. p. 39.

⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas”. 1950. p. 8.

⁴⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Op. cit. p. 222.

⁴⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras”. 1992. pp. 375-376.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Opinión Consultiva sobre Naturalización en Costa Rica”. 1984; y “Asunto Velásquez Rodríguez, Objeciones Preliminares”. 1987.

⁵⁰ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva dictada en el asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres”. Serie A/B. 50. 1932. p. 383.

⁵¹ Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Op. cit. p. 222.

⁵² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Estatuto Internacional del África Sudoccidental. Recueil”. 1962. p. 336.

⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Madrid: Espasa. Tomo VII. p. 1087; y Tomo V. p. 718.

el objeto que el tratado pretende alcanzar. Asimismo, en muchos tratados se suelen establecer artículos expresos que señalan el objeto y fin del tratado, como es el caso, por ejemplo, de los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas, donde se elabora precisamente un listado de los propósitos de dicha organización⁵⁴.

4. La conducta ulterior de las Partes

La cuarta regla de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena establece que las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas de conformidad con la interpretación acordada por todas las partes de manera expresa (interpretación auténtica expresa) o con la aplicación práctica del tratado realizada en común por los Estados Partes (interpretación auténtica tácita).

En otras palabras, no sólo el acuerdo expreso sino también la práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado se entenderán como una prueba objetiva sobre el acuerdo existente entre las partes respecto de su verdadero sentido y alcance. Incluso, la doctrina entiende que las partes de un tratado a través de esta regla pueden no sólo buscar establecer su verdadero significado, sentido y alcance, sino también pueden darle una significación especial a sus términos, e incluso enmendarlo, ampliarlo o reducirlo en sus alcances y efectos⁵⁵.

La esencia de esta regla es que debemos estar frente a la aplicación o implementación sistemática o repetida de un tratado, sea a través de una práctica concordante de todas las partes (donde éstas realizan básicamente lo mismo en la ejecución del acuerdo), o mediante una conducta unilateral de ejecución que haya sido aceptada por todas las otras partes del acuerdo (aquiescencia). En caso la práctica no contara con la aceptación de todas las partes, pero si de una mayoría,

creemos entonces que podrá servir como indicio, mas no como prueba.

Esta regla presupone entonces, la existencia de una práctica concordante, común y consistente, como lo señaló el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el Asunto Japón - Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas, donde estableció: "Generalmente, en Derecho Internacional, la esencia de la práctica ulterior en la interpretación de un tratado ha sido reconocida como una secuencia de actos o pronunciamientos concordantes, comunes y consistentes, [...] que implican el acuerdo existente entre las partes respecto a su interpretación. Un acto aislado no es generalmente suficiente para establecer una práctica subsecuente; esta es una secuencia de actos que establecen el acuerdo de las partes de forma relevante"⁵⁶.

Esta práctica puede consistir en actos del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial de los Estados partes, donde se verifique la interpretación de una o más disposiciones del tratado a través de su ejecución o implementación.

La regla de la conducta ulterior de las partes ha sido largamente establecida por la jurisprudencia internacional; concretamente por la Corte Permanente de Arbitraje en el Asunto de la Reclamación Rusa contra Turquía, en el que señaló que "la ejecución de los compromisos es, tanto entre Estados cuanto entre particulares, el comentario más seguro de esos compromisos"⁵⁷. Asimismo, la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Organización Internacional del Trabajo para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas precisó: "Si hubiera alguna ambigüedad, la Corte podrá, con el fin de determinar el verdadero sentido,

⁵⁴ GARDINER, Richard. Op. cit. p. 192.

⁵⁵ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 429. Esta posición liberal sobre la posibilidad de modificar tratados vía la aplicación de esta regla, es también asumida por la Corte Internacional de Justicia, mas no por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio, que guarda un criterio más conservador. Véase: SINCLAIR, Ian. "The Vienna Convention on the Law of Treaties". Manchester: Manchester University Press. 1984. p. 137; NOLTE, Georg. Op. cit. p. 141.

⁵⁶ ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. "Asunto Japón- Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas". AB-1996-2. 1996. pp. 12-13. Véase GARDINER, Richard. Op. cit. pp. 227-228.

⁵⁷ Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Op. cit. p. 222.

examinar la forma en que se ha aplicado el tratado⁵⁸. Algo similar fue señalado por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del Estrecho de Corfú⁵⁹, en el Asunto de la Sentencia Arbitral del Rey de España, entre Honduras y Nicaragua⁶⁰, en el Asunto del Templo de Práh Vihear⁶¹, en el Asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua⁶², en el Asunto de la Disputa Territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad⁶³, en la Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados⁶⁴ y en el Asunto de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia⁶⁵.

Asimismo, la Corte, en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino⁶⁶, ha tenido especialmente en cuenta esta práctica para interpretar las disposiciones de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, y para interpretar tratados constitutivos de organizaciones internacionales en su Opinión Consultiva sobre la Licitud del uso de armas nucleares⁶⁷. Finalmente, refiere Díez de Velasco que la Corte también ha tomado en cuenta las opiniones de los órganos de control creados por ciertos tratados de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones contenidas en éstos⁶⁸.

5. Toda norma de Derecho Internacional aplicable

El inciso 4 del artículo 31 de la Convención de Viena, si bien no consagra propiamente un método de interpretación de los tratados, sí establece una regla a tener en cuenta al momento de llevar adelante un ejercicio de interpretación.

Al respecto, debemos precisar que cuando el artículo 31 de la Convención de Viena señala que en la interpretación se tomará en cuenta “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, alude a toda costumbre bilateral, regional o universal, todo tratado bilateral o multilateral, a los principios generales del Derecho e incluso sentencias existentes sobre la materia, a los que las partes se encuentren obligados a la fecha de ser interpretado el acuerdo de dictarse sentencia⁶⁹, con lo cual se busca que las partes de un tratado no sean inconsistentes con las obligaciones asumidas por ellas⁷⁰.

6. El efecto útil

Según la Comisión de Derecho Internacional y gran parte de la doctrina, esta regla de interpretación es consagrada **tácitamente** en la Convención de Viena dentro del principio de la

⁵⁸ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Competencia de la OIT para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas”. Serie B, 2. 1922. pp. 40-41.

⁵⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Estrecho de Corfú. Reports”. 1949. p. 25.

⁶⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Sentencia Arbitral del Rey de España, entre Honduras y Nicaragua”. Reports. 1960. p. 208.

⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Templo de Práh Vihear”. Reports. 1962. pp. 33-35.

⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Jurisdicción y Admisibilidad”. Reports. 1984. pp. 408-413.

⁶³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Disputa Territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad”. Reports. 1994. pp. 34-37.

⁶⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados”. Reports. 1996. pp. 19 y siguientes.

⁶⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia”. Reports. 1999. párrafo 49.

⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino”. Recueil. 2004. párrafo 96.

⁶⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre la licitud del uso de armas nucleares”. Recueil. 1996. p. 75.

⁶⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino”. Recueil. 2004. párrafo 97. pp. 109-112. Véase: DÍEZ DE VELASCO, Manuel. Op. cit. p. 209; y AMERASHINGE, Chittharanjan Félix. “Interpretation of texts in open International Organizations”. En: British Yearbook of International Law 65. 1994. p. 175.

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. cit. p. 62.

⁷⁰ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 433. Véase también: McLACHLAN, Campbell. “The principle of systemic interpretation and article 31 (3c) of the Vienna Convention”. En: International and Comparative Law Quarterly 54. 2005. p. 290.

buena fe⁷¹. Según ésta, cuando se analizan las disposiciones de un tratado, se debe escoger aquella interpretación que le brinda un sentido, efectos prácticos o utilidad a las mismas; por el contrario, se deben descartar aquellas interpretaciones que conviertan el acuerdo en inejecutable o inútil. Las disposiciones de un tratado, por tanto, deben cumplir una función práctica.

Esta regla ha sido establecida por la Corte Permanente de Arbitraje en el Asunto de la Isla Timor⁷², por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de las Zonas Francas⁷³ y, por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del Estrecho de Corfú, donde se señaló: “[S]ería contrario a las reglas de interpretación generalmente reconocidas el considerar que una disposición, insertada en un compromiso, sea una disposición sin sentido ni efecto”⁷⁴. La misma posición la asume la Corte en su Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz de 18 de julio de 1950⁷⁵ y en el Asunto de la diferencia territorial entre Libia y Chad⁷⁶.

B. Reglas de interpretación complementarias

La Convención de Viena de 1969 dispone en su artículo 32 la posibilidad de recurrir a mecanismos complementarios de interpretación de los Tratados. Así señala:

Artículo 32.-

“Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido

resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a. Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b. Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

Un primer comentario sobre esta disposición consiste en que los Estados pueden acudir a estos medios de interpretación complementarios si se quiere confirmar la interpretación obtenida de la aplicación de los principios principales o, si de la aplicación de los principios principales obtenemos un resultado ambiguo, oscuro, absurdo o irrazonable. El propósito de esta última disposición es limitar la aplicación de estas dos reglas complementarias a los casos estrictamente necesarios, evitando su manipulación para forzar interpretaciones de parte. Así lo señaló la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, cuando sostuvo:

“La Corte considera que el texto [del tratado] es suficientemente claro; por consiguiente, no cree que deba desviarse de la práctica invariable de la Corte Permanente de Justicia Internacional, según la cual no procede recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de la Convención es suficientemente claro”⁷⁷.

Esta posición ha sido reafirmada en el Asunto del Sudoeste Africano⁷⁸ y en el Asunto de la Sentencia Arbitral de 31 de julio de 1989⁷⁹.

⁷¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. A/Conf.39/11/Add.2. p. 41: “[...] en la medida en que [el principio del efecto útil] refleja una norma general de interpretación, la máxima está incluida en el párrafo 1 del artículo 27” –hoy 31 de la Convención. En el mismo sentido, véase GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. Op. cit. p. 366.

⁷² CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. “Asunto de la Isla Timor”. 1914.

⁷³ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País del Gex”. Serie A/B. 35. 1930. p. 13.

⁷⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Estrecho de Corfú”. Recueil. 1949. pp. 23-24.

⁷⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz de 18 de julio de 1950”. Recueil. 1950. p. 229.

⁷⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad”. Recueil. 1994. p. 24.

⁷⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas”. Reports. 1950. p. 63.

⁷⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Sudoeste Africano. Excepciones Preliminares”. Recueil. 1962. p. 336.

⁷⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la sentencia arbitral de 31 de julio de 1989”. Recueil. 1991. pp. 69-70.

De esto se desprende que resulta difícil imaginar una situación donde el artículo 32 no sea aplicado, pues se recurrirá a él tanto para confirmar la interpretación resultante de la aplicación del artículo 31 (propósito más utilizado por la jurisprudencia internacional)⁸⁰ cuanto para llenar el vacío dejado por éste. En todo caso, la única restricción del artículo 32 es que no puede ser aplicado en primer lugar, sino después del artículo 31⁸¹.

Un segundo comentario está referido propiamente a las reglas consagradas con carácter complementario. Al respecto, debemos precisar que el artículo 32 refiere a dos reglas pero simplemente como ejemplos a destacar, dejando abierta la posibilidad de recurrir a otras reglas complementarias. Esto queda meridianamente claro cuando al citar las reglas de interpretación complementarias refiere “en particular” a dos⁸². Estas son:

1. Los trabajos preparatorios

La ubicación de esta regla en la Convención de Viena como norma complementaria de interpretación, no se condice con la importancia que esta regla alcanza en su aplicación práctica⁸³.

De acuerdo a esta regla, para la interpretación de las disposiciones de un tratado se debe indagar en la historia de la elaboración del texto, es decir, en el conjunto de instrumentos que constituyen sus antecedentes⁸⁴. Así, cuando se habla de los trabajos preparatorios, se alude a una expresión

totalizadora que implica el estudio de las actas, declaraciones, debates, correspondencia intercambiada, notas, cartas, en las que constan o se hayan registrados los trabajos que dieron lugar al texto del acuerdo⁸⁵. Normalmente, en los tratados multilaterales las actas suelen ser de gran importancia, pues en ellas suelen quedar reflejadas las intervenciones de las delegaciones estatales, mientras que en los tratados bilaterales es el intercambio de notas el registro principal de las posiciones de los Estados.

Sobre este particular, se debe precisar que lo que es considerado como trabajo preparatorio es todo aquello que concierne a la fase anterior o concomitante a la firma del tratado o a la adopción de su texto. En este sentido, los trabajos ulteriores que tuvieran lugar luego de la firma o ratificación no son trabajos preparatorios⁸⁶.

Esta regla ha sido señalada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Convención de 1919 relativa al Trabajo Nocturno de las Mujeres⁸⁷, en el Asunto de los Faros entre Francia y Grecia⁸⁸ y en su Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio⁸⁹. Asimismo, en el Asunto del Tratamiento de los Nacionales Polacos y de otras Personas de Origen o de Lengua Polaca en el Territorio de Danzig, la Corte señaló: “No siendo absolutamente claro este texto, para encontrar su sentido exacto puede ser útil señalar, aquí, con cierto detalle, los diversos proyectos que han precedido a la adopción del texto actualmente en vigor”⁹⁰.

⁸⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la legalidad del uso de la fuerza (*Serbia y Montenegro v. Italia*). Excepciones preliminares”. 2004. párrafo 102. Véase: SBOLCI, Luigi. “Supplementary Means of Interpretation”. En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). “The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention”. Oxford: Oxford University Press. 2011. p. 151.

⁸¹ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 447.

⁸² *Ibid.* p. 445.

⁸³ GARDINER, Richard. Op. cit. p. 24.

⁸⁴ BRIGGS, Herbert. “The travaux préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties”. En: *American Journal of International Law* 65. 1971. p. 705.

⁸⁵ LAUTERPACHT, Hersch. “Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités”. En: *Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye* 48. Tomo I. 1934. pp. 785-786; McNAIR, Arnold Duncan. “The Law of Treaties”. Wotton-under-Edge: Clarendon Press. 1961. p. 411.

⁸⁶ YASSEN, Mustafá. Op. cit. p. 83.

⁸⁷ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva dictada en el asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres”. Serie A/B 50. 1932. p. 38.

⁸⁸ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de los Faros entre Francia y Grecia”. Serie A/B. 62. 1934. p. 3.

⁸⁹ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea sobre el Danubio”. Serie B 14. 1927. p. 28.

⁹⁰ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto del tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o de lengua polaca en el territorio de Danzig”. Serie A/B 44. p. 33.

La misma posición ha sido asumida por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, donde acudió a los trabajos preparatorios para interpretar el artículo 36.5 de su Estatuto⁹¹.

Finalmente, debemos señalar que a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia arbitral internacional ha señalado límites a los trabajos preparatorios, estableciendo que podrá recurrirse a éstos, siempre que estén contenidos en documentos escritos y sean además accesibles a las partes contratantes. En este sentido tenemos el Asunto de la Delimitación de la Frontera Marítima entre Guinea y Guinea Bissau⁹² y el Asunto Young, donde el Tribunal para la Deuda Externa Alemana, señaló:

“Parece necesario señalar unas palabras en este punto para definir el concepto de trabajos preparatorios. En primer lugar, hay que destacar que el término normalmente se limita al material que consta por escrito y que realmente está disponible en fecha posterior. Esto significa que las declaraciones orales y las opiniones que no constan en actas o documentos de la conferencia al parecer pueden ser consideradas como un componente de los trabajos preparatorios sólo en casos excepcionales [...]. Otro requisito previo para que el material deba ser considerado como un componente de los trabajos preparatorios es que en realidad sea accesible y conocido por todas las partes originales⁹³.

Este último tribunal también ha establecido la imposibilidad de oponer los trabajos preparatorios a aquellos Estados partes de un tratado multilateral que no participaron en la etapa de negociación del mismo, salvo

que dichos Estados hubieran conocido oportunamente dichos trabajos. Véase al respecto el caso citado en el párrafo anterior⁹⁴ como también la orden de la Corte Permanente de Justicia Internacional, dictada en el Asunto de la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Río Óder”⁹⁵.

2. Las circunstancias de la celebración

Ésta es la regla de interpretación histórica, que consiste en indagar el conjunto de hechos que llevaron a las partes a celebrar un tratado, así como los factores políticos, sociales, económicos y culturales que rodearon el proceso de negociación o que determinaron su conclusión⁹⁶. A esto último se le conoce como *ocasio legis*, esto es, aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación del tratado.

Si bien algunos autores la ponen en cuestión, en la medida que puede convertirse en un obstáculo para la necesaria adaptación de las normas a las nuevas circunstancias que se pretendan normar, esta regla permite llegar a conocer la intención del legislador, es decir, por qué y para qué se elaboró la norma convencional.

Esta regla (así como la anterior) ha sido consagrada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio, donde para interpretar el artículo 6 del Estatuto Definitivo de dicho río, analizó los hechos que se suscitaron antes de la guerra, así como los eventos históricos que originaron dicho estatuto⁹⁷. También tenemos a la Corte Internacional de Justicia, que en forma reiterada ha aludido a tal regla, en el Asunto de las Acciones Armadas entre Nicaragua y Honduras⁹⁸, el Asunto sobre ciertas Tierras de

⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Jurisdicción y Admisibilidad. 26 de noviembre de 1984”. Reports. 1984. párrafo 31.

⁹² TRIBUNAL ARBITRAL. “Asunto de la Delimitación de la Frontera Marítima entre Guinea y Guinea Bissau. International Legal Materials 25”. 1986. párrafo 70.

⁹³ TRIBUNAL ARBITRAL PARA LA DEUDA EXTERNA ALEMANA. “Asunto Young. International Legal Materials”. 1980. párrafo 34. Véase también: SCOVAZZI, Tullio. “Corso di Diritto Internazionale”. Milano: Giuffrè. 2006. p. 65.

⁹⁴ TRIBUNAL ARBITRAL PARA LA DEUDA EXTERNA ALEMANA. Op. cit. Loc. cit.

⁹⁵ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Río Oder”. Série A 23. 1929. p. 42.

⁹⁶ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 445; SBOLCI, Luigi. Op. cit. p. 157.

⁹⁷ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio”. Serie B 14. 1927. p. 28.

⁹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las acciones armadas entre Nicaragua y Honduras”. Recueil. 1988. p. 85.

Fosfatos en Nauru⁹⁹, el Asunto de la Diferencia Fronteriza entre Libia y Chad¹⁰⁰, el Asunto de la Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahreín¹⁰¹ y el Asunto de la Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan (*Indonesia v. Malasia*)¹⁰².

C. Las reglas para los tratados autenticados en varios idiomas

Es en el siglo XX cuando aparece la práctica de redactar los tratados en varios idiomas, en especial con la creación de las Naciones Unidas, cuyo tratado constitutivo fue redactado en cinco lenguas oficiales¹⁰³.

En relación a este punto, el artículo 33 de la Convención de Viena establece lo siguiente:

Artículo 33.-

1. “Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos

revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado”.

La norma establece como principio general que cuando un tratado está autenticado en varios idiomas, el texto dará igualmente fe en cada uno de ellos, a menos que las partes o el propio texto dispongan que en tal situación va a prevalecer uno de ellos. Esta misma regla fue señalada por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en el Asunto *Plama v. Bulgaria*¹⁰⁴.

De otro lado, se establece que una versión del tratado en idioma distinto de los textos autenticados, sólo podrá dar fe, si las partes o el tratado así lo disponen. Esto, debido a que mientras el texto de un tratado ha sido autenticado por las partes, la versión no.

Asimismo, se establece la presunción de que los términos tienen igual sentido en todos los textos que dan fe, por lo cual, resulta innecesario consultar o comparar las diversas versiones del tratado, en tanto cada una es igualmente válida y goza de la misma autoridad¹⁰⁵. Sin embargo, si existen diferencias, habrá que recurrir a los artículos 31 y 32, y si éstos no produjeran un resultado satisfactorio, se adoptará el sentido que mejor concilie con los textos, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Véase al respecto la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia dictada en el Asunto de la isla Kasikili/Sedudu (*Botswana v. Namibia*)¹⁰⁶ y en el Asunto LaGrand¹⁰⁷.

⁹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre ciertas tierras de fosfatos en Nauru”. Recueil. 1992. p. 247.

¹⁰⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad”. Recueil. 1994. párrafo 68.

¹⁰¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein”. Recueil. 2001. párrafo 104.

¹⁰² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan”. Recueil. 2002. párrafo 59.

¹⁰³ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Madrid: Tecnos. 2009. p. 115; Ver también: NIETO NAVIA, Rafael. “Aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sobre Interpretación en diversos idiomas”. En: “The modern world of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal”. San José de Costa Rica: Instituto Americano de Derechos Humanos. 1996. p. 397.

¹⁰⁴ CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. “Caso ARB/03/24. Decisión sobre Jurisdicción”. 2005.

¹⁰⁵ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 458.

¹⁰⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la isla de Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia”. Recueil. 1999. p. 89.

¹⁰⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto LaGrand”. Recueil. 2001. párrafo 101.

D. Las reglas no incluidas en la Convención

La Convención de Viena de 1969 deja de lado algunas reglas de interpretación consagradas por la doctrina y la jurisprudencia internacional. En ese sentido, y en atención al artículo 32 de este instrumento, es posible acudir a estas reglas válidamente para establecer el verdadero sentido y alcance de una norma convencional, complementariamente a los demás principios de interpretación anteriormente señalados. Estas reglas no señaladas en la Convención de Viena son fundamentalmente:

7. *El in dubio mitius* y la regla *contra proferentem*

De acuerdo a la primera, cuando los términos de un tratado resultan ambiguos, las obligaciones asumidas por las partes en él deben ser entendidas de la manera más restrictiva posible. Como lo señala Llanos: “Si uno de los términos del tratado es ambiguo debe preferirse el significado menos oneroso para la parte que asume la obligación o que entraña menos restricciones para los signatarios”¹⁰⁸.

En el mismo sentido se ha manifestado la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de la Frontera entre Turquía e Irak, al señalar que “si la redacción de un precepto del tratado no es clara y se tiene que elegir entre varias interpretaciones admisibles, habría que adoptar aquella que implique el mínimo de obligaciones para las partes”¹⁰⁹. También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas utiliza esta regla para interpretar las excepciones a las libertades comunitarias¹¹⁰.

De otro lado, la jurisprudencia también ha señalado la necesidad de realizar una

interpretación restrictiva cuando el tratado establezca limitaciones a la soberanía del Estado (regla *contra proferentem*). Así tenemos el Asunto de la Jurisdicción de Pesca, entre España y Canadá, resuelto por la Corte Internacional de Justicia¹¹¹ y el arbitraje en el Asunto de la Interpretación de los Acuerdos de Servicios de Transporte Aéreo, entre Estados Unidos e Italia, de 2006¹¹².

8. La intertemporalidad

Esta regla de interpretación despierta gran polémica en la doctrina y en la propia jurisprudencia internacional¹¹³. Así, para algunos, esta regla consiste en que un tratado debe ser interpretado a la luz del Derecho vigente en la época en que el mismo fue celebrado. En esta línea tenemos a Fitzmaurice, quien señala: “Ahora puede considerarse como un principio de Derecho Internacional establecido que en tales casos la situación en cuestión debe ser apreciada y el tratado interpretado, a la luz de las reglas de Derecho Internacional existentes en ese tiempo, y no como son hoy en día”¹¹⁴.

En el mismo sentido se manifestó el juez Max Huber en el Asunto de la Isla de Palmas entre Estados Unidos y los Países Bajos, al señalar: “[...] un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del Derecho contemporáneo suyo, y no a la luz del Derecho vigente en el tiempo cuando surge, o ha de zanjarse, una controversia con el relacionado. El efecto del descubrimiento por parte de España debe ser determinado, en consecuencia, mediante las reglas de Derecho Internacional en vigor durante la primera mitad del siglo XVII o (para tomar la fecha más próxima) durante el primer cuarto de él”¹¹⁵.

En el mismo sentido, tenemos las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en el

¹⁰⁸ LLANOS MANSILLA, Hugo. “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 1979. p. 204.

¹⁰⁹ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de la Frontera entre Turquía e Irak”. Serie B 12. 1925. p. 15.

¹¹⁰ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. Op. cit. p. 212.

¹¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Jurisdicción de Pesca, *España v. Canadá*”. Reports. 1998. párrafo 51.

¹¹² SBOLCI, Luigi. Op. cit. p. 159.

¹¹³ HIGGINS, Rosalyn. “Time and the law: International Perspectives on an Old Problem”. En: *International and Comparative Law Quarterly* 46. 1997. p. 501.

¹¹⁴ BROWNLIE, Ian. “Principles of Public International Law”. Oxford: Oxford University Press. 1990. p. 129.

¹¹⁵ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. “Asunto de la Isla de Palmas entre Estados Unidos y los Países Bajos”. 1906.

Asunto del Sudoeste Africano¹¹⁶ y en el Asunto de la Diferencia Territorial entre Libia y Chad¹¹⁷, así como el laudo del Tribunal arbitral en el Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile¹¹⁸.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia en reiteradas ocasiones ha definido este principio de interpretación de manera diferente, es decir, entendiendo más bien que el precepto establece que las normas de un tratado deben ser interpretadas de acuerdo al Derecho vigente al momento de la interpretación o de la decisión judicial o arbitral. Así lo señaló en su Opinión Consultiva sobre Namibia: “Además, la interpretación y aplicación de un instrumento internacional debe hacerse dentro del marco del sistema jurídico general que prevalece en el momento de la interpretación”¹¹⁹. Asimismo, en el Asunto de la Plataforma Continental del Mar Egeo, la Corte precisó: “Es difícilmente concebible que se intentara dar a expresiones como ‘jurisdicción doméstica’ y ‘estatuto territorial’ un contenido invariable cualquiera fuera la evolución subsiguiente del Derecho Internacional”¹²⁰. Finalmente, la misma posición la asumió en el Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros¹²¹ y en el Asunto de la Disputa sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos, entre Costa Rica y Nicaragua, donde en contradicción a la posición de este último, la Corte señaló la necesidad de interpretar la palabra “comercio” (incluida en el Tratado de 1858 celebrado por ambos países), conforme al Derecho y al significado vigentes al momento del fallo¹²².

9. La contemporaneidad

Otra regla de interpretación vinculada al ámbito temporal y al análisis de sentencias

judiciales o fallos arbitrales, y no incluida en la Convención de Viena, es aquella conocida como el principio de contemporaneidad, el cual establece que los fallos deben ser interpretados conforme a los hechos o conocimientos que se tenían al momento de su elaboración.

En este sentido se manifestó el Tribunal arbitral en el Asunto de la Controversia sobre Delimitación Marítima entre Francia y Gran Bretaña, donde se señaló: “La interpretación plantea la cuestión de saber lo que el Tribunal ha zanjado con fuerza obligatoria en su decisión y no la de saber lo que el Tribunal debería decidir ahora a la luz de hechos o argumentos nuevos”¹²³. De igual modo tenemos el Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile, donde los árbitros Galindo Pohl y Santiago Benadava, en sus respectivos votos disidentes, señalaron lo siguiente: “[...] no se puede atribuir al árbitro de 1898-1902 conocimientos geográficos que no tuvo ni pudo tener por la sencilla razón de que nadie los tenía, ni procede aplicar conocimientos posteriores para entender el sentido de hechos pasados. Cada cosa en su tiempo y en su lugar [...]. Analizar el caso colocándose en la situación de la época y tratar de reproducir el escenario que conformó la visión y el juicio del árbitro, así como los puntos de vista y los propósitos de las partes es, además, un dictado de la lógica. Colocándose fuera de la época, como si el fallo fuese pronunciado hoy, las decisiones del pasado pierden su sentido original. Particularmente en diferendos relacionados con fronteras, los fallos deben entenderse de acuerdo con los conocimientos geográficos, las informaciones y los argumentos presentados al juez, en la época y en conformidad con la época. De otro

¹¹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Sudoeste Africano”. Recueil. 1966. p. 23.

¹¹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad”. Recueil. 1994. p. 3

¹¹⁸ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. Op. cit. p. 213.

¹¹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre Namibia”. Reports. 1971. p. 31.

¹²⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Plataforma Continental del Mar Egeo”. Reports. 1978. p. 32.

¹²¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros”. Recueil. 1997. pp. 67-68.

¹²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Disputa sobre derechos de navegación y derechos conexos (*Costa Rica v. Nicaragua*)”. 2009. párrafos 66-67; DUPUY, Pierre Marie. “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy”. En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). “The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention”. Oxford: Oxford University Press. 2011. pp. 131-132.

¹²³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Recueil des Sentences Arbitrales”. Volumen 19. p. 239.

modo se corre el riesgo de perturbar la cosa juzgada y la estabilidad de las fronteras”¹²⁴.

“Los conocimientos geográficos adquiridos con posterioridad al laudo no pueden servir de base para su interpretación. El laudo y los instrumentos que lo integran deben ser interpretados a la luz de las circunstancias que los rodean y, especialmente, del conocimiento geográfico que el árbitro tomó en cuenta al dictarlo. [...] Los nuevos descubrimientos geográficos constituyen un “hecho nuevo” que no pueden alterar lo decidido por el laudo ni servir de base para su interpretación”¹²⁵.

V. REFLEXIÓN FINAL

Las reglas de interpretación analizadas en el presente artículo son de especial relevancia

para una correcta y no arbitraria aplicación de las normas del Derecho Internacional convencional, pero también para brindar seguridad jurídica y estabilidad en las relaciones internacionales.

Además, el carácter abierto de las reglas consagradas en la Convención de Viena de 1969 permite que puedan incorporarse nuevas reglas, según evolucione esta disciplina, lo que entonces garantiza su adecuación a futuras realidades y permanente perfeccionamiento. En este sentido, la jurisprudencia y la práctica de los Estados tendrán particular importancia en este desarrollo, beneficioso para la solución de las disputas internacionales y, por ende, para la estabilidad, la paz y la seguridad internacional.

¹²⁴ TRIBUNAL ARBITRAL. “Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile. Opinión Disidente de Galindo Pohl”. pp. 119-121.

¹²⁵ TRIBUNAL ARBITRAL. “Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile. Opinión Disidente de Santiago Benadava”. pp. 268-271.

LA ACCIDENTADA RUTA CONSTITUCIONAL DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO

Piero Vásquez Agüero*

Los tratados, como fuente del Derecho Internacional, llegan a ser interiorizados y asumidos como parte de la legislación interna de cada país, adquiriendo no sólo la capacidad de otorgar derechos y obligaciones a los ciudadanos de los países que los celebran, sino incluso, tomando una jerarquía propia dentro del ordenamiento jurídico.

En este didáctico artículo, el autor nos permite vislumbrar cómo este proceso se ha encontrado con una serie de dificultades al ser abordado por la jurisdicción interna, tomando como base la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Legal del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

I. INTRODUCCIÓN: LA IRRUPCIÓN DEL INDIVIDUO EN LA ESFERA INTERNACIONAL Y LOS RETOS PARA LOS ORDENAMIENTOS DE LOS ESTADOS

Como es conocido, el Derecho Internacional y la sociedad internacional se condicionan recíprocamente¹. Este vínculo evolutivo e indisoluble es una marca de creación que direcciona una especial atención sobre la realidad que el Derecho Internacional pretende regular². Desde esta constatación, el gran cambio acontecido en la sociedad internacional contemporánea es la irrupción del ser humano como sujeto de Derecho Internacional. Y utilizo el término **irrupción** adrede, con la clara intención de subrayar la constante tensión generada con su emergencia en la esfera jurídico internacional.

Sin duda, el fenómeno de la humanización del Derecho Internacional es el corolario de una serie de conquistas que parten desde las primeras apariciones de límites a los poderes soberanos, con la confección de catálogos de derechos³ que conocerían su climax con las revoluciones americana y francesa y las sendas declaraciones producto de dichos procesos políticos de transformación. El efecto dominó que se produciría en adelante, “a pesar de los déficit conocidos, los peligros permanentes, también los dolorosos retrocesos y debilidades”⁴, dio paso a la progresiva consagración de los derechos civiles, políticos y, finalmente, sociales que abrieron camino a los textos constitucionales modernos⁵ que conocemos hoy en día⁶.

En este proceso revolucionario de humanización de lo jurídico, en palabras de Häberle⁷, “lleno de heridas y utopías concretas”, podríamos decir que el más afectado ha sido el Estado en tanto sujeto de Derecho Internacional. Es decir, el Estado como entidad independiente, soberana y autárquica, cedió buena porción de su soberanía, para autolimitar sus competencias sobre uno de sus elementos constitutivos fundamentales: La comunidad humana asentada sobre su territorio, tal como lo señala Carrillo Salcedo en las siguientes líneas: “La afirmación de que la persona humana es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional, constituye sin duda una extraordinaria innovación en el Derecho Internacional que consiste, fundamentalmente, en que a diferencia del Derecho Internacional clásico, la persona no puede ya ser considerada como un mero objeto del Orden Internacional”⁸.

De acuerdo con el citado autor, se trata de la constatación del surgimiento de un nuevo principio constitucional del Orden Internacional contemporáneo que se ubica, frente a frente, a otro clásico principio, de corte y apariencia infranqueables: La soberanía⁹. Esta tensión generada por la irrupción del ser humano ha desencadenado una contracción de la soberanía, una erosión¹⁰ de sus bordes más filudos. El deber de cumplimiento y garantía de los tratados de Derechos Humanos supone un *modus vivendi* de la comunidad internacional, ante cuyo incumplimiento se genera responsabilidad internacional.

¹ REEVES, Jesse. “International Society and International Law”. En: The American Journal of International Law 15. 1921. p. 368.

² PASTOR RIDRUEJO, José. “Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales”. Novena edición. Madrid: Tecnos. 2003. p. 34 y siguientes.

³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. “Sistemas Políticos Actuales”. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1993. pp. 29-35.

⁴ HÄBERLE, Peter. “El Estado Constitucional”. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2003. p. 46.

⁵ Se identifican como hitos fundantes las Constituciones de Querétaro (1917) y de la República de Weimar (1919).

⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Derechos Sociales y Positivismo Jurídico: Escritos de filosofía jurídica y política”. Madrid: Dykinson. 1999. p. 47.

⁷ HÄBERLE, Peter. Op cit. p. 45.

⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo”. Madrid: Tecnos. 1995. p. 15.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Ahora bien, una vez que se consagra o cristaliza algún tipo de obligación estatal en materia de Derechos Humanos en el plano internacional, el impacto en el Derecho interno de los Estados es potente. Tal como señala la profesora Salmón, el Derecho Internacional establece el contenido de las obligaciones, pero es el ordenamiento jurídico interno el que debe encontrarse preparado “para cooperar con su cumplimiento”¹¹. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana), se ha referido al deber general de implementación, recogido en el artículo 2¹² de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana) en los siguientes términos: “[...] El deber general [de implementación] del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹³.

Dicho esto, y siguiendo a la profesora Salmón, la implementación es *conditio sine qua non* de efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales, y esto conllevará la puesta en práctica de medidas nacionales de distinta naturaleza destinadas a que las normas internacionales tengan plena vigencia en el Derecho interno¹⁴. Ahora bien, por lo general, por “implementación” se ha entendido la referencia a los aspectos de la adopción de medidas legislativas (aprobatorias o derogatorias) para el cumplimiento efectivo de las normas del Derecho Internacional y el tema específico del rango de estas obligaciones ha sido dejado al pleno dominio reservado de los Estados. Sin embargo, cabe

preguntarse si es que en el actual escenario de humanización del Derecho Internacional y la proliferación de obligaciones de Derechos Humanos, en el espectro comprensivo de la implementación, también se encuentra ahora la jerarquía –y otras características– de este tipo específico de obligaciones.

Es cierto que la jerarquía normativa del Derecho de un Estado es una competencia que recae en el rubro del dominio reservado del mismo. Determinar el nivel jerárquico para las obligaciones del Derecho Internacional y, en especial, de las normas de Derechos Humanos, a la fecha, no genera responsabilidad internacional. Sin embargo, en esta idea del mejor y mayor cumplimiento posible de las obligaciones internacionales, indirectamente, sospechamos que existe una exigencia lógica que permite plantear la necesidad de contar con una pirámide normativa que esté en armonía con los compromisos internacionales.

Es una exigencia interna, que tiene un efecto directo y un correlato evidente, en última instancia, del principio del cumplimiento de buena fe de los tratados. En la línea de Cassese, se trata de la “cooperación y apoyo constantes”¹⁵ del sistema legislativo interno; exigencias que podríamos decir, se encuentran agudizadas a la luz de la importancia de las obligaciones de primer orden que imponen los Derechos Humanos, en tanto principio constitucional del Derecho Internacional contemporáneo.

Dicho lo anterior, conviene aclarar qué estamos entendiendo en este trabajo cuando decimos “rango” o “jerarquía”. En la Teoría General del Derecho, el tema ha sido abordado en distintas épocas y con distintos resultados¹⁶. Sin embargo, para los fines que

¹¹ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados”. Lima: Palestra Editores. 2007. pp. 29-30.

¹² CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 2.- “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C 52, foja 207.

¹⁴ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Op. cit. Loc. cit.

¹⁵ CASESSE, Antonio. “International Law”. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press. 2005. p. 9.

¹⁶ Para una buena síntesis de las teorías jerárquicas de Kelsen, Merkel, Hart, Pizzorusso y Tarello, ver: GUASTINI, Ricardo. “Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado”. Lima: Communitas. 2010. pp. 57-69.

nos convocan, entenderemos la jerarquía en los términos materiales y sustanciales que refiere Guastini en los siguientes términos: “[S]on aquellas que acaecen entre dos normas cuando una tercera norma establece que una de las primeras dos es inválida cuando colisione con la otra. En otras palabras: Dos normas, N_1 y N_2 , mantienen entre ellas, una relación jerárquica material, cuando una tercera norma positiva, N_3 , establece que N_2 es inválida cuando esté en conflicto con N_1 . En estos casos, diremos que N_1 es materialmente superior a N_2 ”¹⁷. Es decir la norma inferior, como se desprende del texto citado, no puede asumir un contenido que colisione con lo estipulado por la norma superior. Este es el tipo de jerarquía al que nos referiremos en el presente trabajo.

Advertido lo anterior, la estructura de este texto apunta, en un primer momento, a dejar constancia de que el ordenamiento peruano no se encontraba preparado para cooperar con el cumplimiento de obligaciones en materia de Derechos Humanos procedentes del Derecho Internacional dado que la jerarquía de las mismas era incierta y se encontraba en un escenario de desregulación, producto del quiebre democrático constitucional de 1993. Este hecho generó incertidumbre en la aplicación directa de las normas de Derechos Humanos.

En un segundo momento, se mostrará que fue el Tribunal Constitucional el encargado de subsanar estas deficiencias. Para ello estableceremos sus líneas jurisprudenciales en relación con el tratamiento del rango, aplicación directa e interpretación de los tratados (tanto simplificados como de Derechos Humanos). Asimismo, se mostrará que desde el Poder Legislativo, casi de contrabando, con la intención de aclarar la Constitución, se generó un impacto no

esperado en relación a la jerarquía del Derecho Internacional. Finalmente, se concluirá formulando algunas conclusiones e identificando tareas pendientes.

II. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA DESREGULACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS CON EL QUIEBRE DEMOCRÁTICO DE 1993

Es recién desde la Constitución de 1979 que es posible encontrar un desarrollo complejo relativo a la interacción del Derecho Internacional y el Derecho interno. Antes de eso, entre las constituciones de 1823 y 1933 toda la regulación jurídica que encontramos apunta de modo muy escueto y reducido tan sólo a la incorporación de los tratados internacionales mediante una fórmula que encargó desde siempre a los presidentes de la república la ratificación de tratados y al Congreso (o las cámaras) la aprobación o no de algunos convenios en específico.

En el período señalado anteriormente, no existe una regulación expresa con respecto a la jerarquía de los tratados o el Derecho Internacional en general. Como hecho aislado, en la Constitución de 1826, con su corta vigencia, se señaló en una triada de normas, cuyo contenido no se repitió nunca más en nuestra historia: Responsabilidades ante el incumplimiento de “la constitucion, las leyes y los tratados públicos”¹⁸.

Sin embargo, como ya se indicó líneas arriba, la vigencia de la llamada Constitución Vitalicia de Simón Bolívar tuvo efectos bastante limitados¹⁹. Después de este hecho aislado, toda la regulación hasta 1979 solo hace referencia a la aprobación de tratados de paz y concordatos, pero ningún tipo de referencia,

¹⁷ Ibid. p. 70.

¹⁸ Artículo 51: “Las atribuciones de la cámara de censores son:
1. Velar si el gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los Tratados públicos.
2. Acusar ante el senado, las infracciones que el Ejército haga a **la Constitución, las leyes y los tratados públicos**” [El énfasis es nuestro].

Artículo 83: “Atribuciones del Presidente de la República:

5. Autorizar los reglamentos y órdenes para el mejor cumplimiento de **la Constitución, las leyes y los tratados públicos**” [El énfasis es nuestro].

Artículo 94: “Los secretarios del despacho serán responsables con el vicepresidente, de todas las órdenes que autoricen contra **la Constitución, las leyes y los tratados públicos**” [El énfasis es nuestro].

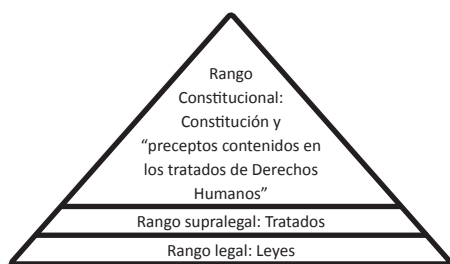
¹⁹ MORON URBINA, César. “Bolívar y su propuesta constitucional de 1826”. En: Pensamiento Constitucional 7. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2000. p. 436 y siguientes.

siquiera aislada, a la jerarquía de las normas del Derecho Internacional en el Derecho interno.

Es recién en la Constitución de 1979 que se puede identificar regulación sistemática con respecto a la relación de la normatividad internacional en el Derecho interno, en dos temas específicos: La incorporación y la jerarquía. Similar regulación es la que se plasma en la Constitución de 1993. Si se comparan la regulación de la jerarquía, en ambos textos constitucionales, encontraremos lo siguiente:

En la comparación de ambos textos constitucionales, podremos notar un retroceso en cuanto a la jerarquía del Derecho Internacional en general (tratados y normas de Derechos Humanos). La Constitución de 1979 era clara con respecto al nivel jerárquico que ocupaban los tratados y las normas de Derechos Humanos. La pirámide normativa podía ser imaginada del siguiente modo:

Gráfico 1: Pirámide normativa desde 1979



Sin embargo, la Constitución de 1993 realizó una copia incompleta de dicha fórmula, que pareciera totalmente direccionada a rebajar el rango de los Derechos Humanos en el sistema normativo nacional. De hecho, en el diario de debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático²⁰ el debate referido a los tratados es corto. En esta discusión se evidencia el reclamo de algunos comisionados debido a que el texto en consulta para la nueva Constitución no asignaba rango constitucional a las normas de Derechos Humanos.

La mayoría oficialista justificó que en tanto el artículo 2 contenía todos los derechos no era necesario regresar a la fórmula anterior. Varios comisionados pidieron que se debata este asunto, sin embargo, se decidió postergar el debate y consultar con especialistas.

Ahora, si nos remitimos al diario de debates del Pleno del Congreso²¹, en el que se aprueba este capítulo específico, existe discusión sobre la jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho nacional y la oposición defiende la posición de que se mantenga la referencia del rango diferenciado de los preceptos relativos a los Derechos Humanos. Sin embargo, ninguna intervención del oficialismo o de los miembros de la Comisión se encargó de sustentar el porqué del cambio. La votación aprobó el capítulo relativo de los tratados extirpando el rango jerárquico a las normas del Derecho Internacional en la Constitución. La pirámide normativa queda configurada en un doble nivel:

Gráfico 2: Jerarquía normativa desde 1993



En la comparación gráfica, se hace evidente que se rebajó el rango de los tratados de supralegal a legal y que se omitió la referencia explícita en relación con las obligaciones de Derechos Humanos. Retomando la pregunta inicial: ¿El sistema jurídico nacional se encontraba listo para cooperar con el cumplimiento de las obligaciones internacionales con respecto de la jerarquía de las normas internacionales? La primera conclusión parcial a la que podemos llegar es que nuestro sistema jurídico, desde 1993, sufrió un proceso de desregulación claramente direccionado a rebajar el *status* del Derecho Internacional en el Derecho

²⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. "Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional. Comisión de Constitución y Reglamento". Tomo V. Lima: Diario de los Debates. 2007. p. 2965. Consultado el 01 de abril de 2013 en: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/ComConstReglam93/Tomo_V.pdf.

²¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. "Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional, Plenos - 1993". Tomo I. Lima: Diario de los Debates. 2007. p. 720 y siguientes. Consultado el 01 de abril de 2013 en: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf.

interno. Un despropósito que requirió medidas correctivas, como veremos más adelante.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JERARQUÍA: MEDIDAS CORRECTIVAS A LA REGULACIÓN

A continuación, se construirá la línea jurisprudencial utilizada por el Tribunal Constitucional para establecer la jerarquía de fuentes en nuestro ordenamiento. En estos terminos, la ruta tiene dos hitos fundamentales. El primero establece una nueva pirámide normativa. El segundo, realiza un giro jurisprudencial, cambiando dicha pirámide, como se explicará en las siguientes líneas.

A. Primer hito

Como se evidenció anteriormente, un vacío grande quedó consolidado con la desregulación del rango de las disposiciones de Derechos Humanos y la disminución del *status* de los tratados en general. Es por eso que desde el año 2003, el Tribunal Constitucional ha propuesto y perfeccionado el catálogo jerárquico de nuestro ordenamiento sobre la base de dos criterios: Las categorías y los grados. En la sentencia 005-2003-AI/TC señaló cinco categorías.

La primera categoría se encuentra ocupada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional; la segunda está conformada por la Ley y normas con rango de Ley; la tercera está constituida por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva; la cuarta por las resoluciones; y la quinta por las normas con interés de parte. Éstas últimas incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generen derechos y deberes de carácter personal²².

Asimismo, el Tribunal Constitucional refiere que las normas de la segunda categoría (aquellas sobre las cuales es posible interponer una acción de inconstitucionalidad), son

las siguientes: “Las leyes y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desarrollo constitucional, etcétera], **los tratados (aprobados por el Congreso)**, los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes” [El énfasis es nuestro].

Finalmente, el Tribunal Constitucional establece, con respecto de estas últimas normas, que pese a tener la misma categoría, no todas tienen el mismo grado. El grado es aquella característica que impone jerarquía entre normas de una misma categoría. Con estas previsiones iniciales, la pirámide normativa quedó configurada del siguiente modo.

Gráfico 3: Jerarquía normativa desde 2003

Primera categoría	Constitución y normas con rango constitucional
Segunda categoría	Ley y normas con rango de ley: Leyes orgánicas, leyes ordinarias, tratados aprobados por el Congreso, decretos legislativos, resoluciones legislativas, reglamento del Congreso, ordenanzas municipales, ordenanzas regionales, decretos de urgencia y decretos leyes (no se establece el grado).
Tercera categoría	Decretos y normas de naturaleza ejecutiva
Cuarta categoría	Resoluciones
Quinta categoría	Normas con interés de parte

Al 2003, podemos advertir que el rango que ocupaban los tratados era el de segunda categoría. Extrañamente, el Tribunal Constitucional se refirió a los tratados aprobados por el Congreso, es decir aquellos reseñados en el artículo 56 de la Constitución de 1993, entre los cuales se encuentran los tratados de Derechos Humanos.

Podemos afirmar, entonces, que para el año 2003, el rango de los tratados era legal. De hecho esta posición es bastante coheren-

²² Expediente 005-2003-AI/TC. Foja 7.

te con lo que ya se había afirmado para el caso particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el que se señaló, en el año 1999, que ostentaba dicho rango legal²³.

“Que en la medida en que el artículo 14 inciso 6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce un mandato indemnizatorio como consecuencia de la comisión de un error judicial a propósito de quienes han sido beneficiados con una medida de indulto, esto es, crea una obligación como correlato de una determinada situación jurídica, no cabe la menor duda, que al tratarse de derecho aplicable en nuestro país y que como se ha dicho, tiene el mismo rango que el de una ley, le asiste el mismo régimen jurídico que opera respecto de la Acción de Cumplimiento”.

B. Segundo hito

Poco tiempo después, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que profundiza sobre la categoría y el rango y al mismo tiempo modifica su línea jurisprudencial. En el caso “Nina-Quispe” (Expediente 0047 2004-AI/TC) el Tribunal realiza este giro jurisprudencial, y separa los tratados en dos tipos: Tratados de Derechos Humanos y tratados con rango de ley. Dicha distinción, evidentemente, solo tiene efectos en el plano del Derecho nacional, en tanto que la vinculación del Perú frente a la comunidad internacional, con respecto de la totalidad de tratados en vigor, es la misma.

La distinción realizada es útil en tanto dicho rango otorga a los Derechos Humanos la posibilidad de ser tutelados mediante un proceso constitucional de amparo, en el que se requiere que la violación del derecho alegado tenga sustento constitucional directo, como se señala en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional:

“No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

Gráfico 4: Pirámide normativa desde 2004

Primera categoría	Primer grado: La Constitución.
	Segundo grado: Leyes de reforma constitucional.
	Tercer grado: Los tratados de Derechos Humanos.
Segunda categoría	Las leyes y las normas con rango o de ley. Allí aparecen las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, así como los decretos-ley
Tercera categoría	Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.
Cuarta categoría	Primer grado: Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, entre otros).
	Segundo y demás grados descendentes: Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intra-institucional.
Quinta categoría	Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales.

Ahora bien, esta nueva jerarquización propuesta por el Tribunal Constitucional, nos permite plantear al menos tres problemas. El primero se trata de la definición y naturaleza de lo que se debe considerar como un tratado de Derechos Humanos. En segundo lugar, nos preguntamos qué pasa en el supuesto de conflicto o contradicción entre las normas del Derecho Internacional y las normas de segundo y tercer grado de la primera categoría. En otras palabras, ¿cómo se soluciona la contradicción entre un tratado (cualquiera que sea) con una ley de reforma constitucional o la Constitución a luz del principio de la supremacía del Derecho Internacional?

Finalmente, el tercer problema es la determinación del origen y el sustento constitucionales para establecer una jerarquía diferenciada a favor de los tratados de Derechos Humanos.

²³ Expediente 1277-99-AC/TC. Foja 7.

1. Primer problema: ¿Qué entiende el Tribunal Constitucional por “tratado de Derechos Humanos”?

La solución del Tribunal Constitucional, abre la evidente pregunta de ¿qué es un tratado de Derechos Humanos? En términos de la identificación del mismo, resulta problemático que el rango constitucional se haya dirigido a la fuente de Derecho “tratado” como un todo, pues esta denominación no existe como tal en el Derecho Internacional. Las fuentes convencionales reciben varios nombres que definen una fuente del Derecho Internacional que se caracteriza por representar la fusión de dos o más voluntades de sujetos del Derecho Internacional con el propósito de regular sus intereses por las reglas internacionales²⁴.

Del alcance de esta definición, no es posible encontrar con claridad, una delimitación clara y distinta de lo que cabe en lo que el Tribunal Constitucional está imaginando como “tratados de Derechos Humanos”. Es por eso que la fórmula de la Constitución de 1979 resultaba más beneficiosa. El rango constitucional no se asigna a un instrumento legal, sino “a los preceptos contenidos en los tratados de Derechos Humanos”. Aunque imperfecta, la fórmula señala que es de los tratados de Derechos Humanos de los que es posible deducir preceptos normativos.

Hoy en día, en general, es posible extraer obligaciones en materia de Derechos Humanos de algunos tratados que no serían calificados como “de Derechos Humanos”. Por ejemplo, en los tratados de libre comercio, se incluyen hoy en día las llamadas “cláusulas democráticas”. Se trata de “norma o disposición dentro de un tratado de libre comercio o asociación comercial que busca asegurar un marco de protección para los Derechos Humanos y el respeto del Estado Democrático de Derecho entre las Partes del Acuerdo”²⁵. Es decir, existe una tendencia de incorporar en los textos de este tipo de

acuerdos menciones, explícitas o implícitas, a los Derechos Humanos, en tratados que no serían identificados como de esa materia necesariamente. Por ejemplo, en el artículo 17.2 del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos de Norteamérica²⁶:

Artículo 17.2.- “Derechos laborales fundamentales:

1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la “Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento” (1998) (Declaración de la Organización Internacional del Trabajo):
 - a. La libertad de asociación;
 - b. El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
 - c. La eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;
 - d. La abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y
 - e. La eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación”.

Es decir, en materia laboral, este tratado de libre comercio estableció en su cuerpo normativo, obligaciones de Derechos Humanos entre ambas partes. No estamos en frente de un instrumento que sería denominado como de Derechos Humanos, pero estamos sin duda ante obligaciones de esta materia, que deberían seguir la suerte jerárquica de otro tipo de obligaciones que podrían desprenderse en materia de protección al individuo.

Como se puede ver, en el vasto universo de tratados, es posible deducir obligaciones de Derechos Humanos. Tanto más, sería posible deducir obligaciones en materia de Derechos Humanos en otras fuentes del Derecho

²⁴ CASSESE, Antonio. “International law”. Segunda edición. Nueva York: Oxford University Press. 2005. p. 172.

²⁵ MUJICA PETIT, Javier. “Integración, comercio y Derechos Humanos. Cláusula democrática”. Lima: Cuaderno Globalización con equidad 3. 2008. p. 41.

²⁶ Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa 28766, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de junio de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo 030-2006-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2006. Fue puesto en ejecución mediante Decreto Supremo 009-2009-MINCETUR, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de enero de 2009. Fecha de entrada en vigor: 1 de febrero de 2009.

Internacional como la costumbre o los actos unilaterales. Es por ello que resultaría más que positivo que el Tribunal Constitucional continúe perfeccionando la pirámide explicitando que el rango constitucional se asigna al contenido de la obligación no por su fuente, sino por la materia que regula.

2. Segundo problema: ¿Cómo se resuelven los conflictos normativos entre normas constitucionales de primera categoría y las normas del Derecho Internacional?

Se ha encontrado, que existe una “ficticia” distinción eleva a los tratados de Derechos Humanos a la primera categoría, mientras que el resto de tratados sigue ostentando la segunda categoría. Tal como ya se manifestó anteriormente, dentro de una misma categoría, las normas tienen distinto grado entre sí. En estos términos, los tratados de Derechos Humanos ostentan el tercer grado dentro de la primera categoría. Eso agota la mayoría de los conflictos normativos entre los tratados de Derechos Humanos y el resto de fuentes del Derecho interno, salvo en el caso de las tres normas que ostentan el mismo grado, dentro de la primera categoría.

Es decir, la Constitución (primer grado), las leyes de reforma constitucional (segundo grado) y los tratados de Derechos Humanos (tercer grado). ¿Qué pasa entonces en caso de conflicto entre una norma consagrada en un tratado de Derechos Humanos y una norma constitucional? El Tribunal Constitucional enfrentó este problema a través del análisis de constitucionalidad de las Leyes de Amnistía 26479 y 26492, para el caso de Santiago Martín Rivas en el marco del Caso La Cantuta.

Cabe recordar que antes de que el caso de Martín Rivas se ventile en el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana se había pronunciado sobre las mencionadas leyes en su sentencia “Barrios Altos”²⁷. Entre las consideraciones vertidas, más allá de las vulneraciones encontradas, la Corte Interamericana evidenció que existía un

quiebre entre la Convención Americana y las leyes de amnistía, y señaló lo siguiente en la sentencia de fondo de dicho caso: “[L]as leyes de amnistía 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.

Ante esta afirmación, y para estar segura del alcance de lo que la Corte Interamericana señalaba, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos preguntó lo siguiente en su escrito de demanda de interpretación en los términos del artículo 67 de la Convención Americana: “¿Tiene la Sentencia en el caso Barrios Altos, con referencia a la incompatibilidad de las leyes 26479 y 26492 con la Convención Americana, alcance general o se limita solamente al caso indicado?”.

En la sentencia de interpretación, la Corte Interamericana responde lo siguiente: “Dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía 26479 y 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”.

Es decir, la Corte Interamericana aplica una suerte de control concentrado a las leyes de amnistía. Lo que se objeta principalmente a esta declaración, como resulta evidente, es si una corte internacional, cuya razón de ser es la vigilancia del cumplimiento de un tratado de Derechos Humanos, puede arrogarse una de las clásicas funciones de un Tribunal Constitucional, como “expulsar” normas del ordenamiento por encontrarse en contradicción con el bloque de constitucionalidad.

La identificación de normas que se contraponen a la Convención Americana no es un comportamiento exótico de la Corte Interamericana. De hecho, como señala Hitters²⁸, es desde el año 2003 que este nombre se evidencia como tal, pero la comparación de legislación interna con el Pacto de San José es una tarea natural de su función de guardián. La Corte Interamericana no tiene el poder general de abrogación. Una cosa

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Barrios Altos v. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C 75.

²⁸ HITTERS, Juan Carlos. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En: Estudios Constitucionales 2. 2009. pp. 109 y siguientes.

es la identificación de la inconvencionalidad y otra muy distinta es el efecto que dicho pronunciamiento produce. Sin embargo, en “Barrios Altos” encontramos un criterio distinto al que se ha producido en los otros casos de control de constitucionalidad. ¿La razón de la diferencia? Hitters identifica que este perfeccionamiento jurisprudencial (aplicable también al caso La Cantuta²⁹) responde a la distinta temática que estos casos acarrearán: Delitos de lesa humanidad.

En este sentido, el pronunciamiento de la Corte Interamericana podría entenderse exagerado. Sí entendemos que existe una invasión de la soberanía, no justificado en términos jurídicos. Pero la interpretación correcta de dicho pronunciamiento, no debe ser igualado a un control concentrado. La expulsión de las normas de amnistía explícita o tácita es un efecto natural que corresponde al Estado Peruano ante la vulneración del *pacta sunt servanda*: En tanto la norma no cumple el requisito internacional, el Estado estaría incumpliendo el tratado y por lo tanto, él mismo, mediante sus mecanismos internos tiene el deber de acabar con sus efectos *–sine die–* bajo amenaza de incurrir en responsabilidad internacional, por el incumplimiento del tratado. Otro tipo de interpretación, acarrearía que la Corte Interamericana se arrogó facultades que no estarían ni en formación en el ordenamiento internacional.

Con esta tensión de por medio, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente en el caso Martín Rivas³⁰:

“35. La primera cuestión, esto es, la determinación de si estas leyes son compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución, no es un asunto que deba resolverse de manera aislada, sino a partir de su integración. Ello es así por cuanto es necesario entender al Derecho internacional como un Derecho de integración sobre la base de la responsabilidad internacional de los Estados. Así, en función de dicha responsabilidad no

se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración.

36. No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho Sistema; siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones [...]”.

Si bien el presente artículo busca indagar sobre la jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho interno, resulta imposible no hacer, aunque sea, una breve referencia a la incorporación, dados los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia constitucional acabada de citar. En este sentido, cuando se trata de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, respecto de la incorporación del primero en el segundo, la doctrina reconoce tres teorías fundamentales.

La teoría monista de raigambre Kelseniana que “proclama la unidad de esencial de todos los ordenamientos jurídicos”³¹, en tanto todas las normas se encuentran jerarquizadas y provienen de una norma fundamental. Desde esta doctrina, se han inspirado el desarrollo de la responsabilidad internacional del Individuo. El Derecho Penal Internacional, por ejemplo, deja sin efecto legislación nacional e impone su propia normativa sobre los individuos, más

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C 162.

³⁰ Expediente 679-2005-PA/TC. Foja 37.

³¹ PASTOR RIDRUEJO, José. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Octava Edición. Madrid: Tecnos. 2001. pp. 170 y siguientes.

allá de que la legislación nacional, apruebe, inmune o persiga el acto delictivo. Asimismo, campos como los del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, demuestran una actual tendencia en la que se están comportando de modo mucho más monista³².

La teoría dualista, por su parte, señala que el Derecho Internacional y el Derecho interno tienen fuentes distintas que regulan supuestos de hecho distintos también: El ordenamiento internacional regula las relaciones interestatales, y el Derecho interno regula las relaciones entre individuos, y entre el Estado y ellos. Lo fundamental del dualismo, es que exige para su aplicación en el Derecho nacional, un acto de transformación de tipo legislativo. De hecho, autores como Gaetano Arangio-Ruiz³³ defienden la validez del dualismo como punto de partida del Derecho Internacional encontrando como base para ello el principio soberano de igualdad de los Estados.

Finalmente, se reconoce la existencia de doctrinas coordinadoras o de la coordinación, que tienen raíz monista, pero que se diferencian de ellas en tanto consideran al ordenamiento internacional superior al nacional, sino que identifican normas superiores sobre el que debe existir coordinación y diálogo entre ambos ordenamientos. Profesores³⁴ como Miaja de la Muela, Verdross y Kunz señalan desde mediados del siglo pasado que será posible encontrar contradicciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno,

pero que aún el esfuerzo para declarar su carácter unitario radica en la posibilidad de encontrar una solución al conflicto. ¿Dónde se encuentra el criterio unificador? De acuerdo con los autores, en los principios derivados del Derecho natural. Sin embargo, este argumento solo sirve como criterio unificador del Derecho Internacional y el Derecho interno, no resulta útil como herramienta para solucionar el conflicto.

Pese a lo útil de esta clasificación, no podemos dejar de ver que, en la actualidad, sostener la vigencia del irreconciliable divorcio entre las posturas monistas y dualistas está siendo dejado cada vez más de lado. Elizabeth Salmón³⁵, en tono moderado, habla de la “insuficiencia” de estas teorías para explicar el fenómeno de la interacción de los ordenamientos jurídicos nacionales con el sistema internacional. Armin Von Bogdandy, en tonos más preocupados, señalará que el monismo y el dualismo “tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el Derecho Internacional, pero desde una perspectiva jurídica y académica son unos ‘zombis’ intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o deconstruirse. La concepción general de la relación entre las normas inter-nacionales y las del Derecho interno debería asentarse en otra base conceptual”³⁶. Dinah Shelton³⁷ concuerda con estas afirmaciones, y nos permite concluir, desde la evidencia, que es muy difícil encontrar un Estado que sea realmente dualista o monista³⁸ a rajatabla.

³² SHELTON, Dinah. “International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation, and Persuasion”. Oxford: Oxford University Press. 2011. p. 1 y siguientes.

³³ ARANGIO-RUIZ, Gaetano. “International Law and Interindividual Law”. En: New Perspectives on the Divide between National and International Law. Oxford: Oxford University Press. 2007. p. 15 y siguientes.

³⁴ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Introducción al Derecho Internacional Público”. Tercera edición. Madrid: Ediciones Atlas. 1960. pp. 183 y siguientes.

³⁵ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Op. cit. p. 33.

³⁶ VON BOGDANDY, Armin. “Configurar la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público”. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/19.pdf>.

³⁷ SHELTON, Dinah. Op. cit. p. 4.

³⁸ De acuerdo con Shelton la evidencia que existe para cuestionar la artificialidad de ambas teorías reside en los siguientes argumentos: (i) Ambos tipos de Estados, monistas y dualistas, aceptan que existen reglas que son vinculantes de modo automático. Las normas de *ius cogens* coexistirán con aquellas que sólo se convierten en vinculantes después de ser adoptadas por los Estados de acuerdo con sus procesos constitucionales internos (por incorporación directa o por algún acto legislativo); (ii) algunos sistemas se podrán considerar monistas para un tipo de fuentes (por ejemplo, costumbre) y dualistas para otro (por ejemplo, tratados); (iii) las cortes nacionales de Estados dualistas han dado un efecto directo a normas de Derecho Internacional en casos relativos a asuntos transnacionales; y (iv) Estados dualistas en su incorporación a los tratados pueden aplicar automáticamente enmiendas o decisiones de comités supervisores de tratados que definen obligaciones establecidas en los mismos.

Enunciadas estas tres teorías y sus actuales atingencias, el Tribunal Constitucional se pliega a la teoría de la coordinación. Sin embargo, nos preguntamos: ¿El problema de la aceptación de los argumentos de la Corte Interamericana por parte del Tribunal Constitucional es de incorporación o es un problema de jerarquía? Desde nuestro punto de vista, el problema es de jerarquía, pero se pretende utilizar una tesis que apunta a solucionar los problemas de incorporación. Probablemente el nombre resultó útil y seductor: La tesis de la coordinación parece ser entendida como una herramienta de conciliación, pero que para ser utilizada en su efecto real, debió invocar el principio unificador subyacente tanto la lógica jurídica nacional o internacional. Si se trata más bien, tal como nosotros entendemos, que es un problema de jerarquía, pues los argumentos del Tribunal Constitucional debieron apuntar en otra dirección.

Ahora bien, si aplicamos el criterio de jerarquía del Tribunal Constitucional (el del gráfico 4), debería primar la norma constitucional. Sin embargo, esta sencilla solución implicaría desconocer una obligación internacional bastante consolidada en el Derecho Internacional contemporáneo. Hoy en día, queda claro que en el Derecho Internacional, existe la regla de la supremacía del mismo. Formulada en los términos del artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, ningún Estado podrá invocar Derecho interno para exculparse del incumplimiento del Derecho Internacional, el efecto que esta norma produce la automática supremacía de las normas internacionales en el marco de acción del Derecho Internacional. Como es lógico, el incumplimiento de una norma de dicho ordenamiento conllevará la subsecuente atribución de responsabilidad internacional. Esta regla de Derecho Internacional, codificada en 1969 por la mencionada Convención, tiene una sólida raíz consuetudinaria reflejada en la jurisprudencia internacional de la Corte Internacional de Justicia que reconoce su existencia incluso desde vieja jurisprudencia como se recuerda aquí: “[T]he fundamental principle of international law that international law prevails over domestic law [...] was endorsed

by judicial decision as long ago as the arbitral award of 14 September 1872 in the Alabama case between Great Britain and the United States, and has frequently been recalled since, for example in the case concerning the Greco/Bulgarian ‘Communities’ in which the Permanent Court of International Justice laid it down that ‘it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty’³⁹.

Es en este sentido que, desde nuestro punto de vista, cobra relevancia que el Tribunal Constitucional invoque la teoría de la coordinación, según las cuales se afirma la unidad de ambos ordenamientos, que parten de un Derecho natural fundante y común a ambos. En el caso en cuestión, el principio compartido que comparten ambos ordenamientos, es el mandato de la protección del ser humano. En esta tarea interpretativa, el Tribunal Constitucional encuentra en el razonamiento de la Corte Interamericana, puntos de contacto fundamentales que luego hace propios. De algún modo, nacionaliza la opinión de la Corte Interamericana, la hace suya, coordina y luego consciente con el efecto de inaplicación de dichas normas.

Sin embargo, en el Perú contamos con procedimiento *ad hoc* para la expulsión de normas de nuestro ordenamiento: El proceso de inconstitucionalidad. Este proceso no se ha llevado a cabo, las normas no han sido derogadas, y pese a ello ningún juez se atrevería a invocarlas sin ser calificado, por lo menos, de distraído. ¿Presenciamos un nuevo modo de expulsión de normas de nuestro ordenamiento distinto del proceso de inconstitucionalidad? Una interesante pregunta que desborda los objetivos de este trabajo.

El esfuerzo de armonizar las normas del Derecho Internacional y del Derecho interno cuando son contradictorias es especialmente arduo, sobre todo cuando no se cuenta con un modelo armónico en términos de jerarquía. De hecho, este mismo problema es el que afrontarían los tratados referidos en la segunda categoría, con respecto de cualquier norma de primera categoría.

³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947”. Reports. 1988. pp. 34-35.

3. Tercer problema: ¿De dónde proviene el rango asignado por el Tribunal Constitucional a los tratados?

Ahora bien, cabe preguntarse ¿De dónde proviene el rango constitucional de los tratados de Derechos Humanos? De acuerdo con el Tribunal Constitucional, los tratados de Derechos Humanos ostentan este rango diferenciado sobre la base de la interpretación del artículo 3 de la Constitución, que dispone que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.”

Nuestro texto constitucional reconoce un catálogo de derechos enunciado en el artículo 2, pero abre dicho artículo con la previsión del artículo 3. Es decir, los derechos fundamentales pueden ser tanto explícitos como implícitos. Es la suma de los artículos 2 y 3, como mínimo, lo que determina nuestro bloque de constitucionalidad. En estos términos, el Tribunal Constitucional señaló en el caso “Manuel Anicama” que: “La enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”⁴⁰.

Reitera esta posición el año 2006⁴¹, al afirmar que: “Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye ‘otros de naturaleza análoga’ o que ‘se fundan’ en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de derechos constitucionales

que está comprendido tanto por ‘derechos de naturaleza análoga’ como por los que se infieren de los principios fundamentales”.

Mediante esta interpretación, el Tribunal Constitucional deduce que en nuestro ordenamiento interno es el artículo 3 el que otorga un rango diferenciado a los tratados de Derechos Humanos. Se incorporan a la primera categoría de modo análogo que los derechos enunciados. Sobre esto ha señalado:

Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudieran identificarse como tales, no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”⁴².

En conclusión, el rango diferenciado de los tratados de Derechos Humanos se deduce del artículo 3 de la Constitución. Ahora bien, cuando se trata del rango del resto de tratados, la línea jurisprudencial no es del todo clara. Existen pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional ha señalado que el rango de ley de los tratados proviene del artículo 200-4 de la Constitución que señala lo siguiente:

Artículo 200.- “Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: Leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

⁴⁰ Expediente 1417-2005-PA/TC. Foja 3.

⁴¹ Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Foja 29.

⁴² Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Foja 30.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha señalado que el carácter del 200-4) es solamente enunciativo, y que no pretende otorgar jerarquía a las normas que reseña:

En efecto, el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los decretos ley, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad⁴³.

Señala, además, que la función de dicho artículo es mencionar, de modo incompleto, las normas susceptibles de ser cuestionadas mediante un proceso de inconstitucionalidad. Solamente eso. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, pretender abstraer el rango de los tratados de esta norma generaría que se le asigne, de modo mecánico, rango de ley a todo el conjunto de tratados, lo que resultaría contradictorio si es que sostenemos la posición de que los tratados de Derechos Humanos ostentan un rango superior al legal. De hecho esta posición fue confirmada el año 2006 del siguiente modo⁴⁴:

En consecuencia, debe descartarse la tesis según la cual los tratados internacionales sobre Derechos Humanos detentan jerarquía de ley debido a que la Constitución, al haber enumerado las normas objeto de control a través de la “acción de inconstitucionalidad” (artículo 200, inciso 4), ha adjudicado jerarquía de ley a los tratados en general. Tal argumento debe ser desestimado debido a que dicha enumeración tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la acción de inconstitucionalidad.

Entonces, como reglas jurisprudenciales, identificamos que existe un rango diferen-

ciado entre tratados de Derechos Humanos y el resto de tratados, pero que dicha distinción no afecta la aplicación del artículo 200-4, que dispone que todo tipo de tratado se encuentra sujeto a control de constitucionalidad vía proceso de Inconstitucionalidad. Sobre esto último, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente⁴⁵:

“El que los tratados sobre Derechos Humanos detenten rango constitucional no implica sustraerlos en cuanto objeto de control del proceso de inconstitucionalidad. El rango constitucional de una norma no es óbice para que, de ser el caso, tales sean objeto de control a través del mencionado proceso.”

Sin embargo, dichas afirmaciones colisionan de modo explícito con otros pronunciamientos, reiterados y anteriores, en los cuales se afirman que “el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: Leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas”⁴⁶.

Encontramos, pues, que el Tribunal Constitucional para evitar el equívoco de asignar rango legal a todos los tratados, rebaja el contenido del 200-4, yendo en contra de sus propios pronunciamientos. Efectivamente, el 200-4 no es un catálogo cerrado de normas que pueden ser susceptibles del control de constitucionalidad, pero la redacción de dicho artículo es clara. De su texto literal se desprende que dicha norma intenta determinar un mínimo de normas que ostentan rango de ley, las mismas que pueden ser sujetas a control de constitucionalidad.

Existe un doble contenido en dicha norma constitucional que no es excluyente. No cierra la lista, pues como es sabido, por ejemplo los decretos-ley –no contemplados en dicho dispositivo– también son susceptibles de ser analizados a la luz de un proceso de constitucionalidad.

⁴³ Expediente 010-2002-AI/TC. Foja 21.

⁴⁴ Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Foja 32.

⁴⁵ *Ibidem*. Foja 34.

⁴⁶ Expediente 0022-2004-AI/TC. Foja 13.

C. Otras precisiones del Tribunal Constitucional relativas a la correcta implementación de las normas del Derecho Internacional: La doble función de los tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento interno

De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional los tratados de Derechos Humanos en el Perú tienen una doble función. Una función normativa, es decir que forman parte del ordenamiento jurídico interno, que encuentran sustento constitucional directo y que generan obligaciones al Perú exigibles en los tribunales nacionales. Esta característica es compartida por todos los tratados en general, no sólo de los Derechos Humanos. Existe una segunda característica que sí es privativa de los tratados de Derechos Humanos, y corresponde a su función hermenéutica. A continuación desarrollaremos ambas funciones:

1. Función normativa

Con respecto a la función normativa, el artículo 55 de la Constitución dispone que los tratados en vigor y celebrados por el Estado peruano forman parte del Derecho nacional. Este artículo encuentra un antecedente directo en la Constitución de 1979, tal como hemos visto. La diferencia entre ambos dispositivos constitucionales es que el de 1979 señala que los tratados celebrados por el Perú forman parte del Derecho nacional, sin referirse a si el tratado ya entró en vigor o no. En ese sentido, el artículo 55 mejora la formulación de 1979 al explicitar el requisito de la entrada en vigor.

En este extremo, los tratados de Derechos Humanos (y en general el resto de tratados también) se integran de modo positivo al ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha descrito que esta disposición constitucional implica que “los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al

interior del Estado”⁴⁷ lo que parece emular la interpretación de la Corte Suprema de Estados Unidos, que para el caso del Paquete Habana y Lola señaló que “international law is part of our law”⁴⁸.

Ahora bien, dentro de la función normativa común a todos los tratados, encontramos un efecto propio únicamente de los tratados de Derechos Humanos, insertos en nuestro bloque de constitucionalidad, relativa a su relación con otras normas en el sistema nacional de fuentes y su capacidad de surtir efectos una vez entrado su vigor: De acuerdo con el Tribunal Constitucional tendrán una fuerza pasiva y fuerza activa. La primera supone la posibilidad de resistir infracciones o contravenciones provenientes de fuentes infraconstitucionales. La segunda supone la capacidad de innovar nuestro ordenamiento jurídico, “incorporando en este, en tanto Derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional”⁴⁹.

2. Función hermenéutica

Sobre la función hermenéutica de los tratados de Derechos Humanos (función exclusiva de dichos tratados), las normas que resultan punto de partida son la Cuarta Disposición Final y Transitoria: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Y el Código Procesal Constitucional que señala lo siguiente: Artículo V.- “Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

⁴⁷ Expediente 5854-2005-PA/TC. Foja 22.

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. The Paquete Habana 175 U.S. 677. 1900.

⁴⁹ Expediente 05427-2009-PC/TC. Foja 9 y Expediente 0022-2009-PI/TC. Foja 10.

En su abundante jurisprudencia⁵⁰ sobre el tema, el Tribunal Constitucional básicamente ha confirmado lo que se deduce con propia claridad de los dos dispositivos legales. El catálogo de derechos constitucionales debe ser leído siempre en armonía y consonancia con el contenido de los tratados de Derechos Humanos y tomando como base el pronunciamiento de los tribunales internacionales.

En estos términos, lo que resulta abiertamente vinculante, al menos en un primer momento, para los operadores jurídicos peruanos son los pronunciamientos de órganos jurisdiccionales supranacionales. Sobre la obligatoriedad de las interpretaciones de estos foros no existe duda alguna. Sin embargo, encontramos que ya para el año 2002⁵¹, el Tribunal Constitucional reconocía la función hermenéutica también en los siguientes términos:

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre Derechos Humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.

Con esta sentencia, el Tribunal Constitucional parece ampliar las fuentes hermenéuticas, al mencionar el término “órganos supranacionales de protección” y no “cortes supranacionales”.

De este modo, podemos apreciar que el canon de interpretación de los derechos y libertades fundamentales fue ampliado de lo que se desprende literalmente de la norma constitucional y se nutre de las siguientes fuentes:

- a. Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Perú.
- b. **Interpretación que las cortes supranacionales** realizan de los tratados de Derechos Humanos.
- c. Interpretación que los órganos de protección de Derechos Humanos.

Es necesario señalar que la tercera fuente de interpretación anotada (los órganos de protección de los Derechos Humanos) ha recibido pronunciamientos especiales por parte de la jurisprudencia constitucional que podría parecer contradictorio con lo señalado en el año 2002.

Para comenzar, ya en el año 2005⁵², el Pleno del Tribunal Constitucional se pronunció con respecto al principio de progresividad del derecho a la pensión, utilizando para ello el contenido de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Sobre el principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló lo siguiente: “Esta disposición internacional, si bien no constituye un mandato vinculante para el Estado, dado su carácter de derecho débil –*soft law*–, permite interpretar razonablemente, a la luz del principio del paralelismo jurídico de las formas, que el principio de progresividad no es absoluto”.

Años más tarde, el Tribunal Constitucional retomaría el concepto de *soft law* de modo explícito. El 4 de setiembre de 2009, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la sentencia 00005-2008-PI/TC⁵³ sobre la demanda de in-

⁵⁰ Pronunciamientos recientes y sentencias relevantes: Expediente 1417-2005-PA/TC; Expediente 0020-2005-PI/TC-0021-2005-PI/TC; Expediente 5854-2005-PA/TC; Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC; Expediente 0005-2007-PI/TC; Expediente 00005-2008-PI/TC y Expediente 00465-2009-PHC/TC.

⁵¹ Expediente 218-02-HC/TC. Foja 2. En otros pronunciamientos también: Expediente 0217-2002-HC/TC; Expediente 4587-2004-AA/TC; Expediente 5854-2005-PA/TC. Foja 23. y Expediente 00465-2009-PHC/TC. Foja 9, entre las más constantes y recientes.

⁵² Procesos acumulados 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI.

⁵³ Que reitera el criterio jurisprudencial de las sentencias 00008-2008-PI/TC y Expediente 00026-00-PI/TC. Cabe señalar que existe un pronunciamiento anterior sobre el *soft law* recaído en las sentencias 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados) en el que, básicamente, se señala que un tratado del que el Perú no es parte constituye *soft law* de todas formas.

constitucionalidad presentada contra la Ley 28988 - Ley que declara a la Educación Básica Regular como Servicio Público Esencial, y la Ley 29062 - Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.

Entre los motivos invocados por los accionantes, se mencionó que, al declarar la Educación Básica Regular como un servicio **público esencial**, prohibía su derecho a la huelga inconstitucionalmente. El Tribunal Constitucional rechazó esta hipótesis (pues en efecto el derecho no se suspendía, solo se restringía legítimamente su ejercicio) y señaló que la interpretación del derecho a la huelga debía realizarse conforme a los Convenios 81 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y “a partir de la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, la misma que reviste el carácter de *soft law* para el Derecho interno; en materia de la relación entre el derecho de huelga y los servicios públicos esenciales”⁵⁴.

Como seguro ya fue advertido, existe una clara contradicción. Si el derecho a la huelga debe interpretarse a la luz de los estándares del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, entonces no corresponde que los categorice como *soft law*. ¿Cuál es el problema del *soft law*? El problema de dicha categoría es que sus instrumentos no ostentan fuerza vinculante por sí mismos. No obligan jurídicamente a los Estados en ningún extremo. Por lo tanto, calificar los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas o de Libertad Sindical, como interpretaciones integrantes de la categoría del Derecho blando podría conducirnos a la conclusión de que el Estado peruano puede interpretar una obligación convencional de algún tratado de Derechos Humanos por debajo del estándar que alguno de estos

órganos no jurisdiccionales de protección de Derechos Humanos hubiera proclamado.

Es necesario diferenciar, en este punto, que no estamos afirmando la obligatoriedad de las resoluciones o decisiones de dichos órganos no jurisdiccionales, que podría ser, en suma cuenta, cuestionable. Lo que tratamos de afirmar es que la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución no puede formularse por debajo de los estándares marcados por los órganos de protección de los Derechos Humanos, sean estos jurisdiccionales o no, tal como se señaló en la sentencia citada del año 2002⁵⁵.

Entonces, si posteriormente el Tribunal Constitucional, de modo contradictorio, señala que las interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo no vinculan de ningún modo la interpretación que los foros nacionales realicen de los derechos fundamentales, entonces se corre el riesgo de que su buen parecer no respete el mínimo propuesto por los órganos de protección, sea cual fuere su naturaleza jurisdiccional, más aún si cada vez se vuelve más recurrente que cuando el Tribunal Constitucional se refiere al contenido de obligaciones internacionales se apoya en instrumentos de *soft law*, producidos en el seno de los diferentes comités de protección o foros temáticos especializados para reforzar su argumentación en temas relacionados con los derechos laborales⁵⁶, las personas en situación de reclusión⁵⁷, derechos de los pueblos indígenas⁵⁸ y Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁹.

En conclusión, y para sintetizar lo dicho hasta este punto, el Tribunal Constitucional, con la intención de precisar mejor el impacto y características de los tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento interno, ha definido la doble función

⁵⁴ Expediente 00005-2008-PI/TC. Fojas 20 y siguientes.

⁵⁵ Expediente 218-02-HC/TC. Foja 2.

⁵⁶ Expediente 00005-2008-PI/TC. Fojas 20 y siguientes.

⁵⁷ Expediente 01575-2007-PHC/TC. Fojas 12-17 y Expediente 02464-2011-PHC/TC Fojas 10-12.

⁵⁸ Expediente 0022-2009-PI/TC. Fojas 6-9 y Expediente 05427-2009-PC/TC. Foja 24.

⁵⁹ Expediente 0033-2010-PI/TC Fojas 13-15; Expediente 0091-2005-PA/TC. Foja 6 y Expediente 4232-2004-AA/TC Fojas 10 y siguientes.

de los tratados de Derechos Humanos del siguiente modo: “[En la] protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de Derechos Humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), cuanto a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o ‘bloque de constitucionalidad’”⁶⁰.

3. La ley 26647 y su no calculado efecto regulador

En el año 1996, se aprobó en el Congreso de la República la Ley 26647, que establece las normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano. Esta ley, aprobada sin mayor debate en la sesión del Pleno del 15 de junio de 1996, debe su origen al Proyecto de Ley 762⁶¹ del 29 de noviembre de 1995, que sustenta en su exposición de motivos algunas preocupaciones que de hecho encontramos consistentes.

En el año 1994 se promulgó la Ley 26315⁶², que establecía en su artículo 1 que “el Diario Oficial El Peruano publicará el texto íntegro de los tratados celebrados por el Estado y en vigor que pasen a formar parte del Derecho nacional”. En este sentido, la preocupación del legislador giraba en torno a que de acuerdo con los artículos 56 y 57 de la Constitución de 1993, las normas mediante las cuales se aprueban y ratifican los tratados en el Derecho interno, también tienen que ser publicadas en El Peruano, lo que podría generar conflicto en los siguientes dos escenarios: El primero es el caso de un tratado que aún no ha entrado en vigor y sobre cuyas disposiciones se pretendiera

exigir cumplimiento vía judicial bajo el argumento de que su contenido ya es aplicable dado que la norma que lo ratificó (o aprobó su ratificación) se encuentra vigente tras su publicación.

El segundo caso es nuevamente el problema entre un tratado no en vigor, el artículo 109⁶³ de la Constitución de 1993 sobre la vigencia de las normas al día siguiente de su publicación y lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 26315 (la publicación del texto íntegro del tratado) y, nuevamente, la supuesta aplicación de normas convencionales de tratados ratificados por el Perú que aún no se encontraran en vigor. En estos términos, el legislador considera que ambos conflictos, si bien ya se encuentran regulados por el Derecho Internacional, es en los textos de los propios tratados internacionales donde se establecen las condiciones para sus entradas en vigor, más allá de las estipulaciones del Derecho nacional.

Para solucionar el vacío de regulación, se aprobó la derogación de la Ley 26315, y se aprobó la 26647, que de modo más orgánico establecía la secuencia para el perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, mediante las normas de aprobación interna de los tratados, la publicación del texto íntegro de los mismos y la difusión de su entrada en vigencia e incorporación al Derecho nacional.

De la Ley 26647, dentro de los nueve artículos que la componen, el artículo 7 ha llamado la atención. En su texto señala lo siguiente: “Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Ahora bien, tal como señala la profesora

⁶⁰ Expediente 1417-2005-PA/TC. Foja 9. Pronunciamiento similar en el Expediente 0020-2005-PI/TC-0021-2005-PI/TC. Foja 126.

⁶¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 00762.

⁶² Derogada por según la Primera Disposición Final de la Ley 26647 y excluida del ordenamiento jurídico vigente con la Ley 29477 del 18 de noviembre de 2009.

⁶³ Artículo 109.- “Vigencia y obligatoriedad de la Ley: La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Salmón⁶⁴, mediante esta norma se estaría consagrando (¿de contrabando?) la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno. Siguiendo este razonamiento, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución de 1993, “la ley se deroga sólo por otra ley”.

Es decir, si el artículo 7 de la de la Ley 26647 estableció que los tratados –que ostentan rango legal por el artículo 200-4 de la Constitución como ya analizamos líneas arriba– no pueden ser transformados por otra ley, sino por otro tipo de disposiciones, está afirmando que los tratados, entonces, no tienen naturaleza legal. *Contrario sensu*, en tanto los tratados no presentan naturaleza legal, no pueden ser modificados por otra ley.

En efecto, resultaría bastante absurdo pretender modificar el contenido obligacional de un tratado mediante una ley, y esto es consistente de acuerdo con la Convención de Viena de 1969 y el Derecho de los Tratados en general. Esto abre la pregunta, con la entrada en vigencia de la Ley 26647, ¿qué rango obtuvieron los tratados? Al menos supralegal. Sin embargo, en una interpretación sistemática de la Constitución, tomando en consideración los artículos 103 y 200-4, así como el principio de supremacía del Derecho Internacional, con la entrada en vigencia de esta ley, solo se afirmó un principio del Derecho Internacional ya vigente para el Perú. ¿Se podría afirmar que existe un rango supralegal de los tratados? En el ámbito internacional, sí que lo tienen.

Sin embargo, encontramos que en el plano jurídico interno, dicha afirmación no podría ser sostenida, ya que con las sentencias del Tribunal Constitucional del 2003 y 2004⁶⁵ se perfecciona un sistema de prelación de fuentes bastante claro.

IV. CONCLUSIONES

El punto de partida del presente artículo fue la constatación de la aparición de un nuevo principio constitucional del Derecho Internacional: Los Derechos Humanos, cuyos efectos tienen un impacto agudo en el Derecho interno de los Estados, que encuentra

su corolario en el deber de implementación de las normas del Derecho Internacional en la esfera jurídica nacional. Asimismo, señalamos que existe un deber de dar el mejor y mayor cumplimiento con la recepción de estas obligaciones jurídicas internacionales, lo que incluiría hoy en día, incluso, el otorgamiento de una jerarquía idónea, para el diálogo armónico entre ambos sistemas.

Sobre esos presupuestos, repasamos que la regulación constitucional de la jerarquía del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos encontró en la Constitución de 1979 un rango constitucional que reducía la contradicción y orientaba al cumplimiento. Sin embargo, con la Constitución de 1993, la jerarquía de dichas obligaciones sufrió un proceso de desregulación, al punto de dejar un vacío incierto que fue llenado por jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional se dio a la tarea de darle un rango a las obligaciones del Derecho Internacional en materia de tratados, con especial énfasis en las obligaciones de Derechos Humanos. Con avances y retrocesos, hoy en día, contamos con un sistema de fuentes perfeccionado, en el que se designó a los tratados de Derechos Humanos un rango constitucional, y se dedujo para el resto de tratados un rango legal.

Sin embargo, la línea jurisprudencial ha dejado tres zonas grises que es necesario que sean mejor definidas. ¿Qué entiende el Tribunal Constitucional por “tratados de Derechos Humanos”? ¿Cómo se resuelven las contradicciones entre normas que ostentan categoría constitucional, pero en diferente grado, para evitar que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional? Y ¿de dónde provienen el rango –y la diferencia del mismo– de los tratados de Derechos Humanos y de los tratados simplificados?

Asimismo, en el análisis jurisprudencial analizado, se advirtió que el Tribunal Constitucional se encargó también de poner en blanco y negro, las funciones de los tratados en nuestro ordenamiento. De este segundo análisis, se advirtió que todos los tratados

⁶⁴ SALMON GÁRATE, Elizabeth. “Debate: Derecho internacional de los Derechos Humanos y Derecho interno”. En: <http://www.portafio.org/inicio/repositorio//CUADERNOS/CUADERNO-2/PERU.pdf>.

⁶⁵ Ver gráficos 3 y 4.

tienen una función normativa al formar parte del Derecho nacional; pero que los tratados de Derechos Humanos tienen una exclusiva función hermenéutica.

Ahora bien, existen nuevamente tareas pendientes con respecto de este canon de interpretación, pues no encontramos exhaustividad en relación con el valor para el Derecho interno de los estándares que fijan los órganos de protección de derechos humanos no jurisdiccionales, lo que podría generar, en el peor de los casos, que se interpreten normas los derechos y libertades

que detentan sustento constitucional directo por debajo de su real contenido.

Finalmente, quiero cerrar este trabajo llamando la atención de los costos del quiebre institucional de 1992. Calculados o no, su efecto dejó al Estado en una precaria posición respecto del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. El camino para la corrección de los vacíos constitucionales ha sido, sin embargo, productivo y beneficioso, aunque resulte lamentable constatar que, veintiún años después, el (auto) golpe sigue doliendo.

LUCHA CONTRASUBVERSIVA EN EL PERÚ: ¿CONFLICTO ARMADO O DELINCUENCIA TERRORISTA?

Alonso Gurmendi Dunkelberg**

El terrorismo vivido en el Perú durante las décadas de los ochenta y noventa ha sido uno de los acontecimientos determinantes en nuestra historia reciente y ha dejado una huella aún muy difícil de borrar. Hoy, pasada la peor parte, se hace necesario analizar lo sucedido en nuestro país en ese tiempo para así poder cerrar las heridas. Sin embargo, aún no hemos sido capaces de lograrlo. Subsiste todavía mucha controversia alrededor de varios temas; uno de ellos, sobre si la lucha llevada a cabo durante las décadas pasadas era un “conflicto armado” o era, en cambio, una “lucha contra el terrorismo”.

En el presente artículo, el autor analiza las características de la lucha contra Sendero Luminoso, llegando a la conclusión de que lo vivido aquí fue un conflicto armado interno, debido a la intensidad y la compleja organización del grupo subversivo. Posteriormente, evalúa cuáles son las consecuencias de esta determinación, ofreciendo una visión alternativa a las actualmente imperantes en nuestro país.

* El autor desea agradecer la ayuda brindada por Patrick Wieland Fernandini por sus comentarios a versiones preliminares de éste artículo.

** Abogado. Asociado del Estudio Echeopar. Miembro de la Asociación de Estudios sobre las Naciones Unidas del Perú. Las opiniones y los argumentos aquí vertidos son exclusivos del autor.

I. INTRODUCCIÓN

En las décadas de los ochentas y noventas, el Perú se enfrentó a épocas de intensa violencia terrorista que casi destruyen al Estado e instauran en su lugar una dictadura autocrática y totalitaria, sustentada en las ideologías comunistas de Sendero Luminoso y, en menor medida, del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru - MRTA.

Luego de veinte largos años de lucha contrasubversiva contra uno de los grupos terroristas más sanguinarios que ha conocido el Continente Americano –y, por qué no, el mundo– los peruanos hemos tenido que enfrentar profundas heridas que perduran hasta nuestros días y que, en muchos casos, nos han dejado como una sociedad marcadamente dividida, que aún busca llegar a términos con su propio pasado.

A fin de resolver estos problemas, el Gobierno de Transición del entonces Presidente Valentín Paniagua decretó la creación de la hoy ya famosa “Comisión de la Verdad y Reconciliación” (en adelante, la Comisión de la Verdad)¹. La Comisión de la Verdad trabajó durante diecinueve meses, entrevistándose con más de 15,000 personas en 509 distritos, repartidos en 129 provincias del país, presentando su Informe Final el 28 de agosto de 2003.

Sin embargo, a pesar de que sus orígenes se fundaron en el deseo de iniciar la curación de las heridas del pasado, la Comisión de la Verdad no ha dejado de ser fuente de discordia y desunión. Para algunos, el Informe

Final de la Comisión de la Verdad es una muestra fidedigna de lo ocurrido en la época del terrorismo; para otros, es un documento que bordea con la apología del senderismo y que ataca excesiva e injustamente a las fuerzas del Estado.

En esta línea, y a pesar de la naturaleza principalmente fáctica y de recopilación de información de la Comisión de la Verdad², una de las mayores controversias que ha suscitado su publicación ha girado en torno a su decisión de calificar los años de lucha contrasubversiva como un conflicto armado³, sujeto al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴.

Esta calificación ha sido trascendental en nuestro entendimiento de la época del terrorismo y ha terminado excediendo largamente el ámbito de la Comisión de la Verdad, constituyéndose no sólo en la posición oficial del Gobierno Peruano, sino informando y sustentando las posiciones y análisis legales del Estado en más de una ocasión.

Así, el Estado Peruano ha reconocido la autoridad de esta determinación en el contexto de sus procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando, por ejemplo, que: “[...] la existencia de la [Comisión de la Verdad] y de su Informe Final parten del dato incontestable de que el Perú padeció un conflicto armado interno, y que en dicho contexto específico se produjeron graves violaciones de los [D]erechos [H]umanos

¹ Ver: Decreto Supremo 065-2001-PCM. Ver también: Decreto Supremo 101-2001-PCM.

² Ver artículo 1 del Decreto Supremo 065-2001-PCM: “Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos”.

³ Tal como reporta la Elizabeth Salmón, “el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación [...] suscitó un encendido debate [...]”. Uno de los temas planteados es el referido a la calificación de conflicto armado interno para la situación de violencia que se desencadenó en el Perú y las supuestas consecuencias que de ella se derivan. En este sentido, se señaló que ello podría implicar el reconocimiento de Sendero Luminoso y el MRTA como grupos beligerantes, la atribución a sus miembros del estatuto de prisioneros de guerra y el reclamo de una amnistía para sus detenidos”. En: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “El Reconocimiento del Conflicto Armado en el Perú. La Inserción del Derecho Internacional Humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional”. En: Derecho PUCP 57. 2005. p. 79.

⁴ Ver: Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (en adelante, CVR). Tomo I. Parte Primera. Capítulo Cuatro. p. 196: “La Dimensión Jurídica de los Hechos”. En esta sección de su Informe, la CVR empieza declarando de antemano que su enfoque legal se centra en el reconocimiento de “[...] un núcleo inderogable de derechos de la persona humana, establecido por normas imperativas de Derecho Internacional general, sean estas tributarias del Derecho Internacional de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, o del Derecho Penal Internacional”.

atribuidas, entre otros actores del conflicto, al Estado peruano”⁵.

De igual forma, la calificación de la Comisión de la Verdad ha sido instrumental para nuestra Corte Suprema en los casos contra los altos mandos senderistas en el 2006⁶. Así, para la Corte Suprema: “La Comisión de la Verdad y Reconciliación ha señalado que la violencia por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta y noventa constituye un conflicto armado interno, al que se le aplica el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra [...]”⁷.

Estos y otros ejemplos demuestran, entonces, que la calificación realizada por la Comisión de la Verdad en su Informe Final de 2003 ha sido de vital importancia para la forma en que el Perú y sus operadores legales han entendido y definido las dos décadas de lucha contrasubversiva que vivió el país.

Sin embargo, la evidente trascendencia del análisis jurídico de la Comisión de la Verdad y su amplia aceptación por los círculos oficiales, tanto a nivel nacional cuanto internacional, han hecho poco para convencer a los sectores más escépticos, quienes siguen convencidos de que los años de violencia terrorista no deben nunca ser descritos como un conflicto armado. Y, frente a esta realidad, surge el problema de que, más allá de su relevancia como hito histórico para el Perú, el análisis jurídico realizado por la Comisión de la Verdad dista mucho de ser exhaustivo y, por ende, parece ser incapaz de convencer a sus opositores.

En efecto, el análisis de la Comisión de la Verdad sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y la existencia de un conflicto armado en el Perú durante la

época del terrorismo ocupa únicamente cinco caras⁸ y no realiza un análisis completo de los requisitos que existen a nivel doctrinario y jurisprudencial para la calificación de una situación particular como conflicto armado. Más bien, para la Comisión de la Verdad, “los hechos examinados –decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios otros miles de heridos o mutilados– no pueden explicarse sino por la existencia de un conflicto armado interno regido sin duda alguna por el artículo 3 común precitado”⁹.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más entendida, un gran número de muertos y heridos no es, por sí mismo, garantía de que nos encontremos frente a un conflicto internacional¹⁰. Después de todo, de ser esta la interpretación correcta, “la protección que pudiera ser provista por el Derecho Internacional Humanitario dejaría de aplicarse a muchas situaciones, en particular, a las primeras etapas de hostilidades o, en caso de conflictos armados de baja intensidad”¹¹.

Con esto en mente, entonces, y como señala Jean Pictet en sus Comentarios a la IV Convención de Ginebra, debe concluirse que “no importa cuánto dure el conflicto o cuánta matanza ocurra. El debido respeto a la persona humana como tal no se mide por el número de víctimas”¹².

Así pues, ya desde 1995, con la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic, el Derecho Internacional Humanitario exige que la determinación de un conflicto armado sin carácter internacional (es decir interno) se haga en base a un análisis sobre la existencia de “violencia armada prolongada entre las

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta v. la República del Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 sobre Fondo, Reparaciones y Costas. párrafo 44.

⁶ Expediente Acumulado 560-03 (en adelante, Caso Abimael Guzmán). Sentencia de 13 de octubre de 2006.

⁷ Sentencia del Caso Abimael Guzmán. p. 136.

⁸ Informe Final de la CVR. pp. 201 a 205.

⁹ *Ibid.* p. 204.

¹⁰ Ver: CULLEN, Anthony. “The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. p. 131.

¹¹ *Ibidem.* “The protection that might otherwise be provided by international humanitarian law would no longer apply to many situations, in particular in the early stages of hostilities or in case of low intensity conflict”.

¹² PICTET, Jean. “Comentarios a la IV Convención de Ginebra”. pp. 20-21. Disponible en: <http://www.icrc.org/ihi.nsf/COM/380-600005?OpenDocument>. “It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place. The respect due to the human person as such is not measured by the number of victims”.

autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado”¹³. Si bien la Comisión de la Verdad llegó a citar este caso en un pie de página del capítulo referente a la Dimensión Jurídica de los Hechos, no llegó a analizar en detalle si el caso peruano satisfizo este estándar en un acápite específico.

La falta de exhaustividad en el análisis legal de la Comisión de la Verdad es, sin embargo, comprensible y se encuentra plenamente justificada. Tal como admite la propia Comisión, ésta simplemente no era un ente obligado a absolver definitivamente complejas cuestiones jurídicas¹⁴, sino más bien era un ente encargado de recopilar información y producir un documento que sirva de guía y explicación a la población de lo que sucedió en esos años. Es por ello que, por ejemplo, entre sus miembros hubo únicamente dos abogados.

El problema, más bien, es que esta conclusión jurídica de la Comisión de la Verdad no ha sido acompañada por evaluaciones jurisprudenciales o doctrinales adicionales lo suficientemente completas como para que quede plenamente confirmada, causando que los niveles decisorios más altos del Estado peruano hayan confiado por una década entera en una determinación legal hecha por un ente que no fue diseñado para realizar este tipo de funciones legales.

Así pues, en este artículo proponemos que ha sido la inexistencia de un estudio legal autoritativo y definitorio (y de fácil acceso al común de la población), lo que ha causado que el tema del conflicto armado siga siendo hoy en día motivo de acalorados debates entre opositores y seguidores de la labor de la Comisión de la Verdad. No hay, después de todo, suficiente análisis que pueda realmente convencer a uno u otro bando de que lo que existió en el Perú fue o no un conflicto armado

sin carácter internacional (y qué implica llegar a esta conclusión). Este artículo busca ofrecer este análisis, evaluando y esclareciendo aquellos lugares comunes que detractores y partidarios suelen usar para justificar sus posiciones, al mismo tiempo que ofrece su propia versión de lo que sucedió.

El artículo, por ende, concluye afirmando que en el Perú de los ochentas y noventas sí hubo un conflicto armado no internacional, pero que el entendimiento de las consecuencias e implicancias de esta determinación por parte de opositores y detractores en nuestro país se encuentra profundamente errado, lo que los lleva a conclusiones manifiestamente insostenibles a la luz del Derecho Internacional que regula los conflictos armados. En última instancia, el artículo propone una visión alternativa de lo sucedido, que cumpla con satisfacer tanto las preocupaciones de seguridad de quienes se oponen a la existencia del conflicto, cuanto los deseos de respeto de los derechos humanos de quienes lo defienden.

Con este objetivo, el artículo ha sido dividido en cuatro partes. La primera analizará qué es exactamente un conflicto armado no internacional y cuál es el estándar internacional para determinar su existencia. La segunda buscará estudiar el caso peruano a la luz de este estándar para justificar la existencia de un conflicto armado internacional. La tercera establecerá cuáles son las consecuencias e implicancias de la existencia de un conflicto armado en el Perú de los ochentas y noventas, y la última sección ofrecerá nuestras conclusiones.

II. EL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Hasta aproximadamente finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, las situaciones de violencia interna tradicionalmente estaban

¹³ Traducción libre del original en inglés. *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Decisión sobre Moción de la Defensa para Resolución Interlocutoria sobre Jurisdicción, 2 de octubre de 1995. párrafo 70. “[...] protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”.

¹⁴ Por ejemplo, la CVR se excusa de analizar la aplicabilidad del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra, por establecer requisitos de aplicación que la CVR considera están fuera de su mandato. En efecto, “El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra [...] establece para su aplicación determinados requisitos (*inter alia*, un cierto tipo de control territorial por los insurgentes). La CVR en consecuencia, no siendo un órgano que debe resolver una tal cuestión, ha considerado que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra constituye el marco normativo adecuado para la determinación del núcleo inderogable de derechos vigentes durante un conflicto armado interno”.

por fuera del ámbito de interés de las normas internacionales, preocupándose el Derecho Internacional únicamente por aquellas situaciones en donde los Estados hacían uso de la fuerza armada los unos en contra de los otros. En siglos pasados, la única excepción a la regla era la aplicación del reconocimiento de beligerancia, mediante el cual un Estado otorgaba ciertas prerrogativas cuasi-soberanas a un grupo armado no estatal, pero únicamente para efectos bélicos.

Así, según Charles Rousseau, el objeto del reconocimiento de beligerancia implicaba “[...] reconocer a las fuerzas insurrectas –por lo menos en cuanto a los fines de la lucha en que están empeñadas y únicamente mientras dure la misma– los derechos necesarios para mantener esa lucha, con todas sus consecuencias. La facción, así reconocida, será considerada como un Estado, pero solamente por lo que respecta a las operaciones de guerra”¹⁵.

Sin embargo, dada la excepcional naturaleza del reconocimiento de beligerancia, las condiciones para su aplicación eran bastante elevadas y su aplicación dependía de una manifestación de voluntad de algún Estado. Según Sir Hersch Lauterpacht, por ejemplo: “Existe uniformidad en cuanto a la naturaleza de las condiciones que imponen el deber de reconocer la beligerancia –o que, según otros, justifica el reconocimiento de beligerancia. Estas condiciones son las siguientes: Primero, debe existir dentro del Estado un conflicto armado de carácter general (es decir, que no sea uno puramente local); segundo, los insurgentes deben ocupar y administrar una porción sustancial de territorio nacional; tercero, deben llevar a cabo las hostilidades de acuerdo con las reglas de la guerra y mediante fuerzas armadas organizadas que actúan bajo una autoridad responsable;

cuarto, deben existir circunstancias que hagan necesario para los terceros Estados definir su actitud por medio del reconocimiento de beligerancia”¹⁶.

El reconocimiento de beligerancia era, pues, una declaración por medio de la cual un Estado afirmaba que determinado conflicto había alcanzado un nivel tal de intensidad que permitía la toma de posición respecto de a quién apoyar o una declaración de neutralidad. El ejemplo típico es, por ejemplo, el caso de la Guerra Civil Estadounidense entre 1861 y 1865, en donde el país literalmente se dividió en dos bandos –la Unión y la Confederación–, cada uno con su propio ejército y gobierno.

Sin embargo, los casos de reconocimiento de beligerancia han sido pocos en número y son cada vez más infrecuentes¹⁷, en gran medida por las serias consecuencias que acarrear. Al otorgar un *status* de “cuasi-Estado” a los grupos insurgentes reconocidos como beligerantes, el conflicto deja de ser interno y asume una complejidad internacional, con todas las consecuencias que ello implica. Así los rebeldes, que originalmente no tenían un motivo justo para entablar combate y por ende podían ser sancionados penalmente por su levantamiento en armas, pasarían a detentar un estatuto de combatiente que implica el respeto del trato de prisionero de guerra, es decir, que no podrán ser sancionados penalmente por su participación en las hostilidades, salvo por aquellas violaciones al Derecho Internacional Humanitario que puedan cometer¹⁸.

Estas indeseadas consecuencias del reconocimiento de beligerancia y sus altos requisitos de aplicación, sin embargo, no menguaron el progresivo auto-convencimiento de la Comunidad Internacional de que la guerra interna era un fenómeno cruento, meritorio de regu-

¹⁵ ROUSSEAU, Charles. “Derecho Internacional Público”. Barcelona: Editorial Ariel. 1957. p. 300.

¹⁶ LAUTERPACHT, Hersch. “Recognition in International Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 1947. pp. 175-176. Original: “There is general agreement as to the nature of the conditions which impose the duty of recognition of belligerency –or which, according to others, justify recognition of belligerency. These conditions are as follows: first, there must exist within the State an armed conflict of a general (as distinguished from a purely local) character; second, the insurgents must occupy and administer a substantial portion of national territory; thirdly, they must conduct the hostilities in accordance with the rules of war and through organized armed forces acting under a responsible authority; fourthly, there must exist circumstances which make it necessary for outside States to define their attitude by means of recognition of belligerency”.

¹⁷ Incluso, Rousseau refiere que “algunos autores contemporáneos creen que la teoría del reconocimiento de beligerancia ya no se halla de acuerdo con el actual Derecho positivo”. En: ROUSSEAU, Charles. Op. cit. p. 301.

¹⁸ Los detalles del *status* individual de combatiente se analizarán en mayor detalle en la Sección IV.

lación legal. En este contexto, entonces, ya para fines del siglo XIX, surgieron voces que propusieron la creación de un mínimo de normas básicas de aplicación automática para la guerra, incluso en casos de conflictos internos que no hayan sido objeto de un reconocimiento de beligerancia expreso¹⁹.

Así, en las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, los Estados incluyeron lo que hoy se denomina la "Cláusula Martens", nombrada en honor a Fyodor Fyodorovich Martens, delegado ruso en la Conferencia, que señalaba lo siguiente: "Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública".

El objetivo era, entonces, declarar que existen estándares de humanidad y conciencia pública que resultan aplicables a los actos bélicos de un Estado, incluso cuando éstos no han sido regulados por el Derecho Internacional. Esta idea terminaría cobrando fuerza luego de los horrores de la Primera y Segunda Guerra Mundial, y es bajo este entendimiento que terminan por redactarse las famosas Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que hoy conocemos, y que regulan los conflictos armados sin carácter internacional en su artículo 3 común, disponiendo, definitivamente, reglas de obligatorio cumplimiento para los Estados en conflictos que ocurriesen dentro de sus propias fronteras. Así, este artículo dispone un recuento de aquellas garantías mínimas que un Estado debe salvaguardar cuando surge un conflicto armado al interior de su territorio, señalando

que "las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo".

A raíz de este enunciado básico, entonces, el artículo 3 común prohíbe expresamente los atentados contra la vida, la integridad corporal y la dignidad personal, las mutilaciones, los tratos crueles y suplicios, la toma de rehenes y las condenas y ejecuciones que se realicen sin previo juicio ni garantías procesales, que sean perpetrados en contra de estas personas protegidas.

Estas garantías fueron desarrolladas posteriormente en 1977, mediante la firma del II Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional²⁰. Sin embargo, ni en el artículo 3 común ni en el II Protocolo Adicional definen, en ningún momento, qué es un Conflicto Armado sin carácter Internacional, y se limitan a enumerar los comportamientos prohibidos a los Estados que se encuentren librando uno.

Enfrentados a este vacío, como ya mencionamos, la labor de conceptualización de lo que es un Conflicto Armado no Internacional recayó en la jurisprudencia internacional, definiéndolo como la existencia de "violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado"²¹. A continuación, se analizarán estos elementos.

A. Violencia Prolongada

Al analizar la existencia de violencia prolongada, los tribunales internacionales, incluyendo el propio Tribunal Tadic, han entendido

¹⁹ Ver: MERON, Theodor. "The Humanization of International Law". En: American Journal of International Law 94. Abril de 2000. pp. 242-247.

²⁰ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las condiciones de aplicación del II Protocolo son más estrictas que las del artículo 3 común, en tanto el primero sólo es aplicable en conflictos "que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas [...]" (Ver artículo 1 del II Protocolo).

²¹ *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Decisión sobre Moción de la Defensa para Resolución Interlocutoria sobre Jurisdicción. 2 de octubre de 1995. párrafo 70. "[...] protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State".

que se cumple esta condición cuando el conflicto alcanza un nivel suficiente de intensidad²². Así pues, no cualquier problema interno es suficiente para activar la aplicación del artículo 3 común –y menos aun el II Protocolo Adicional. Aquellas situaciones que se limiten a la categoría de disturbios interiores o tensiones internas, como es el caso de los motines, protestas, marchas y actos violentos aislados no organizados quedarán fuera de la protección del Derecho Internacional Humanitario²³. De hecho: “El nivel de violencia armada para la aplicación del artículo 3 común debe ser lo suficientemente alto como para excluir actos de violencia esporádicos o aislados, pero lo suficientemente bajos como para incluir situaciones de conflictos armados internos donde las hostilidades no necesariamente se llevan a cabo de forma continua”²⁴.

Por ende, en la práctica no siempre es sencillo distinguir cuándo un caso específico califica o no como un conflicto armado propiamente dicho y, más que una clara línea divisoria entre ambos, de lo que se habla en doctrina es de un **umbral** en el cual: “Queda claro que la intensidad requerida para la existencia de un conflicto armado está por encima de los disturbios y tensiones internas. Queda claro también que las hostilidades no tienen que alcanzar la magnitud de **operaciones militares sostenidas y concertadas**”²⁵ [El énfasis es nuestro].

Entonces, la línea que separa las situaciones que conciernen al Derecho Internacional Humanitario de las situaciones que con-

ciernen al Derecho doméstico (incluyendo los Derechos Humanos) se encuentra en algún punto entre una protesta social violenta (que no califica como conflicto armado) y una guerra civil propiamente dicha (que definitivamente califica como conflicto armado), con la atingencia de que, según el Comité Internacional de la Cruz Roja, el artículo 3 común debe interpretarse de la manera más amplia posible²⁶.

Entonces, para determinar si un caso específico califica o no como un Conflicto Armado no Internacional, los tribunales internacionales han empleado una serie de criterios útiles. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “las Cámaras de Primera Instancia han tomado en cuenta varios factores indicativos para evaluar la ‘intensidad’ del conflicto. Estos incluyen la seriedad de los ataques y si ha existido un incremento en los choques armados, la extensión de los choques sobre el territorio y sobre un período, cualquier incremento en el número de fuerzas gubernamentales y la movilización y distribución de armas entre ambas partes del conflicto, así como la determinación de si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y si alguna resolución ha sido aprobada. Las Cámaras de Primera Instancia también han tomado en cuenta a este respecto el número de civiles forzados a huir de las zonas de combate; el tipo de armas utilizadas, en particular el uso de armamento pesado y otros equipos militares como tanques u otros vehículos pesados; el bloqueo o sitio

²² *Fiscal v. Ramush Haradinaj; Idriz Balaj y Lahi Brahimaj*. Sentencia 3 de abril de 2008. párrafo 40. “En el caso Tadić, la Cámara de Apelaciones, al aplicar su propio test, encontró que la lucha entre varias entidades dentro de la ex-Yugoslavia excedió desde 1991 los ‘requisitos de intensidad’ aplicables al conflicto armado. La Sala de Primera Instancia interpretó consistentemente que el término ‘violencia armada prolongada’ hace referencia a la ‘intensidad del conflicto’”. (Original: “In the Tadić case, the Appeals Chamber, when applying its own test, found that the fighting among various entities within the former Yugoslavia since 1991 exceeded the ‘intensity requirements’ applicable to armed conflict. The Trial Chamber consequently interpreted the term ‘protracted armed violence’ to refer to the ‘intensity of the conflict’”).

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137. Caso Juan Carlos Abella (Caso Tablada). Informe 55/97. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 18 de noviembre de 1997. párrafo 149. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina11.137c.htm> [Revisada por última vez el 28 de enero de 2012].

²⁴ CULLEN, Anthony. Op. cit. p. 128. “The level of armed violence required for the application of common Article 3 must be high enough to exclude isolated or sporadic acts of violence, but low enough to include situations of internal conflict where hostilities are not necessarily carried out on a continuous basis”.

²⁵ *Ibidem*. “It is clear that the intensity required for the existence of armed conflict is above that of internal disturbances and tensions. It is also clear that hostilities need not reach the magnitude of ‘sustained and concerned military operations’”. El término operaciones sostenidas y concertadas es un término técnico empleado por el II Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra.

²⁶ Caso Tablada. párrafo 152.

de pueblos y el bombardeo de estos pueblos; la extensión de la destrucción y el número de víctimas causada por los bombardeos o los enfrentamientos; la cantidad de tropas y unidades desplegadas; la existencia y el cambio de líneas de frente de batalla entre las partes; la ocupación de territorio y pueblos y asentamientos; el despliegue de fuerzas gubernamentales a zonas de crisis; el cierre de pistas; acuerdos y órdenes de cese al fuego y los esfuerzos de representantes de organizaciones internacionales para negociar y ejecutar estos acuerdos de cese al fuego²⁷.

Sin embargo, estos factores no son taxativos, sino meramente referenciales. La existencia de unos elementos y no otros o incluso la existencia de sólo unos pocos de estos elementos ameritará la declaración de existencia de conflicto armado. Más aún: “A un nivel más sistémico, un factor indicativo de conflicto armado es la forma en la que los órganos del Estado, tales como la policía y el ejército, hacen uso de la fuerza en contra de grupos armados. En tales casos, puede ser instructivo analizar el uso de la fuerza por las autoridades gubernamentales, en particular, cómo se interpretan ciertos derechos humanos, tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser detenido arbitrariamente²⁸”.

B. Grupo Armado Organizado

En el Caso Tadic, la Cámara de Apelaciones estableció que “un grupo organizado [...] normalmente tiene una estructura, una cadena de mando y un *set* de reglas, así como símbolos exteriores de autoridad²⁹”. Así pues, de acuerdo con este estándar, “normalmente un miembro del grupo no actúa por cuenta propia, sino que se conforma a los estándares prevalecientes en el grupo y está sujeto a la autoridad del líder del grupo³⁰”.

Ahora bien, “las partes en conflicto no tienen que necesariamente estar tan organizadas como las fuerzas de un Estado³¹”. Así, sólo “cierto nivel de organización por las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado³²”.

A este respecto, entonces, es importante mencionar que el estándar de organización aplicable para la existencia de un conflicto armado regulado por el artículo 3 común es mucho menor que aquel exigido por el artículo 1 del II Protocolo Adicional, que en resumidas cuentas exige la existencia de un mando responsable y un control sobre parte del territorio del Estado, que les permita

²⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 177. “Various indicative factors have been taken into account by Trial Chambers to assess the ‘intensity’ of the conflict. These include the seriousness of the attacks and whether there has been an increase in armed clashes, the spread of clashes over territory and over a period of time, any increase in the number of government forces and mobilisation and the distribution of weapons among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the attention of the United Nations Security Council, and whether any resolutions on the matter have been passed. Trial Chambers have also taken into account in this respect the number of civilians forced to flee from the combat zones; the type of weapons used, in particular the use of heavy weapons and other military equipment, such as tanks and other heavy vehicles; the blocking or besieging of towns and the heavy shelling of these towns; the extent of destruction and the number of casualties caused by shelling of fighting; the quantity of troops and units deployed; existence and change of front lines between the parties; the occupation of territory, and towns and villages; the deployment of government forces to the crisis area; the closure of roads; cease fire orders and agreements, and the attempt of representatives from international organizations to broker and enforce cease fire agreements”.

²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 178. “At the more systemic level, an indicative factor of internal armed conflict is the way that organs of the State, such as the police and military, use force against armed groups. In such cases, it may be instructive to analyse the use of force by governmental authorities, in particular, how certain human rights are interpreted, such as the right to life and the right to be free from arbitrary detention”.

²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Dusko Tadic*. IT-94-I-A. Sentencia de 15 de julio de 1999. párrafo 120. “[...] an organized group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority”.

³⁰ *Ibidem*. “Normally a member of the group does not act on his own but conforms to the standards prevailing in the group and is subject to the authority of the head of the group”.

³¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Naser Oric*. IT-03-68-T. Sentencia de 30 de junio de 2006. párrafo 254. “[...] warring parties do not necessarily need to be as organised as the armed forces of a State”.

³² *Fiscal v. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*. IT-03-66-T. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. párrafo 89. “[...] some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict”.

realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones del Protocolo.

Así pues, como señaló el Tribunal del Caso Haradinaj, “[...] un conflicto armado puede existir sólo entre partes que están lo suficientemente organizadas como para enfrentarse la una a la otra por medios militares”³³.

III. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR AL CASO PERUANO

A. ¿Qué hizo Sendero en el Perú en los ochentas y noventas?

Antes de poder determinar si las actividades terroristas de Sendero Luminoso pueden ser calificadas como conflicto armado es importante poder dejar sentado qué fue exactamente Sendero Luminoso y qué hizo en el Perú durante los años de violencia terrorista.

La historia de Sendero Luminoso puede rastrearse hasta la época de la famosa Polémica Chino-Soviética y el rompimiento del maoísmo con el comunismo ruso. Esta polémica, causó en el Perú la división del Partido Comunista Peruano en dos subgrupos, uno pro-soviético y otro pro-chino³⁴. Sendero Luminoso aparecería a inicios de los setenta como la escisión ayacuchana del ala pro-china del Partido Comunista. Esta escisión, liderada por Abimael Guzmán, un desconocido Profesor de Filosofía de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, buscaba lograr lo que él llamaba la re-constitución del Partido Comunista del Perú³⁵ y, posteriormente, el inicio de una así llamada “Lucha Armada”

en contra del Estado Peruano con miras a la “conquista del poder” a fin de instaurar una “República Popular de la Nueva Democracia”.

Así, el 17 de mayo de 1980, Sendero Luminoso inicia su “Lucha Armada” en contra del Perú. En esa fecha, según relata la Comisión de la Verdad, “en la localidad ayacuchana de Chuschi, un grupo armado de cinco encapuchados irrumpió en el local donde se guardaban las ánforas y padrones para las elecciones nacionales del siguiente día y quemaron once de ellas”³⁶.

Esa autodenominada “Guerra Popular”, sin embargo, seguiría una estrategia muy diferente a la experimentada en otros países latinoamericanos. En palabras de la Comisión de la Verdad: “Involucrado en una lógica de aniquilamientos, provocación, progresivo escalamiento de la violencia y armamentización de antiguos conflictos intercomunales, el Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso causó una forma de conflicto armado sumamente costoso en vidas humanas, sin precedente en la historia de los conflictos armados internos en América Latina”³⁷.

La estrategia armada de Sendero Luminoso era, pues, diferente y consistía, en “‘batir el campo’ (y batir es ‘arrasar y no dejar nada’), crear vacíos de poder y conformar los Comités Populares que constituían el germen del ‘nuevo poder’ senderista” que permitan la implementación de una “República Popular de Nueva Democracia”³⁸.

Esta forma de entender su “revolución” hizo que, a diferencia de otros grupos subversivos, el senderismo concentrara sus esfuerzos principalmente en contra de

³³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj y Lahi Brahimaj*. IT-04-84-T. Sentencia de 3 de abril de 2008. párrafo 60. “[...] an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”.

³⁴ DEGREGORI, Carlos Iván. “Discurso y Violencia Política en Sendero Luminoso”. En: *Bulletín de l’IFEA* 29. 2000. p. 496. Disponible en: [http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/29\(3\)/493.pdf](http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/29(3)/493.pdf) [Visitado por última vez el 29 de enero de 2012].

³⁵ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 18.

³⁶ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 29. Un mes antes, Abimael Guzmán, en la así llamada “l Escuela Militar del Partido”, había declarado: “Ha concluido nuestra labor con manos desarmadas. Se inicia hoy nuestra palabra armada”. Fuente: *Revista Caretas* 1584. 1999. Disponible en: <http://www.caretas.com.pe/1999/1584/terror/terror.htm> [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

³⁷ Informe Final de la CVR. Tomo I. p. 219. El accionar particularmente sanguinario de Sendero Luminoso quedaba, pues, claramente señalado en los dichos de su líder, que no dudaba en afirmar que “dos banderas [luchan] en el alma, una negra y otra roja. Somos Izquierda, hagamos holocausto con la bandera negra”. Ver: DEGREGORI, Carlos Iván. Op. cit. p. 500.

³⁸ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 219. Ver también: DEGREGORI, Carlos Iván. Op. cit. pp. 507-508.

los representantes de la autoridad estatal (policías y alcaldes) con miras a tomar el control de un número creciente de poblados y aplicar en ellos el llamado “marxismo-leninismo-maoísmo-pensamiento Gonzalo”.

En estas zonas, Sendero aplicaría una política totalitaria y dictatorial que privaba al campesinado de toda libertad³⁹. Así, como relata un testimonio de la Comisión de la Verdad, “[e]llos se comportaron, al inicio, de maravilla, pero no pasó ni tres meses creo, empezaron a sujetarnos y no podíamos ni movilizarnos, ni irnos a Ayacucho siquiera, ni a Vinchos, ni a visitar a nuestra familia. Tampoco querían que vengan de otros sitios. Todo eso pues a uno le imposibilita la vida, los campesinos somos libres y a cualquier sitio nos movilizamos y eso es lo que les ha dolido a los demás”⁴⁰.

De esta forma, según la Comisión de la Verdad, “en los hechos, encontramos un férreo sistema de justicia donde no se toleraba el error y simplemente no existía oportunidad alguna para la reconciliación. El Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso sólo entendía dos cosas: Se estaba a favor de ellos o, de lo contrario, se tenía que morir”⁴¹.

Por ende, para cuando las Fuerzas Armadas tuvieron que hacer frente a la amenaza senderista, si bien hubo serios enfrentamientos entre patrullas del Ejército Peruano y columnas senderistas, éste no sería el principal frente de lucha contra-subversiva⁴². En cambio, la lucha principal se llevaría a cabo por turnos, con los senderistas implantando su pesadilla comunista en un poblado y, posteriormente, el ejército intentando descubrir a los infiltrados y derrotarlos. En palabras de la Comisión de la Verdad, la labor del ejército era *sui generis*:

“[...] Es obvio que no se trataba de ocupar militarmente la zona. Las bases militares existentes en la zona antes de establecido el control militar del orden interno nunca fueron atacadas por el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso], ni tampoco los transportes ni el personal militar, por más que quedarán eventualmente en situación vulnerable. Tampoco se trataba de proteger o reinstaurar un sistema policial, judicial e institucional desbordado por las acciones de una agrupación criminal pero requerido por la población, porque ese sistema ya no funcionaba como tal, si alguna vez lo hizo. [...] La misión real de las Fuerzas Armadas era mucho más extraña y difícil, era poner las condiciones para el surgimiento de un Estado de Derecho allí donde no las había, es decir, posibilitar que se genere en la población la conciencia de tener derechos básicos y de pertenecer a un Estado que los garantiza, y para ello eliminar a la organización empeñada en destruir todo asomo de esa conciencia, el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso]”⁴³.

El problema era, pues, que el tipo de contienda iniciada por Sendero Luminoso implicaba necesariamente involucrar en el conflicto a la población civil⁴⁴. Así, en un enfrentamiento en donde era sumamente difícil para el Estado discernir entre amigo y enemigo, el Estado también tuvo que acudir a la colaboración de la población civil, a través de lo que hoy conocemos como Comités de Auto-Defensa o, como eran popularmente conocidos en ese entonces, las “rondas campesinas”. La idea de estos comités era asegurar las zonas en donde los senderistas habían sido expulsados, sea por acción del ejército o por acción de las propias comunidades que se alzaban en contra de la opresión senderista (como ocurrió, por ejemplo, en Luccanamarca), en una estrategia

³⁹ En palabras de la CVR, “la razón principal para condenar la acción armada del PCP-SL como un acto criminal contra todos los peruanos está en que usó las armas con el fin de instaurar un régimen totalitario y de potencial genocida, basado no en el respeto a los derechos básicos de las personas sino en la visión de una sociedad supuestamente perfecta que construirían mediante la violencia”. Informe Final. Tomo II. p. 248.

⁴⁰ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 47.

⁴¹ Informe Final de la CVR. Tomo V. p. 29.

⁴² Incluso, la CVR afirma que sería un error designar a Sendero Luminoso como una “guerrilla” dado su comportamiento. Ver: Informe Final. Tomo II. p. 248.

⁴³ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 259.

⁴⁴ Ver: *Ibid.* pp. 261-262. “La estrategia del PCP-SL apuntaba a involucrar en el conflicto a la población, practicando sistemáticamente el terror y el asesinato, el reclutamiento forzado y el uso de las poblaciones como escudos humanos, violando las más elementales leyes de la guerra con la finalidad de obtener un poder político totalitario. Además, no establecía en general campamentos ni se proponía establecer columnas permanente”.

que, en última instancia, sería decisiva para el triunfo del Estado en contra de Sendero.

Bajo estas condiciones, empero, la lucha en la Sierra terminó constituyendo una especie particular de conflicto, en donde por lo general no se reportaban grandes batallas frontales entre subversivos y militares, sino que las formas más usuales de violencia armada eran las luchas con los ronderos, las emboscadas a los militares, los asesinatos selectivos y las matanzas, mientras que el contra-ataque militar consistía, principalmente, en labor de inteligencia, cooperación con las rondas campesinas e intervenciones armadas selectivas –de mayor y menor escala– en lo que se conocía como “zonas rojas”, copadas por los senderistas⁴⁵.

Esta guerra de baja intensidad en la Sierra, sin embargo, fue bastante diferente a la estrategia de Sendero Luminoso en Lima, en donde, mediante el uso de explosivos, mantuvo a la población aterrorizada durante gran parte de su “Guerra Popular”.

En Lima, después de todo, Sendero Luminoso emprendió una campaña de destrucción de infraestructura, asesinatos y bombardeos selectivos de zonas pobladas a fin de lograr el mayor terror en la población y lograr así la rendición del Estado. Para Sendero, las ciudades eran “cajas de resonancia” que permitían “adquirir notoriedad, hacer que los efectos de sus acciones tengan repercusión nacional e internacional”⁴⁶.

Con esto en mente, Sendero colocó coches bomba en diversos lugares de la capital, entre los que destacan la Embajada de Estados

Unidos (febrero de 1992), en las oficinas del Canal 2 (junio de 1992) y en la Calle Tarata (julio de 1992), sólo por nombrar algunos ejemplos. De igual forma, realizó otros actos violentos, como los paros armados, y una serie de atentados a torres de alta tensión (destinadas a causar apagones) y aniquilamientos selectivos como el intento de asesinato del entonces Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Domingo García Rada (abril de 1985) o el brutal asesinato de la teniente alcalde de Villa El Salvador, María Elena Moyano (febrero de 1992).

Esta dualidad sierra-costa del conflicto, que presenta escenarios manifiestamente distintos, es pues un gran reto para la tarea de determinar si las hostilidades en el Perú llegaron o no a la intensidad y organización suficiente como para poder ser considerado un conflicto armado interno. Es a esto a lo que nos avocaremos en el siguiente acápite.

B. ¿Constituyeron estos hechos un conflicto armado?

Ya hemos visto tanto el tipo de organización sanguinaria que enfrentó el Perú de los ochentas y noventas, como los requisitos que existen en la doctrina y jurisprudencia para evaluar la existencia de un conflicto armado. En este punto, buscaremos combinar ambos para poder determinar si, en definitiva, hubo o no un conflicto armado en el Perú.

Para ello, como ya hemos mencionado, se deberá evaluar tanto la intensidad de la violencia armada cometida, como la organización de la agrupación terrorista Sendero Luminoso⁴⁷.

⁴⁵ Como señala la CVR: “Las implicancias concretas de la nueva estrategia aparecen en el manual [contrasubversivo de las FFAA] cuando se habla de cómo desorganizar a los grupos armados subversivos y cómo intervenir en una ‘zona roja’. La primera aclaración es que ‘la GCS [Guerra de Contra Insurgencia] es una guerra de inteligencia en un 80% y de operaciones en un 20%’ (p. 73). Sus prioridades son, entonces, identificar a los miembros y la organización del partido, sus capacidades y vulnerabilidades; identificar así también a las bases de apoyo y la fuerza local; ‘ejecutar operaciones de contrainteligencia’, ‘optimizar la infiltración’, ‘disponer de interrogadores entrenados’, ‘establecer un banco de datos’, ‘formar redes de colaboradores e informantes’, etcétera (p.74). Al hablar del componente de acción armada, se dice ‘Combatir con iniciativa, sorpresa, engaño, movilidad, creatividad y empleando procedimientos similares a los de los subversivos’ y ‘realizar operaciones psicológicas, agresivas y eficientes, explotando oportunamente los hechos o acciones favorables en todos los niveles, con el fin de destruir o quebrar la voluntad de lucha y moral de las fuerzas subversivas’ (p. 77). Queda claro que las acciones armadas mismas están compenetradas con la actitud de las operaciones psicosociales y de contrainteligencia”. Ver: Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 289.

⁴⁶ Informe Final de la CVR. Tomo VI. p. 46.

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que para efectos de este análisis se está partiendo del estándar fijado por el artículo 3 común y no del II Protocolo Adicional, en el entendido de que la actuación de Sendero Luminoso no satisfizo sus altos requisitos.

1. La intensidad de la violencia

Sendero Luminoso es, sin lugar a dudas, un grupo terrorista y sus acciones, además de ser ilegales, constituyeron actos terroristas. La pregunta que surge a raíz del caso peruano en particular, entonces, es si el tipo preciso de violencia que enfrentó el Perú –consistente en atentados terroristas, coches bomba y matanzas indiscriminadas de civiles– puede calificar o no como “violencia armada prolongada”.

A nivel comparado, la cuestión cobró bastante controversia cuando la defensa de los denunciados en el caso Boskoski y Tarculovski ante el Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia⁴⁸ argumentara que las situaciones de terrorismo y de conflicto armado no pueden equipararse.

En sustento a esta afirmación, los denunciados argumentaron que la propia sentencia del Caso Tadic menciona que los dos criterios de violencia prolongada y grupo armado organizado se usan “únicamente para fines de, como mínimo, distinguir un conflicto armado del vandalismo, las insurrecciones breves y desorganizadas **o las actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario**” [El énfasis es nuestro]⁴⁹. Así, para su defensa, la expresa mención del Tribunal Tadic de actividades

terroristas como un ejemplo de una situación que no califica como conflicto armado bastaría para dejar en claro que terrorismo y conflicto armado son cosas diferentes⁵⁰.

Sin embargo, en dicha oportunidad, la Cámara de Primera Instancia respondió aclarando que: “El argumento esencial [...] en Tadic es que actos aislados de violencia, tales como ciertas actividades terroristas cometidas en tiempo de paz, no estarían cubiertas por el artículo 3 común. Esta conclusión reflejaba la determinación [...] de que existe un conflicto armado sin carácter internacional cuando hay ‘violencia prolongada entre fuerzas del gobierno y grupos organizados o entre tales grupos dentro de un Estado’. Al aplicar este *test*, lo que importa es si los actos son perpetrados de forma aislada o como parte de una campaña prolongada que implica el enfrentamiento de ambas partes en hostilidades. No es relevante si los actos de violencia perpetrados pueden o no ser caracterizados como de naturaleza terrorista”⁵¹.

Por ende, la calificación de actos como terroristas no es relevante para efectos de la clasificación de la situación. Más bien, lo que importa para esto es la forma (esto es, la intensidad) en que se lucha contra estos actos terroristas. No es, pues, lo mismo un atentado terrorista aislado como la destrucción del

⁴⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. IT-04-82-T. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 184.

⁴⁹ *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Opinión y Sentencia. 7 de mayo de 1997. “[...] solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law”.

⁵⁰ Argumentos similares han sido usados en el Perú para argumentar en contra del conflicto armado. Ver, por ejemplo: VILLEGAS, María Cecilia. “Daño Colateral”. En: Diario Correo. 21 de enero de 2012. “Ni Sendero ni el MRTA fueron grupos guerrilleros ni insurgentes. Ni guerra interna, ni conflicto armado. ¡Terroristas! Sendero mataba campesinos, asesinaba padres delante de sus hijos, abría vientres de mujeres embarazadas y arrebatava a los no nacidos, ejecutaba autoridades rurales y dejaba sus cuerpos colgados para que todos vieran como trataban a los “traidores”, masacraba pueblos enteros. El MRTA secuestraba empresarios a quienes mantenía en condiciones inhumanas encerrados en cajones bajo tierra durante meses. Sendero y el MRTA son terroristas, pero extrañamente la CVR les dio status de grupo beligerante”. Disponible en: <http://diariocorreo.pe/columna/64153/dano-colateral/> [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

⁵¹ *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*, párrafo 185. “The essential point made by the Trial Chamber in Tadic is that isolated acts of violence, such as certain terrorist activities committed in peace time, would not be covered by Common Article 3. This conclusion reflected the Appeals Chamber’s determination in Tadic that armed conflict of a non-international character exists when there is ‘protracted violence between governmental authorities and organized groups or between such groups within a State’. In applying this test, what matters is whether the acts are perpetrated in isolation or as part of a protracted campaign that entails the engagement of both parties in hostilities. It is immaterial whether the acts of violence perpetrated may or may not be characterised as terrorist in nature”. A esta conclusión también llegó el Tribunal del Caso Kordic, al afirmar que “el requisito de lucha prolongada es importante para excluir meros casos de desorden civil o actos individualizados de terrorismo” (Original: “the requirement of protracted fighting is significant in excluding mere cases of civil unrest or single acts of terrorism”) Ver: *Fiscal v. Dario Kordic y Mario Cerkez*. IT-95-14/2-A. Sentencia de 17 de diciembre de 2004. párrafo 341.

Edificio Murrah en Oklahoma, a manos de Timothy McVeigh, en 1995, que evidentemente no califica como un conflicto armado; que una campaña sistemática y generalizada de atentados terroristas como la que experimentan países como Colombia e Israel, que han sido claramente clasificados como conflictos armados, a pesar de la denominación de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (“las FARC”) y Hamas como grupos terroristas⁵².

Sin embargo, como hemos mencionado, lo difícil al realizar la clasificación de una situación en particular no está en los extremos, sino en los puntos medios. Así por ejemplo, ¿calificaría como conflicto armado la lucha alemana en contra de la Banda Baader-Meinhoff o la italiana contra las Brigadas Rojas, en donde si bien hubo varios atentados a lo largo de varios años, nunca fue involucrado el ejército? O incluso, ¿puede clasificarse como conflicto armado la situación que existía en Irlanda del Norte, en donde las fuerzas militares británicas intervinieron para mantener la paz entre los sectores católicos y protestantes radicales? La pregunta es, entonces, cómo distinguir los casos de lucha anti-terrorista que pueden alcanzar el nivel de intensidad suficiente para constituir conflicto armado de aquellos que no.

Si recordamos lo visto en el capítulo II anterior, existen ciertos indicios que pueden referirnos a cuándo una situación ha dejado de constituir un mero disturbio y se convierte en un conflicto armado. En el Perú, varios de estos indicios se cumplieron. Evidentemente, los ataques senderistas fueron de una gravedad realmente devastadora para el país⁵³, lo que obligó al Estado a responder mediante el uso

de su fuerza armada en forma proporcional a la violencia desplegada, al punto que en varias ocasiones la contra-subversión requirió del uso de helicópteros, franco-tiradores y operaciones militares de gran escala⁵⁴.

La gravedad de estos hechos queda claramente establecida en varios pasajes del Informe Final de la Comisión de la Verdad, así como en fuentes del propio ejército. Así, por ejemplo, cuando la Comisión de la Verdad narra lo sucedido durante la “Operación Aries” llevada a cabo en 1994 en la zona del Alto Huallaga, afirma que “[...] el Ejército empezó a realizar operativos con mayor estancia en zonas liberadas por el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso] con la ayuda de helicópteros artillados que, supuestamente, ocasionaban muertes de senderistas y de la población que involuntariamente vivía en parte de esta guerra”⁵⁵ y que “[...] los enfrentamientos fueron encarnizados y los senderistas recurrieron a muchas tretas gracias a su conocimiento de la zona. Eso propició que los soldados retrocedieran. Por esta razón hubo muchas bajas también entre los efectivos de las fuerzas del orden”⁵⁶.

En efecto, como señalara un miembro de las Fuerzas Armadas entrevistado por la Comisión de la Verdad, “[hubo] muchos muertos [...]. A nosotros nos hostigaban cada diez o quince minutos, hostigar era ráfagas de balas o detonaban explosivos y de repente paraba todo y nunca más oías ni veías nada y ya tenías dos o tres balas y tú no sabías de dónde te habían disparado”.

Las propias Fuerzas Armadas también recuentan escenarios similares; por ejemplo, de acuerdo

⁵² En el caso Israelí, la Corte Suprema determinó la existencia de un conflicto armado *internacional* entre Israel y los grupos palestinos terroristas que surgieran a raíz de la Intifada de 2000. La Corte describió el conflicto contra los terroristas en Israel como “un asalto masivo de terrorismo [dirigido] contra el Estado de Israel y contra los israelíes, por el mero hecho de ser israelíes”. (Original: “A massive assault of terrorism [directed] against the State of Israel, and against Israelis, merely because they are Israelis”). Ver: *The Public Committee against Torture in Israel y otros v. The Government of Israel y otros*. HCJ 769/02, Sentencia de 11 de diciembre de 2005. En el caso Colombiano, el 25 de mayo de 2011, el Senado Colombiano pasó una Ley que expresamente reconoce la situación en ese país como un conflicto armado interno. Ver: LOZANO, Pilar. “El Senado Colombiano aprueba una ley para resarcir a las víctimas”. En: *Diario El País*. 25 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Senado/colombiano/aprueba/ley/resarcir/victimas/elpepuint/20110525elpepuint_9/Tes [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

⁵³ La CVR calcula un saldo de más de 60,000 víctimas y 21 mil millones de dólares en pérdidas económicas sólo entre 1980 y 1992. Ver: Informe Final de la CVR. pp. 308-309.

⁵⁴ Ver: Informe Final de la CVR. Tomo V. pp. 381-415. “La Estrategia de Pacificación en la Margen Izquierda del Río Huallaga”.

⁵⁵ Ver: Informe Final Tomo V. p. 392.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 399.

con la página web del Ejército Peruano, “la intervención de las Fuerzas Armadas en la lucha contrasubversiva se produjo cuando empezaba la segunda fase de la guerra popular de Sendero. El Ejército encargó a la [segunda división] de Infantería la ejecución de las operaciones, para lo cual esta gran unidad de combate fue trasladada a Ayacucho, desde su sede en Huancayo. Su antigua zona de responsabilidad le fue encargada a la [trigésimo primera división de Infantería], cuyo cuartel general fue ubicado en esta ciudad.

La misión que el gobierno asignó al Ejército era un tanto equívoca, por lo menos de cara a la opinión pública, pues se dijo que la segunda división de Infantería cumpliría mera función de apoyo logístico a la Policía Nacional del Perú, que al parecer seguiría cumpliendo la misión principal. Para los efectos prácticos, sin embargo, el general de brigada Clemente Noel Moral, Comandante General de dicha gran unidad de combate, asumió el mando pleno de la zona de emergencia y subordinó bajo su mando a los elementos policiales existentes en su jurisdicción.

La estrategia operativa que se puso en práctica desde los primeros días de enero de 1983 consistía en la ocupación militar del territorio en las provincias puestas en situación de emergencia, para ejercer el control táctico de las poblaciones, las vías de comunicaciones y puntos críticos en general. La segunda división de Infantería estableció para ese objeto, alrededor de 60 bases contrasubversivas, incluso las controladas por la Infantería de Marina en la provincia de Huanta. Estas bases protegían las principales comunidades campesinas, especialmente las que habían sido controladas por Sendero.

Las operaciones militares destinadas a destruir la organización senderista y ejercer el control territorial de la zona de emergencia, mediante un intenso patrullaje, con el apoyo de helicópteros del Ejército y la Fuerza Aérea, fueron combinadas con actividades de apoyo a la comunidad que incluían la provisión de víveres y medicinas, en coordinación con los

organismos estatales pertinentes, por lo que las Fuerzas del Orden ganaron la simpatía y el apoyo de la población, en las ciudades y en el campo”⁵⁷.

Bajo este esquema, entonces, sólo en 1983, “Sendero atacó 84 veces a instalaciones de las Fuerzas del Orden (policiales); ejecutó seis emboscadas y se produjeron 61 enfrentamientos armados, en los que murieron 85 miembros de las Fuerzas del Orden y 2,161 subversivos, mientras que se capturó a 1,699 extremistas. Hay que decir que, como era común en esa época, la mayor parte de estos detenidos fueron puestos en libertad por falta de pruebas, según versión del Poder Judicial, aunque la verdad era que los jueces estaban intimidados por Sendero”⁵⁸.

De esta forma, lo ocurrido en el Perú no fue una simple búsqueda de delincuentes que arrestar, sino que implicó, en palabras de la Directiva 01-PE-DI-JUN 86 JUL 90 del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, realizar “acciones disuasivas, represivas y/o de pacificación destinadas a neutralizar, desorganizar y/o destruir todo foco subversivo, para restablecer el orden interno” con la intención de “destruir y/o neutralizar la Organización Político-Administrativa” de los subversivos⁵⁹.

Como puede verse pues, las Fuerzas Armadas, que cumplieron un rol primordial en la pacificación del país, funcionaron durante los años de violencia contra-subversiva como si se encontrasen combatiendo un conflicto armado, excediendo la mera acción policiaca. El ejército, después de todo, y por su propia admisión, no podía entrar a las zonas rojas a hacer una mera labor policial, en donde el principal objetivo de la incursión es arrestar personas, sino que, por su comportamiento, denotan que entendían que estaban entrando a una zona de combate, en donde podían disparar y ser disparados sin que la idea de arrestar a una persona sea el principal objetivo.

Este es, pues, un modelo que nunca existió en los casos alemanes e italianos antes

⁵⁷ EJÉRCITO DEL PERÚ. “La Lucha Contrasubversiva entre 1981 y 1987”. Disponible en: http://www.ejercito.mil.pe/index.php?view=article&catid=311%3Adefensa-del-frente-interno&id=6066%3A1a-lucha-contrasubversiva-entre-1981-y-1987-&option=com_content&Itemid=961 [Visitada por última vez el 23 de abril de 2012].

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Ver: Informe Final de la CVR. Tomo II. pp. 282-283.

mencionados, en donde la amenaza terrorista de la Banda Baader-Meinhoff y las Brigadas Rojas fue, en todo momento, lidiada desde una perspectiva policiaca y en base a una estrategia de arrestos producto de labores de inteligencia.

Así pues, como señaló el Tribunal del caso Boskoski y Tarculovski, “[e]n situaciones que no alcanzan a ser un conflicto armado, el Estado tiene el derecho de usar la fuerza para defender la Ley y el Orden, incluyendo la fuerza letal, pero, según sea aplicable, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos restringirá tal uso a aquello que sea absolutamente necesario y que sea estrictamente proporcional a ciertos objetivos. [...] Sin embargo, cuando una situación alcanza el nivel de conflicto armado, la cuestión de qué constituye una privación arbitraria de la vida se interpreta de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional Humanitario, en donde se aplica un *test* de proporcionalidad diferente”⁶⁰.

Por ende, el intenso ataque que desarrolló Sendero Luminoso, sumado al propio comportamiento de las fuerzas del gobierno, que no pudieron contrarrestar esta ofensiva con mera acción policiaca, más bien parecieran avalar la posición de que en el Perú sí existió, en realidad, “violencia armada prolongada” de la suficiente intensidad como para constituir un conflicto armado.

2. La organización de Sendero Luminoso

Sendero Luminoso era un grupo altamente jerarquizado y que dependía completamente de las órdenes del “Presidente Gonzalo”. Las acciones de los senderistas eran cometidas a nombre de la agrupación y no a título individual,

a tal punto que incluso Abimael Guzmán ha sido condenado como autor mediato de un gran número de atentados senderistas en los que él no participó directamente⁶¹.

Así, según la Corte Suprema: “El Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso era definitivamente una organización ilícita, con una estructura y dirección claramente establecidas y diferenciadas”⁶².

Después de todo, la cúpula senderista “[gobernaba] el conjunto de la organización sancionando los acuerdos y estableciendo las directivas y consignas que debían ser ejecutadas por todos los aparatos y comités de la organización”⁶³.

Incluso, la acción armada de Sendero Luminoso –que se ejecutaba a través de lo que ellos denominaban un “Ejército Guerrillero Popular”– estaba organizada en dos frentes; uno para el campo y otro para la ciudad. La acción en el campo se estructuraba a partir de una Fuerza Principal, una Fuerza Local y una Fuerza Base, que conformaban pelotones y columnas. En la costa, en cambio, Sendero se organizó en base a destacamentos.

Finalmente, como señala la Corte Suprema, “los miembros que formaban parte del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, sean estos dirigentes, cuadros, militantes, combatientes o ‘masas’ estaban subordinados por jerarquía a los acuerdos de los organismos de dirección, las directivas y las consignas, las que obligatoriamente debían ser cumplidas, por estricta aplicación de los principios de centralismo y disciplina, correspondientes a los miembros encargados de la ejecución de los atentados la planificación en concreto de

⁶⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. IT-04-82-T. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 178. “In situations falling short of armed conflict, the State has the right to use force to uphold law and order, including lethal force, but, where applicable, human rights law restricts such usage to what is no more than absolutely necessary and which is strictly proportionate to certain objectives. [...] However, when a situation reaches the level of armed conflict, the question what constitutes an arbitrary deprivation of life is interpreted according to the standards of international humanitarian law, where a different proportionality test applies”.

⁶¹ Ver: Caso Abimael Guzmán. p. 173. “En consecuencia, a juicio del Colegiado, dado el nivel que ostentaba en el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso y toda su participación en el proceso de aprobación de los planes de acciones armadas, órdenes concretas y sistemas de control de toda la organización, resulta ser el máximo y principal responsable de todos los hechos declarados probados en esta sentencia, siéndole atribuible su intervención en calidad de autor mediato por dominio en organización de los delitos de terrorismo agravado”.

⁶² *Ibíd.* pp. 155-156.

⁶³ *Ibíd.*dem.

cada acción, elaborando el denominado Plan Operativo Táctico [...]”⁶⁴.

Puede verse entonces que Sendero Luminoso era una organización terrorista altamente organizada y jerarquizada, al punto que sus miembros tenían que firmar cartas de sujeción a Abimael Guzmán para poder pertenecer al grupo⁶⁵. Por ende, sería un grupo lo suficientemente organizado como para satisfacer las exigencias del estándar Tadic para la existencia de conflicto armado.

IV. CONSECUENCIAS DE LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Hemos determinado que en los ochentas y noventas, el Perú atravesó por un conflicto armado sin carácter internacional y que eso activa las disposiciones aplicables del Derecho Internacional Humanitario con respecto a la conducción de las hostilidades. La pregunta es ¿cuáles son esas disposiciones?

Para dar respuesta a esta pregunta, es preciso revisar dos puntos fundamentales de los conflictos armados no internacionales: La inexistencia del privilegio de combatiente y el estándar para determinar la legalidad del uso de fuerza letal. A continuación procedemos a evaluar cada uno.

A. La inexistencia del Privilegio de Combatiente

En un conflicto armado **internacional** (es decir, entre Estados), las personas se dividen en combatientes y civiles. En resumidas cuentas, son combatientes los integrantes de las fuerzas armadas de los países en conflicto⁶⁶ y son civiles todas las demás personas que habitan dichos Estados.

En este tipo particular de conflicto, en donde quienes participan legalmente en las hostilidades son soldados de Estados Partes de los Convenios de Ginebra, todos los combatientes gozan de tratos especiales. Así, si bien pueden ser atacados en cualquier momento en su calidad de objetivo militar válido⁶⁷, también gozan del llamado privilegio de combatiente y el trato de prisionero de guerra, que en buena cuenta les permiten no ser sancionados penalmente por su participación en las hostilidades (es decir, no pueden ser condenados por el “asesinato” de los soldados de la otra parte)⁶⁸.

Ahora bien, mientras que el privilegio de combatiente hace que el soldado sea un objetivo legítimo, la condición de civil, en cambio, causa el completo opuesto: La población civil no puede ser objeto de ataque por parte de los combatientes⁶⁹. Dicho esto, sin embargo, si así lo desea, un civil puede abandonar su *status* protegido si decide participar directamente en las hostilidades o asumir una función continua de combate⁷⁰. Estos

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Tomo II. p. 25.

⁶⁶ Existen más categorías reguladas por el artículo 4 de la III Convención de Ginebra, pero cuya explicación no viene al caso para los fines del artículo.

⁶⁷ SASSOLI, Marco y Laura OLSON. “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non international armed conflicts”. En: *International Review of the Red Cross* 90. Septiembre 2008. pp. 605-606. “los combatientes pueden ser atacados en cualquier momento hasta que se rindan o estén de cualquier otra forma *hors de combat*” (Original: “Combatants may be attacked at any time until they surrender or are otherwise hors de combat”).

⁶⁸ SOLIS, Gary. “The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War”. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. p. 190. En estricto, un combatiente sólo puede ser sancionado por incumplir el Derecho Internacional Humanitario, no el Derecho Penal de un Estado Parte del conflicto.

⁶⁹ Ver artículo 51.2 del I Protocolo Adicional de Ginebra.

⁷⁰ Para una descripción más detallada de ambos conceptos ver: MELZER, Nils. “Interpretative Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”. *International Committee of the Red Cross*. 2009. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> [Visitado por última vez el 31 de enero de 2012] En el primer caso, participa directamente en las hostilidades quien levanta un arma y se une a la lucha temporalmente, en cuyo caso, su participación termina cuando suelta el arma y regresa a su vida civil y, en el segundo, la función continua de combate consiste en dedicarse a planear, ejecutar o dirigir de forma continua actos que constituyen participación directa en las hostilidades y consiste básicamente en el escenario de “granjero de día, guerrillero de noche” que usan ciertos grupos armados para evitar ser atacados. Ver: LEWIS, Michael. “Drones and the Boundaries of the Battlefield”. En: *Texas International Law Journal* 47.

“combatientes no privilegiados”, como suelen ser llamados coloquialmente⁷¹, no están autorizados para participar en las hostilidades y no gozan del trato del prisionero de guerra ni del privilegio de combatiente: Son objetivos válidos y también pueden ser juzgados por su participación en las hostilidades.

En cambio, en caso de conflicto armado **no internacional**, como el que existió en el Perú, la regulación del privilegio de combatiente cambia radicalmente. En estos casos, después de todo, no puede existir un privilegio puesto que el enemigo a combatir no es un Estado, sino un mero grupo armado no estatal, a cuyos miembros no puede ex-ceptuárseles de responsabilidad por alzarse en contra de su Estado.

En estos casos, entonces, las Fuerzas Armadas estarán autorizadas a combatir a las fuerzas irregulares que se levantan en su contra en virtud al Derecho nacional, por lo que evidentemente no serán sancionados por su participación en las hostilidades, mientras que los miembros del grupo armado, que no están autorizados por el Derecho nacional a tomar las armas en contra de su propio Estado, sí podrán ser legítimamente sancionados como participantes ilegales.

En otras palabras, entonces, la calificación de conflicto armado no obsta para que, una vez capturados, los miembros de Sendero Luminoso puedan ser penalmente procesados por terrorismo, asesinato, etcétera, tal como hasta la fecha viene sucediendo. Esto está claramente establecido en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, cuando señala que la aplicación de sus disposiciones **“no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”**.

Esto además significa que es imperativo distinguir los conceptos de reconocimiento de beligerancia de conflicto armado regulado por el artículo 3 común. En efecto, si bien ambas figuras buscan regular la violencia armada intra-estatal, la primera lo hace mediante un esquema internacional que otorga

el privilegio de combatiente a las fuerzas no estatales; mientras que la segunda, en cambio, lo hace sin otorgar ningún privilegio a estas fuerzas.

B. El estándar para el uso de la fuerza letal

Para poder entender la regulación del uso de la fuerza letal en los conflictos armados, es preciso explicarla diferenciándola de la regulación existente en ausencia de conflicto armado. Así, mientras en los conflictos armados el Derecho Internacional Humanitario sirve como *lex specialis* para la aplicación de los Derechos Humanos, que deben ser interpretados a la luz de sus disposiciones, en tiempo de paz únicamente debe aplicarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin que el Derecho Internacional Humanitario entre al ruedo.

Así, cuando el régimen legal aplicable está constituido solamente por el Derecho Internacional **de los Derechos Humanos** (es decir, en ausencia de conflicto), el uso de la fuerza –sobre todo de la fuerza letal– está severamente restringido y debe responder a altos requisitos para poder ser empleada.

El régimen aplicable en ausencia de conflicto armado, entonces, señala que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida⁷². En tiempo de paz, por ende, las fuerzas estatales deben primero intentar arrestar a los sospechosos y sólo hacer uso de la fuerza cuando esto sea absolutamente necesario⁷³.

Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[s]ólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control [...] el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas [...] debe estar prohibido como regla general”⁷⁴.

⁷¹ Aunque, en estricto, no son combatientes.

⁷² Ver artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷³ Ver artículo 2.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*. Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). párrafo 83 y 84.

De forma similar, la Convención Europea de Derechos Humanos impone altos requisitos para que el uso de la fuerza letal pueda ser legal. En este sentido, el artículo 2.2 señala: “La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a. En defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b. Para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c. Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección”.

Esta estricta forma de restringir el uso de la fuerza letal por los órganos del Estado en tiempo de paz puede verse reflejada por ejemplo en el caso *McCann v. Reino Unido*, ante la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁵. En este caso, se demandaba la violación al derecho a la vida de tres terroristas del Provisional Irish Republican Army (un grupo terrorista irlandés) durante una operación de arresto en Gibraltar.

Según relata la propia Corte, las autoridades en el Peñón habían recibido reportes de que estos individuos estaban planeando detonar un coche bomba a control remoto y, por ende, se decidió que un grupo de fuerzas especiales (Special Air Service) británicas los arrestarían, contando con autorización para hacer uso de la fuerza letal en caso sea necesario para proteger la vida de los habitantes de la zona. En el curso del arresto, los soldados británicos pensaron que McCann iba a detonar la bomba y dispararon contra él, matándolo.

La Corte sentenció que si bien el uso de la fuerza letal por parte de los soldados no fue por sí mismo arbitrario ni violó el derecho

a la vida de los terroristas, la planificación y ejecución de la operación en su conjunto sí lo hizo. Para la Corte, pues, el no haber procedido a arrestar a los sospechosos en la misma frontera de Gibraltar, sino haber esperado hasta que apareciera el supuesto coche bomba⁷⁶, el hecho de que un soldado haya reportado que este vehículo **era la bomba** y no que **podía ser** la bomba que buscaban⁷⁷ y el hecho de que los soldados hayan disparado y hayan sido entrenados para matar y no simplemente para herir a sus objetivos⁷⁸, eran indicación suficiente para concluir que la operación violó los derechos humanos de los terroristas en cuestión.

Esta regulación altamente restrictiva contrasta pues con las disposiciones aplicables **en existencia** de conflicto armado, en donde lo que determina la arbitrariedad de una privación específica de la vida de una persona no es ya únicamente el régimen de Derechos Humanos, sino que estos deben ser interpretados a la luz del Derecho Internacional Humanitario, que es menos restrictivo, en el sentido de que no hay que intentar arrestar previamente a quienes participan directamente en las hostilidades, que son objetivos válidos por su mero *status*⁷⁹. En efecto: “Bajo el [Derecho Internacional Humanitario] la legalidad de atacar un objetivo depende de su *status* [...]. Un combatiente o un civil que participa directamente en las hostilidades puede ser atacado en cualquier momento mientras perdure ese estatus, siempre que el individuo no esté *hors de combat*, es decir, se rinda o esté incapacitado [...] El [Derecho Internacional Humanitario] no impone un requisito de necesidad para atacar a un objetivo que posea tal *status*. En otras palabras, no existe bajo [Derecho Internacional Humanitario] ninguna obligación de emplear primero medios no letales contra un objetivo válido o de capturar o

⁷⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *McCann y otros v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Sentencia de 27 de septiembre de 1995. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695820&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> [Visitada por última vez el 4 de febrero de 2012].

⁷⁶ *Ibid.* párrafo 203.

⁷⁷ *Ibid.* párrafo 209-210.

⁷⁸ *Ibid.* párrafo 212.

⁷⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión Consultiva sobre el caso de la Legalidad en la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares. 1996. párrafo 25.

detenerlo antes de intentar matarlo. Disparar primero es perfectamente adecuado”⁸⁰.

La diferencia entre ambos regímenes queda clara si uno compara lo antes visto en el Caso McCann con la experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tablada⁸¹, en donde se analizó la conducta de la República Argentina al retomar un cuartel del Ejército que había sido capturado por civiles armados. La Comisión había determinado previamente que la situación en Tablada había superado el umbral de meros disturbios internos y había llegado al nivel de un conflicto interno.⁸² Al hacerlo, la Comisión determinó que “[c]oncretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado **en la misma medida que los combatientes**. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada **perdieron** los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud **pacífica**”⁸³ [El énfasis es nuestro].

Así pues, existe una clara diferencia entre lo que está permitido en tiempos de paz y lo que está permitido en existencia de un

conflicto armado. En el primero, el Estado está obligado a tomar todas las precauciones posibles para evitar tener que usar la fuerza. En el segundo, en cambio, el Estado puede disparar en contra de cualquiera que participe directamente en las hostilidades.

Ahora bien, por supuesto, en este régimen, el accionar del Estado no es irrestricto, sino que debe conformarse a los principios de Distinción, Necesidad Militar y Proporcionalidad. Sin embargo, debe admitirse también que estos principios distan mucho del estándar de “necesidad absoluta” previsto en los tratados de Derechos Humanos.

Así pues, el principio de Distinción señala que “solamente los que participan en las hostilidades [...] y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, y no se podrá, por ende, atacar a la población civil”⁸⁴. Por su parte, el principio de Proporcionalidad “exige que el efecto entre los medios y métodos de combate escogidos y utilizados no sea desproporcionado con la ventaja militar que se busca obtener”⁸⁵, estando esto ligado al principio de Necesidad Militar, “que justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos”⁸⁶.

Por ende, para que la acción de un Estado en un conflicto interno sea considerada legal,

⁸⁰ MILANOVIC, Marko. “When to Kill and When to Capture”. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/when-to-kill-and-when-to-capture/> [Visitado por última vez el 23 de abril de 2012]. “Under IHL, the lawfulness of attacking a target depends on its status (which we’ve postulated for the purposes of this post). A combatant or a civilian taking a direct part in hostilities can be attacked at any time while the status persists, so long as the individual is not hors de combat, e.g. surrenders or is incapacitated. Contrary to some recent suggestions by Nils Melzer, both in the course of his academic work and in the ICRC DPH guidance, IHL does not impose a necessity requirement for attacking a target possessing such a status. In other words, there is under IHL no obligation to first employ non-lethal means against a lawful target, or to capture or detain before trying to kill. Shooting first is perfectly proper”.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137.” *Albella v. República Argentina (Tablada)*”. Reporte 55/97 de 18 de noviembre de 1997. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina11.137d.htm> [Visitado por última vez el 4 de febrero de 2012].

⁸² Esta determinación fue, sin embargo, muy polémica y muy probablemente errada, si se tiene en cuenta que la situación no parece haber involucrado ni un grupo lo suficientemente organizado (sino simplemente un grupo de ciudadanos armados que decidieron tomar un cuartel) ni un uso de la violencia lo suficientemente intenso ni prolongado (toda la situación no duró más de unos cuantos días). El análisis específico del régimen para el uso de la fuerza, sin embargo, sí resultan adecuados para nuestros propósitos.

⁸³ Caso Tablada. párrafo 178.

⁸⁴ SALMON GÁRATE, Elizabeth. Op. cit. p. 92.

⁸⁵ *Ibid.* p. 94.

⁸⁶ *Loc. cit.* Para un análisis más detallado sobre los alcances del principio de necesidad militar ver: OHLIN, Jens David. “The Duty to Capture”. En: *Minnesota Law Review* 97. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2131720.

tiene que ser una acción proporcional y militarmente necesaria dirigida en contra de los miembros de un grupo armado organizado o de civiles que participen directamente en las hostilidades. Esto significa, por ejemplo, que el Estado no puede simplemente matar indiscriminadamente a los integrantes de un pueblo que sea sospechoso de estar infiltrado por terroristas y no puede asesinar sin previo juicio a aquellos (presuntos) terroristas que haya apresado. Pero, a la vez, significa que sí podrá, por ejemplo, tomar por asalto un campamento terrorista y usar fuerza letal contra sus integrantes, sin que haya ninguna necesidad de apresarlos primero.

La idea es, entonces, brindar a las Fuerzas del Orden la flexibilidad necesaria que les permita lograr una eficaz defensa del Estado, en circunstancias cuya gravedad exige una interpretación diferente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al mismo tiempo que se procura impedir a los agentes del Estado abusar y violar las nociones más básicas de humanidad (como la prohibición de la tortura y las ejecuciones extrajudiciales) en contra de aquellas personas que precisamente se encuentran en situación más vulnerable: Los civiles y aquellos subversivos que ya se encuentren bajo el control del Estado o que no representen un real peligro por estar fuera de combate.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de estos párrafos hemos ofrecido un análisis completo de lo sucedido en el Perú en los ochentas y noventas, llegando a la conclusión de que estos hechos califican jurídicamente como un conflicto armado interno. Para muchos en nuestro país, como hemos visto, esta determinación es sinónimo de debilidad; de un Estado que no sólo es “permisivo” con el terrorismo, sino que le otorga “legitimidad” a sus actos y “victimiza” a los responsables⁸⁷.

De acuerdo con lo analizado en este artículo, sin embargo, una conclusión semejante no sería consecuente con la realidad. Las

normas aplicables durante un conflicto interno sencillamente no son permisivas si se las compara con las normas aplicables en ausencia de conflicto; no legitiman los actos terroristas en la medida en que no brindan privilegio de combatiente a quienes participan directamente en las hostilidades; no implican un reconocimiento de beligerancia y no victimizan a los terroristas en tanto no sólo permiten, sino que obligan al Estado a sancionar penalmente a quienes cometan estos despreciables actos.

Además, la controversia que este tema suscita en el Perú resulta irónica, si se tiene en cuenta que el mismo debate ha tomado una dimensión completamente opuesta más allá de nuestras fronteras. En efecto, todo el problema causado por la “Guerra contra el Terrorismo” de Estados Unidos puede resumirse en un tira y afloja entre un Gobierno que quiere encontrar la existencia de conflicto armado en la mayor cantidad posible de países, a fin de poder beneficiarse de sus disposiciones más permisivas para lidiar con los integrantes de Al-Qaeda, y una oposición y sociedad civil preocupadas por estas interpretaciones expansivas, que preferirían más bien la utilización del régimen más restrictivo aplicable en tiempo de paz en el mayor número posible de lugares⁸⁸.

Así, dadas las características de los regímenes legales aplicables en tiempo de paz y en tiempo de conflicto, tradicionalmente son las izquierdas progresistas, temerosas de los abusos que pueda cometer el Estado, las que suelen buscar las interpretaciones que más restrinjan la aplicación del régimen legal de los conflictos armados, buscando en cambio regular la acción del Estado por el régimen menos permisivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cambio, sucede lo contrario con las derechas conservadoras que, deseosas de poder lidiar con el terrorismo de las formas más amplias y flexibles posibles, suelen preferir el régimen aplicable en los conflictos armados por sobre el aplicable en tiempos de paz.

⁸⁷ Ver, por ejemplo: MARIÁTEGUI, Aldo. “¿CVR en el Colegio? ¡No!”. En: Diario Correo. Disponible en: <http://diariocorreo.pe/columna/64736/cvr-en-el-colegio-no/> [Visitada por última vez el 8 de abril de 2012].

⁸⁸ Ver, por ejemplo: ANDERSON, Kenneth. “Targeted Killings and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a ‘Legal Geography of War’”. En: BERKOWITZ, Peter (Editor). “Future Challenges in National Security and Law”. Stanford University. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1824783 [Visitada por última vez el 9 de abril de 2012].

Lo curioso, entonces, es que en nuestra versión de este debate sucede exactamente lo opuesto: Es nuestra izquierda progresista la que se esmera en demostrar que hubo un conflicto armado, al mismo tiempo que asume las interpretaciones legales más restrictivas para condenar la respuesta contrasubversiva del Gobierno; y es nuestra derecha conservadora la que más se resiste a su aplicación al mismo tiempo que critica a los progresistas por no querer combatir al terrorismo de la forma más flexible posible.

Este debate entre progresistas y conservadores, entonces, termina siendo un sinsentido que se aleja del interés general del resto (y mayoría) del país, que, en estas épocas de paz y progreso, más que cerrados debates ideologizados, necesita una real reconciliación que nos una como nación.

En esta línea, la conclusión más razonable a la que podría llevarnos lo visto en los párrafos precedentes es que la existencia del conflicto armado nos permite tomar lo mejor de ambos mundos, en la medida en que brinda herramientas eficaces al Estado para luchar en contra del enemigo terrorista, pero lo hace en un marco de respeto por aquellas condiciones mínimas de humanidad que requiere una sociedad civilizada. Y es que buscar brindar a un Estado herramientas que excedan este límite no sólo implica abandonar las bases morales que precisamente sustentan el

derecho de la sociedad de defenderse del enemigo terrorista, sino que implica confiar que la pesada y poderosa maquinaria de guerra estatal será cruel e inclemente sólo con quienes nosotros creemos que debe serlo, respetando al mismo tiempo nuestros derechos de ciudadano inocente. La verdad es, sin embargo, que un Estado desatado, capaz de torturar y capaz de ejecutar prisioneros sin previo juicio, difícilmente se tomará la molestia de indagar qué personas son merecedoras de derechos y qué personas no.

Así pues, tal vez debiéramos dejar de ver el tema del conflicto armado como un punto de inflexión que divida a nuestra sociedad entre quienes creen en un Estado respetuoso de los Derechos Humanos y quienes creen en un Estado que pueda combatir eficazmente el terrorismo. Es posible concebir un Estado que haga ambas cosas simultáneamente.

Y es que, después de todo lo que ha atravesado nuestro país, sería simplemente una lástima que veamos nuestra historia reciente reducida a una pelea por rótulos que empañe la memoria de aquellas personas y aquellas historias que realmente deberíamos honrar y recordar; no tenemos que escoger entre “conflicto armado” y “violencia terrorista”; podemos simplemente reconocer que en esos oscuros años el Perú padeció de **ambas** cosas.

Siempre innovando



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
RAMIREZ
PEREZ-TAIMAN
& OLAYA
Abogados

Las Begonias 475, 6to piso · Lima 27 · Perú · **T** (51-1) 611 7000
F (51-1) 611 7010 / 611 7020 · **Tele Conf** (51-1) 212 5053

LIMA · TRUJILLO · AREQUIPA · CHINCHA · ICA · PIURA · CUSCO · CHICLAYO · TACNA · GUAYAQUIL · QUITO

www.munizlaw.com

LA IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO AL DERECHO: ASUMIENDO NUEVOS RETOS*

Julissa Mantilla Falcón**

Hablar de la aplicación de una perspectiva de género en el Derecho constituye, simultáneamente, un reto y un aporte. Reto porque –no obstante los últimos avances doctrinarios y jurisprudenciales– lo cierto es que aún no se entiende con claridad la importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho como una perspectiva fundamental para su desarrollo y análisis. Pero también es un aporte, porque la aplicación de este enfoque permite dar una dimensión más completa al Derecho, como una herramienta de cambio que contribuye de manera importante al reconocimiento de los Derechos Humanos y a la lucha contra la discriminación.

En el siguiente artículo, la autora busca revisar algunas nociones básicas y brindar ejemplos acerca de cómo la aplicación de una perspectiva de género cambia la visión que muchos abogados y abogadas tenemos sobre el Derecho. Sólo teniendo presente esta perspectiva de género, podremos concebir e implementar los Derechos Humanos en su real dimensión.

* Algunos elementos de este artículo se han tomado del documento de Género y Política Criminal elaborado por la autora como insumo para el “Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano”, elaborado por la Comisión de Política Criminal en Colombia, 31 de marzo de 2012.

** Abogada. LLM en Derechos Humanos por The London School of Economics. Consultora internacional en Género y Justicia Transicional.

I. PUNTO DE PARTIDA: SOBRE EL CONCEPTO DE GÉNERO

La noción de género surge en los años setenta para referirse a la distinción entre el sexo y los ordenamientos socioculturales construidos a partir de las diferencias corporales. Sobre la base de una serie de investigaciones y estudios que pretendían explicar la situación mayoritaria de subordinación y de desconocimiento de derechos que sufrían las mujeres, el concepto revoluciona en comparación con la forma como se venía tratando el tema hasta entonces.

Con el desarrollo de los estudios de género y la expansión del uso del término en sí, se van distinguiendo algunos usos del concepto que varían desde aquellos que identifican la noción de género con “las mujeres” y aquellos que lo refieren como “la construcción cultural de la diferencia sexual, aludiendo a las relaciones sociales de los sexos”¹.

En esta línea, nuestra aproximación entiende el género como “el conjunto de creencias, prescripciones y atribuciones que se construyen socialmente tomando a la diferencia sexual como base”². Es decir, mientras el término “sexo” se usa para referirse a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos entre los seres humanos³ –creando categorías entre hombres y mujeres– al hablar de género nos referimos a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Así, mientras el sexo biológico está determinado por características genéticas, “el género es una identidad adquirida y aprendida que varía ampliamente intra e interculturalmente. El género es relacional ya que no se refiere exclusivamente a las mujeres o a los hombres, sino a las relaciones entre ambos”⁴.

Cada sociedad construye y elabora lo que considera como “lo masculino” y “lo femenino”, y a partir de allí se establecen las obligaciones sociales de cada sexo, con una serie de normas y prohibiciones simbólicas⁵, que incluyen, además, una heterosexualidad dominante como norma. En este sentido, se “naturalizan funciones sociales y se socializan funciones naturales”⁶.

Tradicionalmente, lo asociado a lo femenino –o, en términos más generales, lo “no masculino”– ha sido considerado de menor valor y en situación de subordinación, lo cual ha tenido un impacto negativo importante en el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos de las mujeres. La construcción del concepto de género partiendo de esta distinción fue una elaboración teórica y política que permitía “convertir la lucha entre los sexos (entre hombres y mujeres) en una lucha contra el género (de hombres y mujeres)”⁷.

Adicionalmente, el concepto constituye una herramienta y una categoría de análisis que permite conocer las diferentes dimensiones que abarca la discriminación contra las mujeres y las estrategias necesarias para combatirla. Es decir, no se niega el punto de partida: Que la discriminación contra las mujeres es una realidad generalizada y que la respuesta institucional y normativa no ha sido la más adecuada. Pero se da un paso más y, mediante el análisis del proceso de socialización de las personas, se identifica los roles, identidades y estereotipos que contribuyen a la referida situación de discriminación.

Y, precisamente, ha sido esta posibilidad de visibilización de los derechos de las mujeres y el reconocimiento de la discriminación que padecen, lo que ha llevado a que, en

¹ LAMAS, Marta. “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”. En: <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/USOSCATEGORIAGENERO-MARTA%20LAMAS.pdf>. p. 5.

² LAMAS, Marta. “El género es cultura”. En: http://www.aieti.es/cultura/upload/documentos/CXQY_CULTURA_Y_GENERO_MARTA_LAMAS.pdf. p. 1.

³ JARAMILLO, Isabel. *La crítica feminista al derecho*, en *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2000. p. 2.

⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIONES Y CAPACITACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA MUJER. “Glosario de género”. En: <http://www.un-instraw.org/es/index.php?option=content&task=view&id=37&Itemid=76>. Consulta: El 17 de setiembre del 2008.

⁵ LAMAS, Marta. “El género es cultura”. Op. cit. Loc. cit.

⁶ ZAIKOSKI, Daniela. “Género y Derecho Penal: Tensiones al interior de sus discursos”. En: *La Aljaba* 12. 2008. p. 119.

⁷ JARAMILLO, Isabel. Op. cit. pp. 2 y siguientes.

muchas circunstancias, se utilice el término “género” como sinónimo de “mujer” y no como una herramienta conceptual “para explicar el carácter de la relación asimétrica entre hombres y mujeres por sus relaciones de poder”⁸. En este marco, se debe precisar que resulta válido realizar estudios y adoptar medidas que enfatizan la situación de los derechos de las mujeres ya que –precisamente– el análisis de género permite identificar situaciones discriminatorias contra ellas que requieren la implementación de medidas y programas dirigidos a contrarrestar esta situación. En esta línea de pensamiento, se deben entender, por ejemplo, las leyes de cuotas para la participación política: No son leyes discriminatorias contra los hombres, sino mecanismos que se establecen dada la reducida participación de las mujeres en la política, como consecuencia de la discriminación y del poco respeto a sus derechos.

En suma: “[L]a perspectiva de género implica por un lado, una crítica a la visión exclusiva del mundo en clave masculina y por otro, una relectura y re-significación de la historia, de la sociedad, la cultura, la economía y la política. De lo que se trata es de hacer relecturas, re-significaciones y re-conceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado del mundo y de la realidad; de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias”⁹.

Finalmente, se debe tener presente la denominada interseccionalidad en las situaciones de discriminación, que implica tener en cuenta las diferencias y las diversas identidades que se construyen con base a la edad, el origen social, la capacidad económica, el origen rural o urbano, la etnicidad, que se identifican entre las mujeres y que hace que el análisis no pueda ser ni unilateral ni simple.

II. APLICANDO UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO AL DERECHO

La aplicación de una perspectiva de género permite observar y entender el impacto diferenciado de programas, proyectos, políticas y normas jurídicas sobre las personas, con el fin de evitar que se reproduzcan situaciones de discriminación y exclusión y que, por lo tanto, se pueda brindar una mejor y mayor protección a sus derechos. Por tanto, la perspectiva de género debe considerarse como “una estrategia para asegurar que las experiencias y preocupaciones, tanto de los hombres cuanto de las mujeres, constituyan una dimensión integral en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en las esferas políticas, económicas y sociales, de modo que hombres y mujeres se beneficien igualmente y que las desigualdades no se perpetúen”¹⁰.

Evidentemente, esta tarea se vuelve un reto enorme cuando se trata de aplicar la perspectiva de género al Derecho. En este punto, es importante referir las críticas desde el feminismo, que han hecho evidente la perspectiva androcéntrica del Derecho y cómo la aparente neutralidad de sus normas e instituciones resulta siendo causa y consecuencia de construcciones sociales y culturales que refuerzan modelos estereotipados y discriminatorios. Esta crítica al Derecho abarca la teoría, las instituciones y los métodos de análisis jurídico¹¹.

En lo que Facio ha llamado “el androcentrismo del Derecho”¹², se plantea que esta disciplina –como producto de sociedades patriarcales– ha sido construida desde el punto de vista masculino, reflejando valores, necesidades e intereses masculinos. En este sentido, incluso en aquellos casos en que se pretenda proteger los intereses y necesidades de las mujeres, el problema radica en que la aplicación del Derecho

⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. “Curso Autoformativo en Género, Módulo 1: Marco Conceptual, Unidad 1: Introducción a los Derechos Humanos y la perspectiva de género”. En: <http://www.aulainteramericana.com/>. p. 15.

⁹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”. San José: IIDH. 2008. p. 174.

¹⁰ ESCUELA JUDICIAL ‘RODRIGO LARA BONILLA’. “Género y Justicia”. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2009. p. 135.

¹¹ JARAMILLO, Isabel. Op. cit. p. 13.

¹² FACIO, Alda. “Hacia otra teoría crítica del Derecho”. En: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/FACIO_ALDA_Hacia_otra_teoría_crítica_del_derecho.pdf.

queda a cargo de instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, todo lo cual tiende a desfavorecer a las mujeres¹³. Por ello, las mujeres son tratadas sin que la diferencia con los varones sean tomadas en cuenta¹⁴, lo cual genera más situaciones discriminatorias.

Puede afirmarse, entonces, que el Derecho tiene género y, a la vez, se constituye como “una estrategia creadora de género”, partiendo de una visión de tipo esencialista sobre las mujeres, atribuyéndoles cualidades universales y eternas que se naturalizan, las cuales son la base para el otorgamiento o negación de derechos¹⁵.

Aplicar una perspectiva de género al Derecho, por tanto, implica identificar cuándo las diferencias entre las personas –por el hecho de ser hombres o mujeres o por asumir roles masculinos o femeninos– les significa ser o no titulares de derechos y les facilita o dificulta ejercerlos y reclamarlos¹⁶. Y esta identificación –que antes era evidente en normas expresamente discriminatorias y excluyentes hacia las mujeres– se sigue presentando en la aplicación de la normatividad. Muchas veces, el problema en sí no está en las normas jurídicas, sino en la forma como se interpretan e implementan.

En términos generales, entonces, puede decirse que el Derecho pasa de ignorar las referencias específicas sobre las mujeres en normas aparentemente neutrales, hacia un reconocimiento expreso de la lucha contra la discriminación y de sus derechos humanos. Sin embargo, el problema fundamental radica en la aplicación de la normatividad y en la falta de respuesta que el Derecho puede brindar ante situaciones complejas y que afectan directamente a las mujeres, así como en la recurrencia a estereotipos que consagran la desigualdad y la discriminación.

III. UNO DE LOS MAYORES PROBLEMAS: LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN EL DERECHO

En general, puede decirse que los estereotipos constituyen “una visión o idea preconcebida generalizada de atributos o características que los integrantes de un grupo particular poseen o deberían llevar a la práctica”¹⁷. Estas ideas preconcebidas y generalizadas, tienen un componente claramente discriminatorio al ignorar las características individuales y presumir que existen cualidades predeterminadas y obligatorias para las personas que pertenecen a determinado grupo.

Los estereotipos de género, por tanto, presumen como ciertas “cualidades masculinas” y “femeninas” y consagran situaciones discriminatorias. Frases del tipo “las mujeres son más honestas” o “los hombres controlan mejor sus emociones” que son repetidas continuamente van consagrando ideas preconcebidas que tienen un impacto negativo, aun cuando aparentemente no se vea así. De esta forma, considerar la honestidad como una cualidad propia de las mujeres podría ser visto como algo positivo. Sin embargo, eso hace que muchas veces las faltas y delitos cometidos por las mujeres reciban mayor reprobación y condena. Por otro lado, si se considera que el control de las emociones es un atributo masculino, es evidente que eso influirá en que los hombres tengan siempre mejores posibilidades de acceder a puestos de empleos que las mujeres.

Como ha dicho la Corte Interamericana en el caso Campo Algodonero, la subordinación de la mujer puede ser asociada a “prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial”¹⁸.

¹³ JARAMILLO, Isabel. Op. cit. pp. 13 y siguientes.

¹⁴ SMART, Carol. Citada en: ZAIKOSKI, Daniela. Op. cit. p. 121.

¹⁵ *Ibid.* pp. 121-122.

¹⁶ CÉSPEDES, Lina. “Género y Derecho”. En: PROFIS. “Visibilizar la violencia de género: Sistematización de la experiencia en género”. Bogotá: Agencia Alemana para la Cooperación Internacional. 2011. p. 20.

¹⁷ COOK, Rebecca y Simone CUSACK. “Estereotipos de género: Perspectivas legales transnacionales”. Citado en: KATHAMBI, Kinoti. “Desmantelando Los Estereotipos De Género: El Rol De Las Leyes”. En: <http://awid.org/esl/Library/Desmantelando-los-estereotipos-de-genero-El-rol-de-las-leyes>.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (campo algodonero) v. México*. Párrafo 401.

Estos estereotipos, dice la Corte, “se convierten en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹⁹.

Ahora bien, la lucha contra los estereotipos no sólo debe hacerse desde el Derecho, sino desde ámbitos como la educación, donde se crean y refuerzan las visiones tradicionales y discriminatorias, tal como ha señalado la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual reconoce el papel desempeñado por la cultura y la tradición en la limitación del ejercicio por la mujer de sus derechos fundamentales, ya que “la cultura y la tradición se manifiestan en estereotipos, hábitos y normas que originan las múltiples limitaciones jurídicas, políticas y económicas al adelanto de la mujer”²⁰.

En este punto, es importante analizar cómo estos estereotipos se verifican internacionalmente en doctrina, normas jurídicas y la jurisprudencia.

El caso de la violación sexual es un buen ejemplo de cómo los estereotipos y los mitos han primado en la forma como el Derecho ha respondido ante este crimen. Entre ellos²¹ se encuentra la idea de que la violación sexual sólo es cometida por extraños; la definición de la figura de los agresores como enfermos mentales y la idea de que las mujeres denuncian haber sido abusadas sexualmente por venganza o celos. Otros estereotipos –vinculados al tema del consentimiento– tienen como sustrato la idea de que sólo las mujeres vírgenes y “honestas” pueden ser violadas y no aquellas mujeres con amplia experiencia sexual o cuya vestimenta y comportamiento puedan interpretarse como incitadores de la agresión. A esto se une la exigencia de una resistencia física constante por parte de la víctima para considerar que se trata de un acto sexual no consentido.

Estos estereotipos se refuerzan en textos doctrinarios, tal como ejemplifica Di Corleto, al citar una obra de Soler que –al momento de hablar de la violación sexual– señala: “Para que se configurara el delito de violación el autor debía vencer una resistencia seria y constante” y que no “debe confundirse la verdadera violencia –que generalmente dejará en las ropas y el cuerpo de la víctima otras señales que la del acto sexual mismo– con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consiente”²².

Pero los estereotipos también se encuentran en las normas jurídicas, tal como sucede en el Código Penal de Venezuela (2000)²³ que, si bien penaliza los actos de violación sexual, establece que si la víctima es una prostituta, las penas establecidas por la ley se reducirán a una quinta parte. Es decir, a diferencia de lo que sucede con otros tipos penales, en este caso es la condición de la víctima la que determina la penalidad que debe recibir el agresor.

Y, además de la doctrina y la norma, es evidente que estos estereotipos también se encuentran en las sentencias judiciales. Así por ejemplo, en el 2004, una sentencia en Barcelona –al momento de liberar al agresor de violencia contra su pareja– se refiere a la víctima, diciendo que durante los tres días del juicio “iba vestida cada día diferente, a la moda, con anillos, pulseras y curiosos pendientes”²⁴. La pregunta que cabe es qué importancia puede tener la apariencia y la forma de vestirse de una víctima de violencia en un proceso judicial. Y, sin embargo, el que el juez haya incluido una referencia de este tipo en su sentencia, evidencia que esto resultaba importante para su fallo, que –finalmente– libera al agresor.

Es lógico pensar entonces que, si los y las estudiantes de Derecho se forman con

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Introducción”. En: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). 1979.

²¹ DI CORLETO, Julieta. “Límites a la prueba del consentimiento en los delitos sexuales”. En: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/genero66.pdf>. p. 6.

²² SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. Buenos Aires: Editorial Tea. 1992. p. 307. Citado por: DI CORLETO, Julieta. Op. cit.

²³ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf.

²⁴ http://elpais.com/diario/2004/01/22/sociedad/1074726007_850215.html.

documentos y normativa de este tipo, en el ejercicio de su carrera profesional, seguirán repitiendo estos estereotipos, afectando gravemente el acceso a la justicia de las mujeres.

IV. EL ANÁLISIS DE GÉNERO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un campo donde la falta de una perspectiva de género se evidencia es en el ámbito internacional de los Derechos Humanos. Por ejemplo, si se revisan los primeros documentos internacionales –tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)– comprobaremos que sólo se incluye una referencia general al principio de no discriminación y un lenguaje aparentemente neutral que no hace distinciones entre hombres y mujeres pero que en el fondo refleja la exclusión de éstas.

Va a ser a raíz de las luchas de los movimientos de mujeres y de las Conferencias Internacionales de Naciones Unidas que se desarrolla una serie de discusiones y debates internacionales que permiten constatar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo no había sido diseñado desde una perspectiva de los derechos de las mujeres, sino que además sus estándares y normativas se habían consolidado dejándolas de lado.

En este contexto de debate internacional, la situación generalizada de discriminación y violencia contra las mujeres era uno de los puntos cruciales. En el caso concreto de la violencia, ésta había sido identificada tradicionalmente como una conducta del ámbito privado, no había sido concebida como una violación de Derechos Humanos y por tanto, la respuesta estatal había sido muy limitada.

Fue gracias a los movimientos de las mujeres, que se empieza a considerar la violencia

contra las mujeres como una conducta que debía prevenirse, sancionarse y erradicarse. Las primeras iniciativas en la década de los setenta estuvieron centradas principalmente en la violencia que ocurría en la familia, pero en los ochenta –en las Estrategias de Nairobi– se reconocieron diversas manifestaciones de violencia, incluyendo la trata, la prostitución involuntaria, la situación de las mujeres privadas de libertad y en los conflictos armados. Efectivamente, al ser un hecho no denunciado, la violencia contra las mujeres no era considerada una violación de Derechos Humanos ni un delito que ameritaba contar con la normatividad adecuada, permitir el acceso a la justicia a las mujeres víctimas y lograr el cumplimiento y la aplicación efectiva de las leyes a nivel nacional²⁵.

Por ello, la respuesta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos será la elaboración de tratados específicos y, en 1979, se aprueba la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual establece la obligación de los Estados parte de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre, en particular en las esferas política, social, económica y cultural²⁶. En 1992, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer elaboró la Recomendación General 19²⁷, donde se establece que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que le inhibe gravemente de la capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

Será en la década de los 90 en que se dé el paso adicional que permitirá el reconocimiento de la violencia contra la mujer como una forma de discriminación y una cuestión

²⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Informe del Secretario General: Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”. 2006. pp. 15 y siguientes.

²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)”. 1979. artículo 3. En: <http://www.cajpe.org.pe/rrij/>.

²⁷ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. “Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su onceavo período de sesiones”. En: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgeneral19.htm>.

de Derechos Humanos²⁸, al aprobarse la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belem do Pará– de 1994 que da una definición de violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Asimismo, señala que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica (i) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; (ii) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y (iii) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra²⁹. Finalmente, la Convención consagra el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público cuanto en el privado.

Es muy importante resaltar que la consideración de la violencia contra la mujer como una violación de los Derechos Humanos permite hablar de **obligaciones reforzadas**³⁰ de los Estados cuando no previenen, investigan, sancionan y reparan estos actos.

Hay, además, un deber de “debida diligencia” que debe primar en las actuaciones del Estado, no sólo cuando el perpetrador es un

agente público sino, además, en los casos en que los agentes sean particulares o no se los haya identificado³¹. En este tema, se puede hablar a nivel internacional de una norma del Derecho Internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer³². Pero además, el estándar internacional permite reconsiderar la norma de debida diligencia para enfatizar “la obligación del Estado de transformar los valores e instituciones sociales que sostienen la desigualdad de género, al tiempo que se responde efectivamente a la violencia contra la mujer cuando se produce”³³.

En este marco, se ubica la obligación de prevenir las violaciones de Derechos Humanos y, en el caso concreto de las mujeres, esto debe traducirse en potenciar su rol en la vida social, mediante actividades en el campo de la educación, la formación y el acceso a recursos productivos, con el objetivo de aumentar la autosuficiencia de las mujeres a fin de que se logre entender que la violencia y la subordinación no son su destino insoslayable³⁴.

V. RECONSTRUYENDO EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS DESDE EL ANÁLISIS DE GÉNERO: LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Actualmente, se entiende que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que incluye formas de violencia física, psicológica y sexual. Sin embargo, va a ser recién en la década de los noventa cuando la violencia contra las mujeres fuese reconocida como una violación de Derechos Humanos. Asimismo, en esta década la violencia sexual fue considerada como un crimen internacional, luego del desarrollo jurisprudencial de los Tribunales

²⁸ Al respecto, elementos fundamentales fueron la Recomendación General 19 del Comité de la CEDAW de 1992, la Plataforma de Acción de Viena de 1993 y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujeres de 1993.

²⁹ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará). 1994. artículos 1 y 2. En: <http://www.cajpe.org.pe/rij/>.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Campo Algodonero v. México”. Sentencia de Fondo del 16 de noviembre del 2009.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Velásquez Rodríguez”. Sentencia de 29 de julio de 1988. párrafo 172.

³² RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. “La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer”. 2006.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y de la aprobación del Estatuto de Roma.

La pregunta que suele hacerse en este punto es por qué un énfasis en las mujeres como víctimas de violencias, si los hombres también pueden ser víctimas de agresiones físicas y sexuales. Lo que sucede es que el caso de las mujeres como víctimas de violencia se enmarca en una situación extendida, que tiene consecuencias específicas y particulares –por ejemplo, el embarazo producto de violación sexual– y que es causa y consecuencia de otro tipo de discriminaciones, por ejemplo, cuando las mujeres pretenden acceder a la justicia u obtener reparación por los hechos violatorios a sus derechos.

De otro lado, que numéricamente sean las mujeres las víctimas mayoritarias de un hecho nos está hablando de un fenómeno más amplio que agresiones ocasionales y que involucran elementos de poder y dominación que no necesariamente se encuentran en las agresiones a los hombres.

De acuerdo con ONU Mujeres¹, la violencia contra las mujeres y las niñas, “es una manifestación extrema de la desigualdad y discriminación por motivo de género y a la vez una herramienta, a veces mortal, para mantener su situación subordinada. Ninguna mujer o niña está completamente libre del riesgo o alcance de esta pandemia mundial”³⁵.

Sin embargo, la violencia contra las mujeres y las niñas, continúa existiendo debido a que los diferentes Estados no han tomado medidas efectivas para hacerle frente o han tolerado y permitido su ocurrencia, permitiendo que tome fuerza la idea de que la violencia contra las mujeres es aceptable. Ello se evidencia, por ejemplo, en (i) la ambivalencia del Estado en el momento de regular las relaciones en el ámbito privado; (ii) la falta de leyes sobre

violencia doméstica; (iii) la resistencia a reconocer la violación conyugal como delito; y (iv) la inmunidad de los “crímenes de honor”. Por ejemplo, en materia de penalización de la violencia sexual, si bien casi todos los Estados la contemplan, en muchos casos “formulan el problema en términos de indecencia o inmoralidad, o como un crimen contra la familia o la sociedad, en lugar de una violación de la integridad corporal de un individuo”³⁶.

La violencia contra las mujeres, por tanto, es un ejemplo de violencia de género que ha sido tardíamente reconocida por el Derecho y que necesita una respuesta integral por parte del Estado.

VI. APLICANDO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO A NUEVOS CAMPOS: LA POLÍTICA CRIMINAL³⁷

La política criminal puede ser definida como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”³⁸. Como se sabe, estas respuestas son de la más variada índole y no se reducen al ámbito penal. Los objetivos de la política criminal no son sólo la prevención y represión del delito, sino también lo relativo a la política penitenciaria, los fines de la pena y el funcionamiento del proceso penal³⁹. En todos los ámbitos reseñados, un enfoque de género será útil y necesario.

Tradicionalmente, no se ha entendido la importancia de la perspectiva de género en la política criminal. Sin embargo, esta perspectiva tiene su fundamento en las normas constitucionales y los tratados internacionales que los Estados han suscrito,

¹ Nota del Editor: ONU Mujeres es la Entidad de Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer. Fue creada en julio de 2010 por acuerdo de Asamblea General de Naciones Unidas.

³⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “ONU Mujeres. Informe: El Progreso de las Mujeres en el Mundo: En Busca de la Justicia”. 2011. p. 32.

³⁶ *Ibíd.* p. 33.

³⁷ Mayor desarrollo de este tema puede encontrarse en: MANTILLA, Julissa. “Enfoque de género, derechos de las mujeres y política criminal: Algunos aportes para Colombia”. Bogotá. 2012.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-646. 2001.

³⁹ MARTÍNEZ, Mariana. “Las instituciones y la política criminal: Articulación y coordinación de aspectos estratégicos y operativos”. Documento interno de la Comisión de Política Criminal. 2012.

tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belem do Pará. Ambos documentos constituyen el *corpus juris* internacional en materia de protección de los derechos de las mujeres.

En esta línea, el principio de no discriminación debe ser una de las guías fundamentales de la política criminal, entendiéndose que se define la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades de todas las personas. Debe tenerse en cuenta, además, una aproximación al tema desde la interseccionalidad, como ya se ha referido. Por tanto, sin un enfoque de género, la política criminal –diseñada en forma aparentemente neutral– podría terminar siendo discriminatoria, al no considerar las necesidades y circunstancias específicas de las poblaciones involucradas.

Un ámbito importante de la política criminal es el de la situación carcelaria, donde se hace primordial aplicar un análisis diferenciado, ya que existen situaciones específicas de las mujeres que deben ser consideradas. Dado que el número de mujeres en prisión es inferior al de los hombres, las prisiones no han sido diseñadas pensando en las diferencias de género ni en las particularidades de las mujeres para temas como las visitas conyugales, la situación de niños y niñas que deben vivir en prisión con sus madres, las necesidades particulares de las mujeres en materia de salud, especialmente salud reproductiva, por citar sólo algunos temas.

En este punto, es importante referirse a algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, que considera como discriminatorios y violatorios de Derechos Humanos ciertos hechos que afectan exclusi-

vamente a las mujeres. Así, por ejemplo, en el 2005 la Corte se pronunció señalando que la prohibición de ingreso el día de visita a mujeres en período de menstruación en la Cárcel Distrital Villahermosa de Cali, era inconstitucional⁴⁰.

En esta resolución, la Corte hace referencia a otra sentencia –la T-622 del 2005– y reitera que “[...] el período menstrual como ciclo natural y biológico que es, hace parte de la intimidad corporal de la mujer, de su fuero interno y de su dignidad como ser humano, de manera que no debe ponerse en evidencia la época en la cual cada mujer esté en ese período, porque por sí mismo no tiene la posibilidad de provocar incidencia alguna en las demás personas, ni mucho menos en los ambientes en que se desenvuelve por lo que, además, a nadie debe interesar o afectar”. La Corte dice, por lo tanto, “que las autoridades carcelarias no pueden –so pretexto de que la mujer que se encuentre con el período menstrual, podría aprovechar esa circunstancia para afectar la seguridad del centro carcelario y cometer ilícitos– vulnerar el derecho de la mujer a no hacer explícita esa situación natural, íntima y personal.” Asimismo, esta prohibición de las autoridades carcelarias permitió que la Corte verificara que las requisas vaginales se venían efectuando en el referido centro penitenciario, no obstante haberse establecido reiteradamente en la jurisprudencia constitucional que una requisita de tal tipo “constituye una violación al derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12), norma fundamental de aplicación universal”. Por ello, la Corte concluye que “la prohibición de ingresar a la cárcel a las mujeres que tengan el período menstrual, desconoce los derechos a la intimidad y a la integridad personal, así como a la dignidad y a la igualdad de todas las mujeres que han sido sometidas a esa discriminación”.

Es importante mencionar que en esta sentencia, la Corte señala la existencia de múltiples discriminaciones contra las mujeres verificadas en el contexto de las requisas. Así, por ejemplo, la Corte se refiere a la sentencia T-624 de 2005⁴¹, sobre la exigencia de las mujeres visitantes de usar falda para ingresar

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1069. 2005.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-624. 2005.

y permanecer dentro del establecimiento penitenciario. En este caso, no existía norma escrita sino una instrucción verbal de las autoridades carcelarias, con lo cual, la Corte concluye que se había incurrido en una clara vulneración de los siguientes derechos fundamentales: (i) Al debido proceso, por cuanto no existía norma que contenga esa exigencia; (ii) a la igualdad, ya que no existe fundamento razonable para exigir a las mujeres visitantes del reclusorio el uso de falda para ingresar a sus instalaciones, pues esa norma no existe ni se aplica para los hombres y, por tanto, implica un trato desigual, no justificado ni permitido por la Constitución y (iii) al libre desarrollo de la personalidad, al imponerse una determinada forma de vestir, con una determinada prenda, sin que tenga motivo jurídico que lo explique.

Como se ve, estos avances constitucionales del ámbito colombiano son importantes porque aplican el análisis de género al tratar de manera diferenciada una situación como los días de visita en las prisiones, desarrollan un análisis específico para las mujeres y reconocen que ciertas prácticas reconocidas como normales y comunes, pueden afectar los derechos de las personas si no se tiene en consideración el análisis diferenciado.

VII. LOS NUEVOS CAMPOS: JUSTICIA TRANSICIONAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Un ámbito fundamental y novedoso para la aplicación de la perspectiva de género es la justicia transicional, entendida como el conjunto de procesos mediante los cuales “se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”⁴². Estos procesos se inician, tradicionalmente, en el marco de las transiciones de la dictadura a la democracia y de conflicto armado a

la paz⁴³ y tienen entre sus propósitos dar respuesta a situaciones graves de violaciones de Derechos Humanos y crímenes atroces. Los mecanismos de la justicia transicional pueden ser judiciales y no judiciales, incluyendo procesos de juzgamientos individuales, programas de reparaciones, mecanismos de búsqueda de la verdad y construcción de la memoria, reformas institucionales, veto en la administración pública para violadores de Derechos Humanos, garantías de no repetición, entre otros.

Un proceso de justicia transicional implica una tensión entre las obligaciones internacionales de juzgar y sancionar a los responsables de crímenes atroces frente a las realidades políticas que hacen muy difícil la imposición de estas sanciones, sobre todo cuando hay un proceso de paz pendiente⁴⁴. De allí las dificultades y los retos que implica la justicia transicional, retos que se hacen aún más grandes cuando se pretende incorporar una perspectiva de género, como se verá más adelante.

Existen diversos aportes internacionales y documentos que han venido dando línea sobre los elementos y desarrollos de la justicia transicional. Entre ellos, sin duda, uno de los fundamentales es el de “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” del 2006⁴⁵. Este texto se fundamenta en el derecho de las víctimas, resaltando además que estos principios y directrices no implican nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme al Derecho Internacional. Es importante recordar que los principios y directrices constituyen “el estándar mínimo en

⁴² UPRIMNY, Rodrigo; BOTERO catalina; SAFFON, María Paula y Esteban RESTREPO. “¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia”. Bogotá: Dejusticia. 2006. p. 115.

⁴³ Sin embargo, hay experiencias como la colombiana que vienen incorporando medidas de tipo transicional en plena vigencia del conflicto armado, tal como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras del 2011, por ejemplo.

⁴⁴ UPRIMNY, Rodrigo. “Verdad, Reparación y Justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”. Bogotá: FESCOL. p. 8.

⁴⁵ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

materia de reparaciones para las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y Derecho Humanitario y es un marco de interpretación y referencia tanto para la adjudicación legal de reparaciones por vía judicial cuanto por la vía no-judicial o administrativa (programas o políticas)⁴⁶.

Adicionalmente, al momento de hablar de las víctimas, el texto incluye la siguiente definición: “Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario [...]”.

Se refiere, además, que las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, tienen los siguientes derechos: Acceso igual y efectivo a la justicia; reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. Verdad, justicia y reparación, por tanto, son los fundamentos de la justicia transicional.

Ahora bien, si algo tienen en común la mayor parte de los procesos de justicia transicional, es que no han incluido una perspectiva de género ni en su diseño ni en la implementación de sus mecanismos, lo cual atenta contra el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas. Efectivamente, los esfuerzos por integrar una perspectiva de género que permita visibilizar la situación de las mujeres en los procesos de justicia transicional es relativamente reciente y es una respuesta ante la falta de información sobre lo que les ha sucedido, debido –entre otras razones– a la perspectiva androcéntrica

del Derecho que es una de las fuentes principales de la justicia transicional, así como por la poca participación de las mujeres en los procesos de negociaciones de paz. Para ello, es importante afrontar los procesos transicionales teniendo presente que las relaciones entre hombres y mujeres que preceden las situaciones de graves violaciones a los Derechos Humanos, son desiguales y ponen a las mujeres en situación de vulnerabilidad, todo lo cual hace necesario entender que las experiencias y el impacto de los conflictos y dictaduras son diferentes para hombres y mujeres⁴⁷. De otro lado, si bien al momento de analizar la situación de las mujeres el énfasis se ha hecho en violencia sexual, lo cierto es que el enfoque de género implica analizar de forma diferenciada todas las violaciones de Derechos Humanos, tanto en sus causas cuanto en el impacto que ocasionan.

De allí que en recientes avances internacionales, entidades como la Organización de Naciones Unidas (en adelante, la ONU)⁴⁸ recomiendan desarrollar un esfuerzo adicional para garantizar los derechos de las mujeres, lo cual implica que los mecanismos de justicia transicional deben prestar atención especial a los abusos cometidos contra ellas. Asimismo, la ONU señala que la inequidad de género es frecuentemente exacerbada por los conflictos y situaciones de violaciones masivas de Derechos Humanos, siendo el caso que la violencia basada en género hace a las mujeres y niñas especialmente vulnerables a los abusos de Derechos Humanos asociados al conflicto armado, incluyendo la violencia sexual sistemática que trasciende al fin de los conflictos. Por otro lado, se resalta que el estigma social y el trauma asociado con la denuncia de estos crímenes así como la exclusión de las mujeres de los espacios de decisión pública les hace muy difícil participar en los procesos de justicia transicional, lo cual justifica la implementación de medidas especiales para asegurar que las mujeres sean parte de estos procesos.

⁴⁶ ORÉ, Gaby. “El Derecho a la Reparación por Violaciones Manifiestas y Sistemáticas A los Derechos Humanos de las Mujeres”. En: Seminario internacional “Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno”. Lima. 9 y 10 de agosto de 2006.

⁴⁷ VALJI, Nahla; SIGSWORTH, Romi y Anne Marie GOETZ. “A Window of Opportunity: Making Transitional Justice Work for Women”. En: <http://www.unwomen.org/wp-content/uploads/2012/10/06B-Making-Transitional-Justice-Work-for-Women.pdf>. 2012. p. 8.

⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice”. En: http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf.

En esta línea, en octubre del 2011, el Consejo de Derechos Humanos emitió la Resolución 18/7, dando creación a la “Relatoría sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. En esa Resolución, el Consejo establece que el mandato del Relator debe, fundamentalmente, integrar una perspectiva centrada en las víctimas y una perspectiva de género, en todas las actividades del mandato. Ambas perspectivas deben entenderse de una manera interrelacionada, del mismo modo como debe entenderse el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Esto significa, por un lado, reconocer que las medidas de justicia transicional no pueden desarrollarse de manera adecuada sin que las víctimas, estén adecuadamente representadas en mecanismos como las comisiones de la verdad, en el seguimiento activo de los procesos judiciales y en el diseño de las reparaciones. Pero, además, significa que esa participación no puede entenderse ni desarrollarse en términos neutrales ni generales. En este sentido, el relator Pablo De Greiff –en su informe de agosto de 2012⁴⁹– ha considerado la perspectiva de género como una condición *sine qua non* para una aplicación eficaz de las medidas de justicia transicional, lo cual abarca no sólo el estudio de las violaciones de Derechos Humanos en sí, sino también el análisis de las secuelas de las violaciones y de los conflictos que afectan a las mujeres. Y esto implica, además, ha dicho el Relator, entender que existen violaciones de Derechos Humanos, como el desplazamiento interno y la violencia sexual, que tienen una composición mayoritariamente de mujeres entre sus víctimas.

Uno de los mecanismos más representativos en cuanto a la justicia transicional, y en materia de “derecho a la verdad”, lo constituyen las Comisiones de la Verdad, las cuales pueden definirse como organismos de investigación cuyo objetivo principal es ayudar a las sociedades a confrontar su pasado con la idea

de superar las crisis originadas por la violencia y prevenir su repetición⁵⁰. Para ello, investigan los hechos, elaboran lineamientos de reparación del daño causado y propuestas de reformas institucionales que garanticen que las condiciones que facilitaron o propiciaron los hechos violatorios sean modificadas⁵¹.

El contexto en el que surgen estas entidades puede variar. En Guatemala, se crearon a raíz de un conflicto armado y como parte de las negociaciones de paz. En los casos argentino y chileno, fueron el resultado del paso de la dictadura a la democracia. Sin embargo, a pesar de sus particularidades, las comisiones de la verdad tienen algunos elementos y características comunes⁵². Su campo de investigación es el pasado, pues se centran en un conjunto de abusos producidos durante un determinado período, más allá de algún hecho concreto. Trabajan con un mandato claramente establecido y difundido masivamente, ya que en virtud de él se miden las expectativas de la población y las respuestas de la sociedad civil. Su existencia es temporal; abarca un período que puede variar entre seis meses y dos años, aproximadamente, tras el que presentan un informe final que da cuenta de los hechos investigados y de sus propuestas de reparación. En muchos casos, las comisiones de la verdad también diseñan propuestas de reconciliación. No ejercen funciones del Poder Judicial ni del Ministerio Público, por lo que no establecen la responsabilidad jurídica individual de las personas involucradas en los hechos investigados. Sin embargo, la información incluida en los informes finales de las comisiones de la verdad contribuye a la administración de justicia y al inicio de procesos destinados a identificar a las personas responsables de los hechos violatorios.

Salvo contadas excepciones, el mandato de las comisiones de la verdad ha sido establecido en términos neutrales, sin diferenciar los hechos en función del sexo ni de las identidades de las

⁴⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. “Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. En: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf.

⁵⁰ CUYA, Esteban. “Las comisiones de la verdad en América Latina”. Presentado en el Seminario “Perú 1980-2000: El reto de la verdad y la justicia”. Lima. 2001. p. 1. En: <http://www.aprodeh.org.pe>.

⁵¹ VALDEZ, Patricia. “Comisiones de la verdad. El camino recorrido”. En: Páginas 168. 2001. pp. 51-56.

⁵² MATAROLLO, Rodolfo. “Las comisiones de la verdad”. En: “Verdad y Justicia: Homenaje a Emilio Mignone”. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2001. p. 131.

víctimas, lo cual ha hecho que sus conclusiones y el análisis de los hechos resulten demasiado generales y se deje de lado las voces e historias de las mujeres cuya experiencia resulta totalmente ignorada. Así, por ejemplo, debe decirse que la primera Comisión de la Verdad se estableció en Argentina en 1983 (CONADEP), mecanismo que también se creó en Chile –en 1990 y en el 2011–, Guatemala (1999) y Perú (2001), entre otros. En la actualidad, se piensa en crear un mecanismo similar en Colombia, habiéndose establecido un Centro de Memoria Histórica desde el 2001. Es importante señalar que, de las entidades mencionadas, sólo las experiencias peruana y guatemalteca desarrollan una perspectiva de género y de Derechos Humanos de las mujeres, aspectos que han sido recogidos en el caso colombiano.

Tal como señala ONU Mujeres, los mandatos de las comisiones de la verdad han prestado poca atención a cuestiones de género, ya que se concentran comúnmente en violaciones de derechos políticos o civiles, tales como la muerte, la tortura y las desapariciones, “lo que puede excluir la experiencia de víctimas secundarias, incluyendo las mujeres que forman parte de sus familias”⁵³, razón por la cual en algunos casos, las mujeres han organizado sus propios tribunales de memoria.

Por ello, es importante trabajar con un enfoque de género en una comisión de la verdad ya que de esta manera, además de reconocer que las mujeres no han sido visibles en los procesos transicionales como efecto de la discriminación e inequidad que las rodea y, a partir de esta realidad, se puede diseñar las estrategias para denunciar de manera clara lo que les sucedió en los hechos investigados, establecer los mecanismos para su acceso a la justicia y diseñar programas de reparación apropiados.

Efectivamente, el análisis de género esclarece el estudio de las causas de las violaciones de Derechos Humanos. En los contextos de conflictos armados, por ejemplo, las mujeres son atacadas no sólo como víctimas, sino por su condición de esposas o familiares

de los actores del conflicto. En cuanto a las consecuencias de los conflictos, un ejemplo evidente que resulta esclarecido por la perspectiva de género es la maternidad, consecuencia de la violación sexual. Si bien hombres y mujeres pueden ser violados sexualmente, sólo las mujeres resultan embarazadas. Por ello, todas estas situaciones tienen que ser recogidas al momento de diseñar los informes de las comisiones de la verdad.

Las cifras, en este punto, son importantes. Así, por ejemplo, según ONU Mujeres, en Ruanda, se calcula que entre 250,000 y 500,000 mujeres fueron violadas en menos de 100 días como parte del genocidio de 1994, en que 800,000 personas fueron asesinadas. En Bosnia y Herzegovina, entre 20,000 y 60,000 mujeres, la mayoría de ellas musulmanas, fueron sometidas a violencia sexual en “campamentos de violación”. En la República Democrática del Congo, desde 1996 han sido documentados por lo menos 200,000 casos de violencia sexual, que involucró principalmente a mujeres y niñas⁵⁴.

La perspectiva de género es útil también en la elaboración del concepto de víctima, ya que deja de lado una aproximación neutral a esta noción y permite reconocer las particularidades de hombres y mujeres al ser afectados por las violaciones de Derechos Humanos.

Un claro ejemplo se encuentra en los testimonios recogidos en el proceso sudafricano, los cuales demuestran que el papel de madres de las mujeres era utilizado al hacerlas víctimas de tortura psicológica. Por ejemplo, el informe sudafricano cuenta cómo a las mujeres detenidas se les decía que sus hijos habían muerto y que si ellas no les brindaban información, no los enterrarían⁵⁵.

Adicionalmente, la perspectiva de género contribuye al análisis y consideración del impacto diferencial de las violaciones de Derechos Humanos en hombres y mujeres. Así, por ejemplo, en las desapariciones y

⁵³ VALJI, Nahla; SIGSWORTH, Romi y Anne Marie GOETZ . Op. cit. pp. 94-95.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 83.

⁵⁵ GOLDBLATT, Beth y Sheila MEINTJES. “Gender and the Truth and Reconciliation Commission: A Submission to the Truth and Reconciliation Commission”. En: <http://www.doj.gov.za/trc/submit/gender.htm>.

mueres de los hombres existe un costo social y cultural importante para las mujeres, que al verse solas resultan discriminadas en sus comunidades y limitadas en la participación de las decisiones de la población. Lo propio sucede en cuanto al impacto económico de los hechos: Siendo que los varones sustentan a las familias desde el espacio público, en su ausencia las mujeres tienen que asumir ese papel. En muchos países, la legislación no permite a las mujeres el pleno ejercicio del derecho a la propiedad, por ejemplo, lo que termina por afectarlas de manera directa. Otro costo importante tiene que ver con la composición de las familias. En numerosos casos, los varones son encarcelados por muchos años, y ante eso las mujeres asumen la crianza de los hijos y el liderazgo de la familia. Cuando los varones salían de prisión, era imposible que retomaran un papel tradicional de control de la familia, que se había reestructurado en su ausencia, y esto generaba numerosos casos de violencia doméstica⁵⁶.

La perspectiva de género también contribuye a recoger nuevas perspectivas de los papeles desempeñados por hombres y mujeres en las situaciones de violencia. Así, por ejemplo, la posición de las mujeres combatientes perpetradoras de violaciones de Derechos Humanos es una imagen que no ha sido adecuadamente interpretada por las investigaciones de las comisiones de la verdad, y ha dejado de lado importante información.

El tema de “la memoria y su recuperación” —elemento fundamental en los procesos transicionales— también se ve favorecido por la incorporación de una perspectiva de género. Un ejemplo se encuentra en el trabajo del Grupo de Memoria Histórica de Colombia, creado con el objetivo de elaborar y divulgar una narrativa sobre el conflicto armado colombiano, que identifique “las razones para el surgimiento y la evolución de los grupos armados ilegales” (Ley 975 de 2005), así como las distintas verdades y memorias de la violencia, con un enfoque

diferenciado y una opción preferencial por las voces de las víctimas que han sido suprimidas o silenciadas”⁵⁷.

En el 2010, el Grupo publicó un Informe sobre la masacre de Bahía Portete en la Alta Guajira, ocurrida en el 2004, a cargo de los grupos paramilitares. Una visión clásica del tema se hubiera limitado al análisis del contexto y de los hechos; sin embargo, el enfoque de género que el grupo incorporó permitió conocer las razones de la masacre y la afectación diferenciada que sufrieron las víctimas. Efectivamente, en este Informe se da cuenta de la importancia que tenía el puerto en los circuitos económicos y sociales que comprenden la zona de Nazareth, Uribia y Maicao y, en general, el norte del departamento de la Guajira, en los años noventa. A raíz del asesinato de un joven de la comunidad, las mujeres de la zona cerraron el puerto en 1995, el cual no se reabrió sino hasta 1999. Es ese liderazgo de las mujeres el que las hace víctimas de amenazas y ataques, frente a “las nuevas estructuras armadas ilegales que pretendían convertirse rápidamente en el actor dominante en la zona”, todo lo cual llevará a la masacre de las mujeres Wayuu⁵⁸. Como se ve, el análisis con perspectiva de género permite enriquecer el análisis del contexto y dar las razones reales de lo sucedido, todo lo cual debe considerarse en los procesos de reparaciones inherentes a la justicia transicional.

No obstante lo anterior, y que casos como el sudafricano, el guatemalteco y el peruano son ejemplos de avances en la incorporación de la perspectiva de género, las nuevas comisiones de la verdad aún no incorporan todos los elementos del análisis diferenciado. Un ejemplo se encuentra desde el análisis de la composición de las mismas, ya que —según un Informe de ONU Mujeres⁵⁹— entre el 2000 y el 2010 se crearon veinte comisiones de la verdad, en ninguna de las cuales se llegó a la paridad en la composición de los comisionados y comisionadas. Los casos más cercanos son

⁵⁶ REHN, Elizabeth y Ellen Johnson SIRLEAF. “Women, War and Peace: The Independent Experts’ Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women’s Role in Peace-building”. Nueva York: Unifem. 2002.

⁵⁷ Para más información, revisar: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/index.php/somos-gmh/grupo-de-memoria-historica>.

⁵⁸ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. “Masacre de Bahía Portete. Mujeres Wayuu en la mira”. En: <http://es.scribd.com/doc/37882867/La-Masacre-de-Bahia-Portete>. pp. 145-149.

⁵⁹ VALJI, Nahla; SIGSWORTH, Romi y Anne Marie GOETZ. Op. cit.

los de Sierra Leona –tres mujeres de siete comisionados: 43%-, Liberia –cuatro mujeres de nueve comisionados: 44%- y Kenia –cuatro mujeres de nueve comisionados: 44%.

Muchas veces se argumenta que la composición numérica no garantiza o descarta *per se* una visión de género. Sin embargo, el procurar una equidad de género desde la composición de las instituciones y, asimismo, el no tener mujeres en los puestos de decisión resulta contradictorio, ya que implica asumir que las necesidades de hombres y mujeres son las mismas, al punto de que no es necesario que las mujeres asuman la dirección de las oficinas o unidades de investigación, porque los hombres tendrán presentes sus perspectivas y necesidades, lo cual es por demás falso.

En lo que tiene que ver con el “derecho a la justicia”–que es otro fundamento de la justicia transicional–, tanto en Argentina cuanto en Chile se ha dado un gran desarrollo en cuanto a judicialización de las violaciones a los Derechos Humanos durante las dictaduras que gobernaron ambos países. Es más, tradicionalmente el caso argentino es citado como un ejemplo exitoso de judicialización de estos casos. Sin embargo, en el cono sur el avance en los procesos judiciales de los casos de violencia sexual contra las mujeres durante las dictaduras, es aún muy lento. Es así que, en abril de 2010, el tribunal de Santa Fe en Argentina emitió el primer fallo en el país que estableció la violación como delito de lesa humanidad y por ende imprescriptible. Es importante resaltar que en este caso la querellante había guardado el secreto de la violencia sexual durante treinta y dos años⁶⁰, lo cual lleva a pensar que debe haber casos similares que aún no han sido denunciados y menos procesados. En el caso de Colombia, las cifras tampoco son alentadoras: En el informe interno sobre Colombia de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional de noviembre 2012, se dice que hasta marzo del 2012, sólo setenta y nueve casos de violencia sexual habían sido confesados bajo los procedimientos de Justicia y Paz, sobre un total de 26,026 confesiones de ex paramilitares⁶¹.

En este contexto, surge un tema importante y es el rol de las mujeres como víctimas y testigos en los procesos judiciales en cortes nacionales o internacionales. Si en general las mujeres enfrentan obstáculos específicos para el acceso a la justicia, en el caso de la violencia sexual, estos obstáculos se intensifican, ya que las mujeres deben enfrentar al agresor en el proceso, temen el estigma que recae sobre ellas por la violación sexual, la falta de apoyo psicosocial durante el juicio, la falta de medidas de protección y seguridad, entre otros. Por ello, una perspectiva de género implica identificar los obstáculos de las mujeres para acceder a la justicia, tales como la falta de reconocimiento de que lo sucedido es una violación de Derechos Humanos; la falta de información sobre la vía apropiada para efectuar las denuncias del caso; la falta de capacitación y formación en género de funcionarios y funcionarias, lo cual se traduce en desinterés al momento de atender a las víctimas; la dificultad para encontrar pruebas que sirvan en el proceso, sobre todo para el caso de la violencia sexual; entre otros aspectos⁶².

En cuanto al “derecho a la reparación”, en la actualidad son muy pocos los programas de reparaciones que han tomado en cuenta de manera adecuada las necesidades de las mujeres. Incorporar una perspectiva de género en una política de reparaciones pasa por dejar de lado algunas nociones generalizadas y erróneas con relación a las violaciones de derechos humanos de las mujeres. Por un lado, la idea de que los crímenes contra las mujeres no son tan importantes como otras violaciones de Derechos Humanos y no requieren el mismo nivel de atención, lo cual implica que las mujeres resulten individualizadas como titulares de derechos y, por lo tanto, como víctimas. Asimismo, las dudas y prejuicios con relación a los testimonios de las mujeres, los cuales hacen cuestionables sus demandas de reparación, deben dejarse de lado.

Por ello, aplicar una perspectiva de género al concepto de reparaciones implica una etapa previa, esto es, que el análisis de género sea aplicado también a otros conceptos que

⁶⁰ Ver: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-207945-2012-11-16.html>. Visitado en diciembre 2012.

⁶¹ Fuente que usa el Informe: Fiscalía de la Nación, Gestión Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz.

⁶² LA ROTA, Miguel. “Acceso a la justicia de las mujeres”. En: www.dejusticia.org.

resultan el fundamento del establecimiento de las reparaciones como la definición de víctimas, la noción del daño, las medidas específicas de reparaciones, entre otros. Adicionalmente, se debe entender que la exclusión de género preexiste a las violaciones de Derechos Humanos –tal como suele suceder con otro tipo de exclusiones– y se agrava durante y después de las violaciones de Derechos Humanos. De allí la necesidad de que los programas de reparación incorporen una perspectiva de género, que sirva para modificar las situaciones de gran desigualdad de género previamente existentes.

La exclusión en que tradicionalmente viven las mujeres las ha ubicado en circunstancias en las cuales no han tenido el goce efectivo de sus derechos. En este punto, está comprobado que el analfabetismo es mayor entre las mujeres; que la mortalidad materna es una de las principales causas de muerte en nuestros países; que los sueldos de las mujeres son mucho menores que los de los varones en las mismas circunstancias y con las mismas capacidades. El ejercicio de los derechos a la identidad y al nombre, así como el de la propiedad son otros ejemplos de la exclusión de las mujeres.

Debe entenderse, entonces, que es necesario pensar la reparación de manera diferente, incidiendo en los factores que favorecieron las violaciones en primer lugar, ya que restablecer las condiciones que existían anteriormente equivaldría a restaurar una situación discriminatoria, avalando y perpetuando prácticas que las privaría de sus derechos humanos fundamentales. No se trata que la reparación

incluya nuevos derechos necesariamente, sino que permita el ejercicio pleno de los derechos ya existentes y a los que las víctimas no han tenido acceso. De allí la importancia del “enfoque transformador” de las reparaciones que implica entender que no necesariamente se trata de restituir a la mujer a la situación anterior, sino de transformar su situación hacia el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto, el análisis de género y su aplicación al Derecho puede considerarse una tarea en desarrollo y que se fundamenta en la necesidad del ejercicio de los derechos sin discriminación alguna.

Esta perspectiva puede y debe ser aplicada a los diferentes conceptos y ámbitos del Derecho, incluso –y quizás especialmente– a aquellos que se fundamentan en la lucha por los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, el análisis de género permite revisar los conceptos tradicionales, erradicar los estereotipos y abarcar nuevos campos como la Justicia Transicional.

Es esta una tarea enorme que debe asumirse desde las mismas Facultades de Derecho, donde se debe abandonar visiones tradicionales y apostar por enfoques innovadores y de transformación, tales como la perspectiva de género, de modo que el ejercicio del Derecho como herramienta de cambio pueda volverse una realidad.

EL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿AÚN PARTE DEL PROBLEMA?*

David Kennedy**

En los tiempos actuales, el paradigma del Estado constitucional nos impone la aceptación de una serie de derechos humanos fundamentales como aquellos que deben guiar al Estado y al Derecho. Su consagración por el ordenamiento internacional en distintos tratados y resoluciones de la Organización de Naciones Unidas permite exigir su cumplimiento a aquellos gobiernos que no los respeten, siendo esto motivo, incluso, de conflictos internacionales.

En el presente artículo, el autor hace un análisis crítico del actual movimiento de los Derechos Humanos. Afirma que este adolece de dos problemas principales: La tendencia a considerar estos derechos como algo absoluto y el exceso de pragmatismo con que pueden ser aplicados. Los profesionales dedicados a la defensa de los Derechos Humanos son conscientes de estos problemas; sin embargo, son cínicos y no asumen las responsabilidades de sus actos. El autor concluye el texto previendo el fin del paradigma de los derechos fundamentales, ahogado en sus contradicciones, y el advenimiento de una nueva maquinaria política a escala global.

* El presente artículo tiene como título original "The International human rights regime: Still part of the problem?". Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Luis Fernando Roca Lizarzaburu, miembro de la Comisión de Contenido de THÉMIS, y supervisada por Alonso Gurmendi Dunkelberg, abogado especialista en Derecho Internacional.

** Abogado. Doctor de filosofía en Relaciones Internacionales por Fletcher School of Law and Diplomacy. Profesor de Derecho en la Universidad de Harvard. Director del Institute for Global Law and Policy.

Quisiera empezar este artículo expresando mi gratitud a los editores de este libro¹ y, además, a la Universidad de Newcastle, por organizar el coloquio a partir del cual fue desarrollada esta obra. Me sentí tremendamente honrado al saber que varios colegas míos consideran que el ensayo corto que escribí acerca del movimiento internacional de los Derechos Humanos, el cual fue publicado hace más de una década, todavía es digno de ser discutido¹. Debo empezar este artículo resaltando el hecho de que hoy, más de sesenta años después de la adopción de Declaración Universal de Derechos Humanos, hay muchas cosas que celebrar. Los Derechos Humanos no son más una idea. A lo largo de los últimos cincuenta años, hemos acumulado una gran cantidad de normas legales y declaraciones al respecto. Una compleja práctica institucional ha crecido a la par de la gran cantidad de pronunciamientos que promueven, defienden, interpretan, elaboran, implementan, refuerzan o, simplemente, honran dichos derechos. Nadie cuestiona que el movimiento por los Derechos Humanos ha hecho mucho bien, liberando a los individuos de graves amenazas y elevando los estándares a partir de los cuales son juzgados los gobiernos. Ha arrojado luz sobre las catastróficas condiciones de las prisiones alrededor del mundo. La defensa de los Derechos Humanos es hoy, por fin, no sólo un movimiento sino una práctica profesional.

Es difícil establecer a partir de cuándo, pero no hace mucho que los Derechos Humanos se volvieron una forma de gobernar. Institucionalmente hablando, hoy sería más exacto referirse a la defensa internacional de los Derechos Humanos más como un régimen que como un “movimiento” o “idea”. Los gobiernos, hoy, cuentan con departamentos dedicados a los Derechos Humanos, Defensores del Pueblo, relatores especiales y divisiones investigadoras que garantizan su respeto. Si eres un diplomático, puedes escoger Derechos Humanos como una

especialidad. Si eres un estudiante de Derecho, puedes aspirar a tener un empleo en el campo de los Derechos Humanos. Hoy existen redes de Derechos Humanos, tribunales de Derechos Humanos, organizaciones no gubernamentales, iniciativas ciudadanas, departamentos del gobierno, instituciones internacionales, fundaciones privadas, personal militar, periodistas especializados, autores y medios; todos, de alguna manera, “haciendo” Derechos Humanos. Los diplomáticos se denuncian entre ellos, los ciudadanos escriben cartas y envían cheques, y un cuadro de profesionales viaja por el mundo denunciando gobiernos y promoviendo el respeto a los Derechos Humanos.

Las voces que defienden los Derechos Humanos son cada vez más poderosas en el escenario internacional —planteando muchas veces los términos en los que se ejerce el poder mundial y en los que se planean y pelean las guerras. Los Derechos Humanos han puesto a un lado a la economía en las agencias de desarrollo, las cuales, hoy, gastan los miles de millones que antes gastaban en represas y carreteras en reforma judicial, capacitación de jueces y fortalecimiento del “Estado de Derecho”. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados diseña y maneja políticas de asilo e inmigración en conjunto con gobiernos alrededor del mundo. Y, por supuesto, los Derechos Humanos se han vuelto una especialidad académica —en las facultades de Derecho, pero también en las escuelas de sociología, psicología, filosofía, ciencia política, salud pública y otras. Algunos estudiosos van más allá, afirmando que vivimos la **era de los Derechos Humanos**. Desde este punto de vista, los Derechos Humanos se han convertido en algo más que un régimen institucional —hoy, son una ideología universal, un estándar internacional de legitimidad para cualquier gobierno, una especie de concepto común de lo que es la justicia para la sociedad civil global. Un interés de este tipo por parte de la élite

¹ Nota del Traductor: El presente artículo (en su versión e idioma originales) integra la obra de DICKINSON, Rob; KATSELLI, Elena; MURRAY, Colin y Ole PEDERSEN (Editores). “Examining Critical Perspectives on Human Rights”. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. pp. 19-34. Es, además, una segunda edición del artículo “The International Human Rights Movement: Part of the problem?”, traducido y republicado en THÉMIS-Revista de Derecho 48, con el título “El Movimiento Internacional de los Derechos Humanos: ¿Parte del Problema?”

¹ KENNEDY, David. “The international human rights movement: Part of the problem?”. En: *European Human Rights Law Review* 3. 2001. pp. 245-267. También en: *Harvard Human Rights Journal* 14. 2002. pp. 101-126. También en: THÉMIS-Revista de Derecho 48. 2004. pp. 149-165.

mundial ha sido, desde hace tiempo, uno de los sueños más fervorosos del movimiento. A este respecto estoy menos seguro, a pesar de ser cierto que, hoy, todo tipo de maniobras y estrategias políticas son perseguidas basándose en la retórica de los Derechos Humanos, y que hoy, el conocimiento de la existencia de violaciones a los Derechos Humanos sí parece evocar –o deslegitimar– a la acción política.

No hay duda de que todo esto constituye un verdadero logro. Sin embargo, al mismo tiempo, las conversaciones en Newcastle, de las cuales surgió este artículo, tuvieron lugar en un momento de castigo para la profesión de los Derechos Humanos. Hoy, tanto principiantes como veteranos son mucho más comprensivos y pragmáticos de lo que cualquiera de nosotros era en los tiempos en que me inicié en este campo, hace treinta años. Existen muchas cosas desagradables respecto de las cuales uno no puede hacer nada. Cosas desagradables que tiene que hacer **uno mismo** en el negocio de los Derechos Humanos.

Es interesante cuán seguido rastreamos el origen de los Derechos Humanos hasta una declaración y localizamos el origen del movimiento en un grupo de textos adoptados después de la Segunda Guerra Mundial. Los Derechos Humanos no son un texto. Como una forma de gobierno, una profesión, un movimiento o una ideología universal, los Derechos Humanos fueron concebidos recién mucho tiempo después, a fines de los setentas e inicios de los ochentas, *ad portas* del advenimiento de la generación de Thatcher, Reagan y la política del “neoliberalismo”. Me parece que enseñé por primera vez un curso de Derechos Humanos en Harvard en 1982 e hice mi primera excursión de Derechos Humanos el año siguiente, cuando visité una cárcel en Israel. Un año después estuve en Latinoamérica, visitando prisiones de nuevo. Para 1984, ya estaba en Ginebra, trabajando para las Naciones Unidas. Durante el auge de los Derechos Humanos, todo parecía más simple –transformábamos los textos en hechos, las aspiraciones en instituciones. El lenguaje de los Derechos Humanos estaba en todos lados, mientras que los límites de lo que podía lograrse eran apenas visibles.

¿Quiénes fueron los primeros profesionales de los Derechos Humanos? Algunos habían

sido liberales de los sesentas, quienes llevaron su compromiso con las libertades civiles al escenario global. Otros, como yo, eran niños de los setentas, para quienes Jimmy Carter hizo de los Derechos Humanos una idea común que les permitió trasponer lo que recordaban del idealismo de los sesentas a los asuntos internacionales. Yo sé que mis colegas académicos creían que estábamos redimiendo las mayores promesas de la diplomacia de Carter, transformando a la Guerra Fría de una guerra por *proxys* a una afirmación directa de la democracia y de los derechos ciudadanos. Los disidentes rusos y sus partidarios occidentales eran grandes jugadores.

Durante los siguientes diez años, pareció que la democracia estaba expandiéndose y que nosotros éramos espectadores de primera fila de esta expansión. Recuerdo haber presenciado un juicio en Praga, un gris y lluvioso martes de octubre de 1989, en un pequeño y maltrecho juzgado en las afueras de la ciudad, sólo para volver el mayo siguiente, en plena primavera, para un encuentro de alumnos europeos de la Facultad de Derecho de Harvard en un nuevo y elegante hotel. Pregunté dónde podía encontrar al acusado cuyo juicio presencié –un miembro del grupo de pacifistas de John Lennon– y me dirigieron al “Castillo”. Al parecer, tras la Revolución del Terciopelo, el acusado había empezado a trabajar en la oficina de Václav Havel, en la cual estaba demasiado ocupado como para atender visitas. Era muy emocionante. Luego de 1989, los Derechos Humanos y los programas humanitarios se vieron beneficiados por una gran explosión de energía y autoconfianza. En una reciente visita, me sorprendió encontrar que Human Rights Watch ocupa hoy varios pisos del edificio Empire State en Nueva York, realizando sus actividades a una gran altura.

Al mismo tiempo, desde inicios de los ochentas, todos hemos aprendido acerca de los problemas relacionados con los dilemas, lados oscuros y decepciones que han traído los Derechos Humanos como herramienta para el gobierno global. Un sorprendente número de soldados han perdido sus trabajos y escrito sus historias, historias de una fe confundida, perdida entre los caprichos políticos y coyunturales, y entre todos los dobleces de las buenas intenciones llevadas a lugares lejanos. Los Derechos Humanos, hoy, son más

poderosos, y menos inocentes, urgentes e irresistibles. Es difícil explicar por qué o cómo este “castigo” se ha hecho realidad. Tal vez el movimiento trató de asumir más temas de los que podía manejar.

La verdad, hubo muchas decepciones. Tantas intervenciones que no resultaron como nosotros hubiésemos querido. Aprendimos que los derechos también pueden legitimar un régimen, incluso uno que creemos que viola derechos, si tan sólo aislando la violación de un modo tal que normaliza el resto de las actividades del régimen. Conforme un lenguaje absoluto de la justicia y la aspiración moral empezó a ser usado de forma estratégica, los Derechos Humanos se volvieron menos convincentes, fáciles de interpretar como nada más que mera estrategia, cobertura para fines políticos, intereses particulares disfrazados bajo el lenguaje de lo universal.

El que los abogados y profesionales de los Derechos Humanos no seamos tan ingenuos como lo fuimos alguna vez es por sí mismo algo que debe celebrarse. Los profesionales de los Derechos Humanos actuales son los primeros en conocer y admitir los límites de su lenguaje, sus prácticas institucionales y sus rutinas de gobernabilidad. Saben que hay lados más oscuros, sopesan y balancean las cosas, y piensan de forma maliciosa y práctica.

Esto, me parece, es la auténtica promesa de libros como éste. Las investigaciones académicas serias son, también, investigaciones críticas, que muestran qué ha salido mal a la vez que los logros obtenidos. El movimiento de los Derechos Humanos está a esta altura —de hecho, necesita más de este tipo de investigaciones serias e interdisciplinarias.

Por supuesto, la profesión también ha desarrollado prácticas rutinarias para dispersar la náusea y detener la confusión que acompaña al activismo por los Derechos Humanos. Son cuidadosos al separar su piedad pública de su cinismo privado, su pragmatismo en el campo y su seriedad en las sedes, la retórica de las relaciones públicas y la realidad de reclutar todas esas víctimas y recopilar todos esos testimonios, buscando que su combinación no dañe su esfuerzo ni desanime a los donantes. Deberíamos

sacar estos mecanismos a la luz, pues éstos permiten que el lado oscuro de los Derechos Humanos sea tan negado como lo es admitido. En el campo, es negado en nombre del pragmatismo, mientras que en las sedes lo es en nombre de un compromiso ético.

Yo atribuyo la experiencia del castigo y el desencanto a la creciente realización de dos peligros relacionados del trabajo en Derechos Humanos. Primero, la tendencia del idealismo por los Derechos Humanos a virar hacia la idolatría, afectando a las herramientas, normas y profesionales de los Derechos Humanos a la vez que se mantiene marginal al poder, parado a un costado “diciendo la verdad”. Para esto, el remedio tradicional es el pragmatismo. La práctica activista de los Derechos Humanos debería volverse más pragmática.

Segundo, las trampas del pragmatismo, de la participación en el gobierno, con todas las herramientas del análisis político, razón instrumental y evaluación comprensiva de los costos y beneficios resultantes de las iniciativas de Derechos Humanos que ello implica. Para esto, el remedio tradicional es un retorno a la ética —y a los peligros de la idolatría.

Desafortunadamente, no hay ninguna receta ni hoja de ruta institucional que permita evadir estas dificultades. Mi preocupación es que, juntos, estos dos peligros enfríen el anhelo por tomar decisiones políticas, promoviendo las astutas rutinas de la defensa profesional de causas públicas por encima del ejercicio de la discreción y la experiencia responsables. Lo que sí creo que podemos esperar es una vigilancia, disciplina y renovación, tanto profesional cuanto política y moral. Una postura para el profesional humanitario que no está ética ni instrumentalmente seguro de sí mismo; más bien, está preparado para asumir responsabilidad por el daño que sus iniciativas puedan causar.

Estas dificultades gemelas —la idolatría y el pragmatismo— no son exclusivas de los Derechos Humanos. Son comunes a muchos proyectos de humanismo internacional o de gobierno humanitario. Para evaluar —o celebrar— el gobierno humanista, se requiere enfocarse en el humanismo como un proyecto político: Compromisos ampliamente compartidos y que se han

venido transformando, durante los últimos treinta o cuarenta años, en regímenes legales concretos e iniciativas políticas. Bajo esta luz, debemos empezar a dejar de ver al humanismo **en contra** del poder, hablando con el poder, aconsejando al poder, restringiendo al poder; debemos ver al humanismo como **el poder**. No verlo como el simple acompañante de la fuerza, sino como motivo y método de fuerza, como una **experiencia** profesional. La experiencia de gobernar –o quizás, siendo, más modestos, la experiencia de no gobernar, de aconsejar al gobierno– en el nombre de un atractivo grupo de compromisos éticos.

Como cualquier otra imagen de sí mismo, atractiva y profesional, la experiencia de gobernar el mundo en nombre de una serie de compromisos loables debe estar sustentada. Y, sin embargo, las tensiones existentes entre estos compromisos humanistas –hacer frente al mundo, pero en nombre de una tolerancia cosmopolita; reformar el mundo, a la vez que se renuncia a las herramientas de la política del poder; gobernar al mundo, pero vivir en una comunidad internacional de un modesto consenso– se han incorporado a las herramientas legales e institucionales que hemos construido para darles expresión. Estas tensiones nos han dejado ambivalentes hacia nuestra propia capacidad de gobernar. Y un gobierno puesto en duda es, usualmente, un gobierno negado. Sustentamos la experiencia del humanismo negándonos a nosotros mismos la facultad de gobernar. Preferimos pensar en nosotros mismos parados al costado, diciéndole la **verdad** al poder –u ocultos en el aparato político, aconsejando a otras personas (príncipes) para que humanicen **su** trabajo. Yo sospecho que las dificultades que encontramos con el idealismo y el pragmatismo humanista nacen de la renuencia a reconocer hasta qué punto los profesionales de los Derechos Humanos se han vuelto gobernantes. Los gobernantes humanistas son humanistas castigados y desencantados. Les inquieta haberse convertido en participantes del gobierno global, ya no simples críticos u observadores. En mi opinión, para que puedan convertirse en gobernantes seguros de sí mismos, responsables y competentes, los profesionales humanitarios deben, primero, aprender a asumir las responsabilidades, los costos y beneficios de su trabajo.

I. EL IDEALISMO Y LOS PROBLEMAS DE LA IDOLATRÍA

Los peligros de un gobierno idólatra son bien conocidos. Está bien que nos preocupemos cuando el idealismo tome el control. El idealismo se vuelve idolatría cuando gobierna en nombre de una virtud inequívoca, cuando sobreestima la singularidad de su visión y se rehúsa a revelar los costos de su gobierno, donde puedan ser evaluados a fin de que puedan ser o refutados o tomados en cuenta. Los profesionales de los Derechos Humanos son conscientes de cómo esto puede pasar –cómo pueden dejarse llevar por la promesa de los Derechos Humanos y perder de vista otras virtudes o puntos de vista.

No es nuevo para nadie notar la forma tan **estrecha** en que la tradición de los Derechos Humanos ve el proceso de emancipación humana –se concentra en lo que los gobiernos hacen con los individuos, en temas de participación política más que en temas económicos o distributivos, en temas legales más que en temas sociales o religiosos. Los problemas que son difíciles de formular en términos de reclamos por derechos individuales –problemas colectivos o económicos, de pobreza o salubridad– son fáciles de pasar por alto. Más bien, emancipar a las personas como **portadores de derechos** pone énfasis en sus reclamos individuales, en su relación personal con el Estado. Esto puede promover una política de “saltarse la fila” entre los desventajados, propagando actitudes de victimización y derechos, a la vez que se hace más difícil el desarrollo de alianzas mutuas y soluciones que impliquen compromiso y compartir.

Como activistas de los Derechos Humanos, sabemos que nuestra profesión puede inducir deformaciones éticas de varios tipos. Conforme aprendemos que podemos rosar con lo bárbaro y volver ilesos, descubrimos que puede haber algo *voyeurista* en nuestro punto de vista. Muchas veces nos sentimos afectados por el sufrimiento de otros sin abandonar, al mismo tiempo, nuestro compromiso con el sistema que produce ese sufrimiento. Sí nos preocupa que la defensa de los Derechos Humanos muchas veces legitime y excuse ciertas acciones del gobierno –poniendo estándares debajo de los cuales las maldades parecen legítimas. Sabemos que es fácil firmar un tratado y

luego hacer lo que quieras. Pero, incluso el cumplimiento puede hacer más mal que bien. Una prohibición bien implementada sobre la pena de muerte, por ejemplo, puede dejar las condiciones generales de encarcelación en el aire, puede hacer que la cadena perpetua sin posibilidad de revisión sea más legítima, más difícil de enfrentar. El discurso de los Derechos Humanos habla acerca de la tortura, el encarcelamiento y la violencia de una forma particular y ambigua. Y nos preocupa cuando pensamos de esa manera nosotros mismos: De un lado, la denuncia –en algún lugar un derecho humano ha sido violado–; pero, de otro, un balance –este derecho contra el otro, estas víctimas contra esas otras. Nosotros balanceamos el derecho a la libertad de tránsito con el derecho a la libre expresión y la libertad religiosa. Balanceamos la seguridad contra la libertad. Y así, de algún modo, el aura de absolutismo ético que acompañaba nuestra denuncia se adhiere a cualquier balance acomodativo que hagamos de la misma forma que los portadores de derechos cuyos reclamos balanceamos llegan a parecer equivalentes, conmutables, igual de legítimos. Sacado de contexto, convertido en derechos a ser balanceados, el ocupado y el ocupante, el salvador y el pecador, pueden parecer extrañamente similares.

He quedado sorprendido repetidas veces por la forma en que a los abogados de Derechos Humanos les cuesta aceptar que también hay Derecho del otro lado. Cuando invocamos Derechos Humanos en contra del poder estatal, estamos tocando no sólo la puerta del poder político, sino de la soberanía estatal y del Derecho constitucional. A pesar de eso, seguimos viendo al trato inhumano como una “violación”, una barbaridad, una desviación; como lo excepcional, lo anticonstitucional, la desviación). Guantánamo como un agujero negro dentro del Derecho –no como uno de los lugares más intensamente regulados del planeta.

Los Derechos Humanos se reducen al enfoque que uno mismo les dé, a apuntar la luz hacia una u otra dirección. Con el enfoque viene el común problema de “la punta del iceberg”. Concentrarse en los problemas reales de los refugiados puede hacer más difícil el oponerse al cierre de fronteras a la migración económica. De hecho, la definición legal de “refugiado” ha hecho tanto a favor de la exclusión de personas en grave necesidad de

protección como a favor de la legitimidad del involucramiento de la ONU. Después de todo, la humillación sexual, inclusive la tortura y asesinato de prisioneros, no son lo más chocante que la coalición ha hecho en Irak. Nuestro espanto ante las fotos de “abusos a los Derechos Humanos” es una forma en que podemos no pensar en otros daños, muertes y mutilaciones que la guerra también ha traído.

Al definir a la justicia como una relación con el Estado, más que como una condición de la sociedad, los Derechos Humanos pueden hacernos ignorar ciertas normas de fondo y condiciones económicas que muchas veces generan mucho más daño. Tal vez lo más perturbador sea que el movimiento internacional de los Derechos Humanos muchas veces actúa como si supiera qué es la justicia, siempre y para todos –todo lo que tienes que hacer es aceptar, adoptar e implementar estos derechos. Pero la justicia no funciona así. Debe ser construida por las personas en cada oportunidad, se debe luchar por ella, imaginársela en nuevas formas. Los textos más venerados de Derechos Humanos son vagos y muy abiertos a la interpretación. Como resultado de esto, es poco probable que cualquier intento de articular un consenso normativo global pueda escapar de ser percibido como parcial, subjetivo y selectivo por aquellos que no están de acuerdo –y las personas no estarán de acuerdo. Esos son los problemas que trae hablar universalmente en un mundo plural.

De hecho, la crisis de confianza que ha atacado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los últimos años no se debe sólo a los terribles indicadores de respeto a estos derechos mostrados por los países miembros de la misma comisión. También reflejó los límites de confiar la articulación y desarrollo de los Derechos Humanos a **gobiernos**, en primer lugar. Que los gobiernos quieran juzgarse entre sí, atacar a sus enemigos y halagar a sus amigos haciendo uso de un vocabulario ético ampliamente aceptado no es algo nuevo. Lo que sorprende es que la comunidad de los Derechos Humanos se haya mostrado tan entusiasta de que éstos hayan asumido esta tarea. Los límites de una ética diplomática son parecidos a los límites de cualquier iglesia en una sociedad plural: Lo que no sería bueno para el gobierno, no es bueno para la iglesia.

Sabemos que nos debe preocupar que los Derechos Humanos (dados sus orígenes, sus portavoces y su preocupación) hayan sido tantas veces un vocabulario del centro contra la periferia, un vehículo para, más que un antídoto al Imperio. Hay, además, verdaderos peligros para el emprendimiento normativo universal. Expresar la convicción ética de la comunidad internacional puede llevar a pensar que sí existe una “comunidad internacional” dispuesta a respaldar los pronunciamientos que uno hace. Puede llevar a las personas a intervenir, multilateralmente o no, allí donde, al parecer, no existe suficiente voluntad para cumplir estos compromisos. Puede sugerir que aquellos que no están de acuerdo con esta élite –y no son pocos– están, de algún modo, fuera del círculo de la “civilización”. De hecho, el desafío ético para el próximo periodo será acabar con la arrogancia de una ética universal y poder comunicarse modestamente a través de las divisiones éticas, incrementando nuestro sentido hacia las plurales y heterogéneas posibilidades morales **dentro** de Occidente, el resto, el centro, la periferia.

Todas estas preocupaciones son bien conocidas. Pero son muy difíciles de tener en cuenta –balancearlas y ponderarlas con los verdaderos logros del trabajo en Derechos Humanos. Es muy fácil que gente bien-intencionada, auténticos humanitarios, se dejen llevar por los Derechos Humanos. Puede también ser muy fácil decir “al menos comencemos” –iluminemos la primera vela. Normalmente, una actitud como ésta, tomada por un gobierno, sería completamente irresponsable. Imagínense una propuesta de carretera. Antes de que el gobierno empiece a construir el primer kilómetro, uno espera que haya evaluado ya tanto los costos como los beneficios. Muchas veces he hablado con profesionales de los Derechos Humanos que están muy orgullosos de uno u otro de los verdaderos logros del movimiento, pero al preguntarles “¿qué costos estuvieron asociados con este éxito?” rara vez tienen una respuesta preparada –es como si la mejora de la situación de los Derechos Humanos no tuviera ningún costo.

Este tipo de pensamiento mágico debería hacer sonar la alarma. Debemos estar en guardia cuando alguien nos reclute para participar en un proyecto que solamente tenga aspectos positivos. Esto es lo que

significa que el ejercicio del poder caiga en la idolatría. El desafío más importante para el movimiento de los Derechos Humanos en los años que vienen va a ser poder comprender qué significa participar del gobierno, no solamente un crítico de él.

II. EL PRAGMATISMO Y LOS RIESGOS DE LA VIOLENCIA HUMANISTA

Hacer un recuento de los peligros que implica un gobierno idólatra implica, también, un llamado a los fríos cálculos de un gobierno más pragmático. Hay algo emocionante al momento de aprender el lenguaje práctico de la política cuando te consideras a ti mismo un humanitario –tal vez para dejar las panaceas de la defensa de los Derechos Humanos y cambiarlas por un compromiso más matizado con los problemas prácticos del gobierno, con la ponderación de daños y la evaluación de beneficios. A la par del entusiasmo por los Derechos Humanos como una retórica del gobierno global, ha surgido otra retórica igual de prometedora de la sabiduría convencional sobre cómo uno puede obligar al príncipe a lograr fines humanistas. La promesa de este humanismo más práctico está muy bien ilustrada en los derechos de la guerra y del uso de la fuerza modernos, los cuales (de una manera bastante interesante) han empezado a mezclarse con los Derechos Humanos como una forma común de juzgar la violencia en el campo de batalla. En este campo también ha habido un desarrollo rápido y entusiasta de normas, instituciones y rutinas profesionales –y aquí también ha habido un castigo.

Podemos decir que el derecho del uso de la fuerza moderno representa un triunfo para entender la maraña de costos y beneficios y para infiltrar el proceso de toma de decisiones de aquellos a quienes obligaría a tener fines humanitarios. La guerra moderna es una institución legal. Si antes fue un jugador menor en los conflictos armados, hoy el Derecho modela el contexto institucional, físico y logístico de la guerra –y lo hace en mayor medida en casos de ocupación. La Ley y los Derechos Humanos se han infiltrado en el ámbito militar y se han establecido –para todas las partes en incluso las más asimétricas confrontaciones– como un vocabulario ético y político que demarca el poder legítimo y la muerte justificable. De hecho, en tanto la Ley se fue volviendo un criterio cada vez más importante para determinar la

legitimidad de un gobierno, las categorías legales se fueron volviendo cada vez menos claras para permitir respuesta claras a las preguntas más importantes —o se volvieron lo suficientemente difusas como para soportar la experiencia de indignación auto-convencida de todas las partes de un conflicto.

El triunfo del pragmatismo humanitario abre una serie de oportunidades y peligros. Cuando las cosas van bien, el Derecho puede proveer de un marco de diálogo intercultural acerca de la justicia y la eficacia de la violencia en tiempo de guerra. Al mismo tiempo, el Derecho moderno es, en sí mismo, pragmático y sorprendentemente fluido. El Derecho Internacional no es ya un asunto de reglas claras y definiciones precisas. Hoy, son muy pocas las veces en que la Ley habla de forma clara y unívoca. En consecuencia, la relación entre guerra y Derecho suele dejar con la sensación de que sus causas son justas y sin que ninguna se sienta responsable por las muertes y el sufrimiento de las guerras. Un buen argumento legal puede hacer que la gente pierda su guía moral y su sentido de responsabilidad por la violencia de la guerra.

Justo cuando celebramos sesenta años de Derechos Humanos, podemos estar orgullosos de que la guerra moderna es una institución legal y no en poca medida porque se ha vuelto un área de especialización profesional. Hoy, el campo militar está conectado con la vida comercial de la nación, integrado con las mismas instituciones civiles y gubernamentales que en tiempos de paz, y cubierto por la misma prensa nacional e internacional. Los oficiales disciplinan a sus soldados y organizan sus operaciones mediante reglas. Los militares de hoy, que ya operan a la vez en docenas de jurisdicciones, deben también cumplir con innumerables reglas locales, nacionales e internacionales que regulan el uso de un territorio, la movilización de hombres, el financiamiento de armas y logística y el despliegue de fuerzas. Si quieres revisar información bancaria en Bélgica, o contratar operativos en Pakistán o llenar el tanque de gasolina de un avión en Kazajstán, debes conocer las leyes del lugar.

La Ley se vuelve más visible dentro de la vida militar cuando otorga privilegios a la matanza y destrucción de la batalla. Si tú matas **así**, y no de otra manera, **ahí**, y no en otro lugar, a **esa gente**, y no a esta otra,

entonces lo que haces está sujeto a privilegio. Si no, es un delito. Más aun, si —como nos enseñó Clausewitz— la guerra sigue siendo la continuación de la política por otros medios, podría decirse que la política que la guerra de hoy continúa ha sido a su vez legalizada. Los líderes políticos hoy actúan a la sombra de una élite nacional y global muy enterada, demandante, comprometida y enraizada institucionalmente. La Ley se ha vuelto el lenguaje común para esta élite dispersa, incluso a pesar de que permanentemente discuten acerca de qué dice la Ley y qué no. Esto es lo que lleva a los contendientes en el conflicto de Irak —y también en el caso de Guantánamo— a enmarcar sus posiciones en términos legales. Acusan a sus rivales de estar realizando acciones **ilegales**.

Para realmente entender en qué consiste el lado oscuro del pragmatismo humanitario, primero debemos conocer dos aspectos importantes del Derecho moderno: Su antiformalismo y su pluralismo. Doscientos años atrás, el Derecho Internacional se basaba en la ética —pensar, por ejemplo, en el Derecho de la guerra, implicaba mediar entre consideraciones de la razón “correcta” y la justicia natural. La profesionalización del Derecho —que coincidió con el establecimiento del Comité de la Cruz Roja Internacional— llevó a disociar el Derecho de la moral. Hace unos cien años, el Derecho ya había tomado la forma de preceptos formales, desligados de la moralidad y emitidos como resultado de una voluntad soberana. La Ley se ubicaba fuera de las instituciones que regulaba, ofreciendo un marco de definiciones exactas y límites formales. La guerra y la paz eran formalmente distintas; separadas por una “declaración de guerra” formal. Pero en materia de guerra y paz puede ser peligroso darles rienda suelta a los absolutos éticos —que parecieran estar desactualizados en relación a una práctica bélica en constante evolución. Lo que se necesitaba era algo más práctico —y menos formal.

Necesitábamos traducir nuestras preocupaciones éticas a un idioma bélico común y funcional —no mantenerlas como una serie de pronunciamientos idólatras. El Comité Internacional de la Cruz Roja estuvo nuevamente en primer plano, enor-gulleciéndose de sus pragmáticas relaciones con los militares profesionales. Primero, los abogados de la Cruz Roja trabajaron en conjunto con

los militares para codificar una serie de reglas con las cuales los militares pudieran trabajar –con las cuales quisiesen trabajar: Nada de balas expansivas, respeto por las ambulancias y el personal médico y cosas por el estilo. Por supuesto, depender de lo que los militares estuviesen dispuestos a aceptar limitó lo que podía conseguirse. Las reglas estrechamente delimitadas permiten mucho –y, a la vez, legitiman todo lo que permiten. El reconocimiento de estos costos promovió un retorno a los principios y estándares. Desde, al menos, 1945, un vocabulario de **principios** ha crecido en simultáneo con acuerdos militares sobre armamento bastante pragmáticos. Las reglas detalladas de La Haya o Ginebra se han transformado en estándares, ideas simples que pueden ser impresas en una tarjeta pequeña y enseñada a los soldados en el campo. “Los medios de la guerra no son ilimitados, cada uso de la fuerza debe ser necesario y proporcional” –estas palabras se han convertido en fundamentos éticos para una civilización universal moderna. Este giro hacia los principios ha permitido al Derecho de la Guerra infiltrar el vocabulario de la profesión militar, mezclándolo, lentamente, con los Derechos Humanos.

Como un marco para el debate y la opinión, este nuevo Derecho de la Guerra acepta la inevitabilidad de las compensaciones, del balance de daños, de asumir costos para alcanzar beneficios –una experiencia común para los estrategas militares y los humanitaristas. A la vez, la precisa distinción entre paz y guerra, la necesidad de una “declaración”, inclusive el *status* legal de “neutralidad”, han sido abandonados. La Carta de las Naciones Unidas reemplaza el término “guerra” por otros más vagos y matizados como “intervención”, “amenaza a la paz” o “uso de fuerza”, los cuales deberían detonar una u otra respuesta institucional. En el proceso, el moderno Derecho de los conflictos armados se convirtió en una confusa mezcla de principios y contra-principios, de reglas firmes y excepciones sueltas. Distinciones antes claras, hoy, se hacen difusas puestas bajo presión. Una vez que la “guerra” misma se vuelve “legítima defensa”, “hostilidad”, “uso de la fuerza”, “recurso a las armas”, “acción policial”, “imposición de la paz”, “generación de la paz”, “mantenimiento de la paz”; se hace más difícil mantener todo en claro.

En efecto, el Derecho, hoy, ofrece las herramientas retóricas y doctrinales para hacer y deshacer la distinción entre guerra y paz, permitiendo mover los límites de la guerra de forma estratégica. La pregunta clave, entonces, es: ¿Cuándo termina la guerra? La respuesta no está ni en la Ley ni en los hechos, sino en la estrategia. **Declarar** el fin de las hostilidades puede ser materia de evaluación militar o actuación política; tanto como anunciar que “aún queda un largo trecho por recorrer” o que “la insurgencia está por ser derrotada”. Deberíamos entender estos enunciados como **argumentos**: Como mensajes, pero también como armas. La Ley –la categorización legal– es una herramienta de comunicación y comunicar la guerra equivale a pelearla. Ésta es una guerra, ésta es una ocupación, ésta es una acción policial, ésta es una zona de seguridad. Éstos son insurgentes, éstos son criminales, estos combatientes ilegales y así en adelante. Todas estas exclamaciones se hacen frente a audiencias por un motivo. Cada vez más, definir el campo de batalla no es sólo un tema de despliegue de fuerzas, sino también de argumentación retórica y legal.

El Derecho provee un lenguaje para hacer que estos argumentos traten sobre un campo de batalla en donde todas estas cosas están mezcladas. En medio de esta confusión, insistimos en pensar que las cosas están claramente definidas. Para los militares, después de todo, definir el campo de batalla implica definir el privilegio de matar. Pero las agencias de ayuda quieren que las personas que cavan los pozos sean visto como humanitarias; no como combatientes post-conflicto –privilegiados para no ser matados. Definir cuál no es el campo de batalla abre un “campo” para la acción del Derecho Humanitario.

Cuando usamos la Ley estratégicamente, la cambiamos. Más aún, por extraño que parezca, hoy existe más de un Derecho de los conflictos armados. Distintas naciones –aun dentro de una misma coalición– tienen firmados tratados distintos. Los mismos estándares se ven distintos cuando tu probable enemigo es superior a ti tecnológicamente –o cuando vives en un campo de refugiados palestino en Gaza. Aunque podemos no estar de acuerdo con una u otra interpretación, debemos reconocer que el material legal es lo suficientemente elástico para dar cabida

a varias interpretaciones. Como abogado, aconsejar a los militares acerca del Derecho de la guerra significa hacer una predicción sobre cómo la gente con capacidad de influir en nuestro éxito puede interpretar la legitimidad de nuestros fundamentos.

Es fácil entender las virtudes de un vocabulario legal poderoso, que sea compartido por las élites de todo el mundo, para juzgar la violencia de la guerra. Es emocionante ver cómo la Ley y los Derechos Humanos se han vuelto una marca de legitimidad, considerando que la legitimidad se ha vuelto el fundamento del poder. Es difícil ver de qué manera esto permite a los militares utilizar al Derecho como arma, o entender el “lado oscuro” de la guerra a través de la Ley. Los militares estadounidenses han acuñado un término para esto: “Lawfare” –El Derecho como arma, como aliado táctico, como un activo estratégico, un instrumento de guerra. También podríamos pensar en “human-rights-fare”: los Derechos Humanos como un activo estratégico y un instrumento de guerra.

Va a tomar algo de tiempo para que la gente se acostumbre a esto. ¿Cómo deberíamos sentirnos cuando los militares “condicionen legalmente el campo de batalla”, informando al público que están facultados para matar civiles, o cuando nuestros líderes políticos justifiquen la guerra hablando en el lenguaje de los Derechos Humanos? Lo que nos cuesta entender es que una maquinaria bélica que use la Ley de forma más estratégica puede, de hecho, ser mucho más violenta, más poderosa y, bueno, más legítima. Necesitamos recordar qué queremos decir cuando decimos que el cumplimiento del Derecho Internacional “legitimiza”. Significa, por supuesto, que matar, mutilar, humillar y herir a las personas está legalmente privilegiado, autorizado, permitido y justificado. Y es justo aquí que empezamos a notar el “lado oscuro” del pragmatismo humanitario.

El moderno Derecho del uso de la fuerza ha legitimado gran parte de las prácticas de guerra actuales. De hecho, es difícil pensar en algún tipo de fuerza que no pueda ser legitimado siguiendo la Carta de las Naciones Unidas. No es común que un estadista inicie una guerra sólo para ser agresivo. Casi siempre hay algo más que decir –la provincia es en realidad nuestra, nuestros derechos han sido violados, nuestro enemigo no es, en

realidad, un Estado, fuimos llamados a ayudar, ellos estaban a punto de atacarnos, buscamos promover los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Algo. Un proceso paralelo ha erosionado el límite entre los objetivos civiles y los militares. No falta mucho para que esto empiece a parecerse a lo que los militares denominan “operaciones efectistas”. Y ¿por qué las operaciones militares no deberían ser juzgadas por sus efectos en lugar de serlo por su adhesión a una serie de reglas estrictas que bien podrían llevar a todo tipo de consecuencias indeseables e impredecibles? La evaluación pragmática de la violencia en tiempo de guerra puede llevar a conclusiones realmente desgarradoras.

Tomemos por ejemplo el caso de las bajas civiles. Por supuesto, en una guerra van a morir civiles. Limitar la muerte de civiles se ha vuelto un compromiso pragmático –no debe haber daño innecesario, ni un civil más del necesario. Lo único que se tiene que hacer es determinar qué es necesario. Fue pensando de esta manera que los objetivos militares, durante la reciente guerra de Irak, fueron revisados minuciosamente por los abogados. Y luego, esos mismos abogados, con una estrategia algo distinta, revisaron minuciosamente los objetivos en Afganistán, siempre repasando las “reglas de enfrentamiento” para reflejar el valor estratégico percibido de la vida de los civiles. No debería sorprendernos saber que, recientemente, Human Rights Watch buscó reforzar su capacidad para hacer pesar los derechos humanos en la práctica bélica estadounidense, contratando al mismo hombre que evaluó la proporción de ataques a objetivos civiles durante la guerra para el Pentágono. Human Rights Watch le pidió que haga lo mismo para ellos. El pragmatismo humanista se ha vuelto una pareja, tanto dentro cuanto fuera del gobierno.

Al mismo tiempo, la legitimidad de la violencia en tiempos de guerra se ha mezclado con la legitimidad de la guerra en sí misma. Es de este modo que la disciplina ha sido derribada en todo conflicto asimétrico, cuando ni reglas claras ni amplios estándares parecen adecuados para establecer la concepción ética de uno acerca de la responsabilidad o el empoderamiento. Soldados, civiles, comunicadores mediáticos, políticos; todos empiezan a soltarse de sus ataduras morales. Podemos ver, ciertamente, que sería difícil

para cualquier madre iraquí —o libanesa— sentir que era necesario o proporcional matar a su hijo. Quizás le gustaría saber por qué, si Estados Unidos es tan poderoso, era necesario matar a su marido.

Aquí podemos notar el peligro de transformar la antigua distinción entre combatientes y civiles en un principio general. El “principio de distinción”. Aquí hay algo oximorónico; o se trata de un principio o se trata de una distinción. En tanto el Derecho de la guerra se volvió materia de estándares, balances y cálculos pragmáticos, las decisiones difíciles y discrecionales fueron exportadas al ámbito político. Pero, cuando llegan allí, nos encontramos con que los políticos están tratando de cubrirse bajo las mismas fórmulas legales. Hay una falta de juicio, de liderazgo y de sentido de la responsabilidad.

No hay forma de evitar tomar decisiones acerca de a quién matar durante la guerra. La dificultad aparece cuando el Derecho Humanitario transforma las decisiones acerca de a quién matar en juicios. Cuando nos anima a pensar que la muerte resulta, no del ejercicio de la libertad humana —de la que un ente moral es responsable—, sino de la operación abstracta de principios profesionales, o del balance profesional de derechos humanos en competencia. Pretender que estas decisiones surgen de una evaluación pragmática de principios en competencia puede significar una pérdida en la experiencia de la responsabilidad —responsabilidad de mando, responsabilidad ética, responsabilidad política. De hecho, la mayor amenaza que podría resultar de la conjunción de Derecho y la guerra es la pérdida de la experiencia humana del riesgo moral al momento de encarar a la muerte, la mutilación y todos los demás horrores de la guerra.

III. ENTONCES ¿QUÉ SE PUEDE HACER?

Yo realmente espero que el impulso humanitario continúe movilizándolo a las personas para que éstas se vuelvan socias en gobierno. Mis esperanzas pasan por un humanitarismo más efectivo y responsable. Sin embargo tendremos que superar el doble peligro de la idolatría de las normas y el pragmatismo de los principios. En última instancia, un gobierno responsable debe ser practicado por cada humanitario profesional. Deberíamos

motivar a los futuros activistas de Derechos Humanos a aceptar el ejercicio del poder y desarrollar un apetito por el conflicto político, y a ejercitar responsablemente la libertad humana —en vez de la autoconfianza ética producto de la idolatría o las evasiones de la razón instrumental.

Nos enfrentamos a grandes desafíos. Pandemias, calentamiento global, inestabilidad financiera, desigualdad; es una larga lista. Me preocupa que la revolución de los Derechos Humanos pueda haber sido una distracción o un retraso: Un proyecto status quo de legitimación y una opción de carrera dentro del establishment para quienes, de otro modo, hubieran contribuido a una nueva política global. La crisis económica global es más que un desafío para tecnócratas y reguladores financieros. Nos fuerza a contemplar las limitaciones de una política nacional dentro de una economía y una sociedad globales. Los peligros van más allá de la reducción del empleo y de las pensiones para los jubilados. Los peligros son políticos y sociales —el impacto de millones de individuos que no alcanzan sus sueños. Hablando sueltamente, y usando términos crudos, con la globalización económica y la continua pérdida de capacidad pública, en veinte años una gran parte de la población mundial tendrá aquel sistema de seguridad social, aquel régimen medioambiental, aquella ley laboral, aquel salario mínimo que prevalezca en China. Y está también el desafío paralelo que representaría el fracaso económico del mundo en desarrollo —que representaría la revolución de cada vez mayores frustraciones entre cientos de millones de individuos que pueden ver lo que se viene, pero que no tienen otro camino más que la rebelión y el espectáculo.

Por todos lados nos enfrentamos a un dualismo económico y social en aceleración. Existe una ruidosa falla tectónica que separa dos arquitecturas sociales, que divide a una clase insider de una clase outsider, a los líderes de los rezagados, tanto dentro cuanto entre las economías nacionales y las unidades políticas. En la cima y en el fondo de la economía, nos hemos desarraigado, moviéndonos cada vez más seguido a través de distancias cada vez más largas. En términos relativos, son las clases medias las que se han encerrado y quedado en sus territorios. Cada vez más, la movilidad relativa de las

economías y la rigidez territorial de la política se han dejado inestables la una a la otra en la misma medida en que el liderazgo político y económico se ha distanciado. El resultado es un desajuste entre la política nacional, por un lado, y la economía y la sociedad globalizada, por otro lado.

Estos desafíos son los que enfrentarán los humanistas en el escenario internacional durante las próximas décadas. Son desafíos acerca de los cuales los Derechos Humanos tienen poco que decir –aparte de que el poder estatal debe continuar siendo civilizado y legítimo. ¿Qué gobierno –qué ONG, qué sociedad civil– podrá ser capaz de calmar la marea revolucionaria del resentimiento y del deseo desatado a través de las fallas tectónicas de la política global de hoy? Contra este fondo, creo que podemos empezar a ver el movimiento por los Derechos Humanos como lo que es –un proyecto de status quo estable en el tiempo.

Tal vez dentro de cien años, los profesionales de los Derechos Humanos todavía invoquen

normas, avergüencen gobiernos, publiciten víctimas y litiguen injurias e indignidades. Pero la política ya ha superado esto. Los Derechos Humanos ya no son el camino a seguir. Se enfocan demasiado en la perfección de una política que ya superó su mejor época. Como los órdenes constitucionales de antes, un nuevo régimen de gobierno global será imaginado y construido sobre la base de la esperanza colectiva, la lucha y la decepción. Tomó mucho tiempo inventar y civilizar una política nacional, organizar el mundo en Estados-nación y sujetarlos al juicio moral de sus pares. El construir una política nacional alrededor del planeta implicó una fuerte dimensión emancipadora –esclavos, mujeres, trabajadores, campesinos, dominios coloniales; todos obtuvieron ciudadanía en relación a la nueva maquinaria institucional de una política nacional. Podemos ver los Derechos Humanos como el apogeo y el epitafio de esa política. Construir una nueva política para una economía y una sociedad globales será igual de difícil. Esperemos que no nos tome un tiempo igual de largo y que no requiera de tanta violencia para nacer.

**DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Audi
Vorsprung durch Technik



Perú. Land of quattro®.

El Audi Q5.

En el Perú no permitimos que los caminos nos dominen, gracias a la tecnología que es sinónimo de control en todo terreno. La última generación de quattro® distribuye la fuerza y ajusta la tracción de cada rueda para que responda perfectamente en cada situación, superando cualquier terreno que se le ponga en el camino, para que pueda ir a cualquier parte, a todas partes en el Perú. www.audi.com.pe

Audi Zentrum Lima
Av. Domingo Orué 989,
Surquillo. Telf. 618-5060.

Audi Zentrum Derby
Av. El Derby 150, Monterrico,
Surco. Telf. 618-7373.

Más de 40 años de orientación legal a su servicio.



EDITORIAL ECONOMIA Y FINANZAS

Somos la única empresa dedicada exclusivamente a la edición de manuales legales con actualización permanente en materia tributaria, laboral y societaria.

Los manuales que editamos permiten conocer rápida y confiablemente el régimen legal de las materias que trata. Son así valiosa fuente de consulta para todo profesional con interés en los temas tratados.

Sus explicaciones y comentarios son de fácil entendimiento. En ellos encontrará constante referencia a los criterios del Tribunal Fiscal, del Poder Judicial y de la SUNAT.

Manual del Impuesto a la Renta

Manual del Impuesto General a las Ventas

Manual de Tributos Municipales

Manual del Código Tributario

Procedimientos y Obligaciones formales ante la SUNAT

Manual del Régimen Laboral

Manual Societario

Manual de Regímenes Aduaneros.



Calle La Habana 166 – San Isidro
Teléfonos: 442 1115
ventas@eef.com.pe

www.eef.com.pe

PROBLEMÁTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO

César Delgado Barreto*

El Derecho –como cualquier otra materia que mantiene un estrecho contacto con la realidad– no está ajeno al dinamismo característico del Hombre, a propósito de las actividades que realiza.

En el presente artículo, el autor analiza los retos actuales que enfrenta el Derecho Internacional Privado en un contexto globalizado y multilateral, explica cómo el desarrollo de las tecnologías ha influido para el evidente cambio –propuesto– del Derecho, y desarrolla algunos retos que poco a poco se presentan.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ex ministro de Justicia. Ex vicepresidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Ex decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Agraria de La Molina. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana del Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una **sociedad globalizada**, en la cual nuestra percepción y vivencia del tiempo y del espacio ha cambiado profundamente. Es en el espacio en que especialmente la globalización ha traído como consecuencia –según FRIEDMANN– una nivelación del mundo, lo que permite la comunicación directamente y el establecimiento de relaciones sociales, en el sentido amplio, minimizándose la distancia y el tiempo, al margen de la organización social vertical, tradicionalmente realizada en el seno de los Estados-nación, de donde resulta, según Charalambos Panboukis¹, la emergencia del individuo, y de los espacios transnacionales privados, pero también la aparición de mega-actores transnacionales privados.

La globalización ha sido posible gracias a lo siguiente: (i) Desarrollo de las comunicaciones y de las telecomunicaciones, y (ii) eliminación de las barreras económico-políticas a la libre circulación de los factores productivos.

II. DESARROLLO DE LAS COMUNICACIONES Y DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ha permitido el desplazamiento fluido de personas, información y modelos culturales y sociales a nivel mundial, generándose un gran aumento de las migraciones.

El auge inusitado de las telecomunicaciones me permite la realización de negocios internacionales a tiempo real. El mercado se amplía al mundo entero, y en teoría todos los agentes económicos pueden beneficiarse de ello. Asimismo, el desarrollo de las comunicaciones favorece la libre circulación de diferentes modelos de vida tanto personales como familiares y permite realizar la mundialización de los derechos fundamentales del Hombre, reconociéndose la **unidad y dignidad del ser humano**. Ello implica hacer realidad el respeto de los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales y de los llamados derechos de la tercera generación, como es el derecho de

defensa del medio ambiente cuya destrucción por una cultura consumista amenaza la propia supervivencia de la especie humana.

A. Eliminación de las barreras económico-políticas a la libre circulación de los factores productivos

Desde el prisma jurídico-político, el mundo está dividido en Estados, los cuales tradicionalmente han favorecido a sus empresas y comerciantes grabando la entrada de productos, servicios y capitales procedentes de otros Estados, **impulsándose el capitalismo** a nivel nacional. La actual globalización se inició después de la Segunda Guerra Mundial, acelerándose a partir de 1989 con la caída del muro de Berlín, la posterior desintegración de la Unión Soviética y la desaparición del comunismo en Europa del Este y la creación de la Organización Mundial del Comercio.

La actual desactivación de las barreras al tráfico externo ha sido progresiva, impulsada por los propios Estados a través de los tratados de integración, como ha sido el caso de la Unión Europea, en que se ha creado un Derecho comunitario que cuenta con sus propios tribunales supranacionales. En América Latina se ha avanzado muy poco en lo que respecta a los tratados de integración, pero sí se han celebrado tratados de libre comercio no sólo entre los países de la región, sino incluso con otros continentes como es el caso de Asia y de Europa. La iniciativa de pre-globalización ha sido motivada e impulsada por las **grandes empresas multinacionales**, que ven al mundo como un solo y gran mercado que hay que conquistar, homologando pautas de consumo y estilos de vida, que con sus flujos económicos atraviesan las fronteras contando con el apoyo de los grupos nacionales que se benefician de ella.

Para Carrascosa² la eliminación de las barreras a los intercambios internacionales de factores productivos permite en la actualidad diseñar varios perfiles:

- a. En lo referente al **tráfico de mercancías y servicios**, al haber desaparecido o

¹ PANBOUKIS, Charalambos. "Droit International Privé holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé". En: Recueil de Cours. Tomo 330. 2007. pp. 57 y siguientes.

² CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. "Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI". Editorial Anales de Derecho de la Universidad de Murcia. pp. 21-22.

reducido drásticamente los aranceles, la mundialización del comercio se vio facilitada.

- b. En cuanto al **capital**, gracias al progreso tecnológico de las telecomunicaciones –al cual ya nos hemos referido– millones de dólares fluyen libremente de país a país en cuestión de segundos, buscando la inversión más rentable, produciéndose así una globalización de los mercados financieros, ocasionándose una severa distorsión en el proceso del desarrollo económico en perjuicio de la sociedad en su conjunto, siendo los únicos beneficiarios de las ganancias los banqueros y los financistas, lo que no sucede en el caso de pérdidas, porque como hemos vivido con motivo de la crisis de 2008 –causada por la desregulación de los mercados financieros–, la sociedad tuvo que hacerse cargo de las deudas de los grandes bancos de inversión, utilizando el Estado el erario nacional. Vale decir que en el mundo capitalista actual las ganancias están privatizadas, mientras que las deudas se socializan.

Otro caso paradójico que acaece en el mundo globalizado es que los únicos que no gozan de una movilidad transfronteriza son las personas naturales de los países eufemísticamente llamados “en vías de desarrollo”, cuyo ingreso a los países desarrollados está limitado y controlado al extremo de **haberse criminalizado la permanencia de los indocumentados**, deportándose incluso a los padres cuyos hijos tienen la nacionalidad del país que expulsan a sus progenitores, lo cual atenta contra el *ius cogens*.

III. COMPETENCIA JUDICIAL Y COMPETENCIA LEGISLATIVA

Nos recuerda Audit³ que, durante siglos, la atención de los autores en materia internacional ha estado centrada en los conflictos de leyes, lo cual era una consecuencia del lugar secundario asignado al procedimiento en la tradición

civilista. Así, por ejemplo, en Alemania se hacía referencia a la “**función subordinada del procedimiento** frente a la regla sustantiva o de fondo”. La reflexión doctrinal sobre el conflicto de jurisdicciones es reciente. Hasta el siglo XIX no se había formulado una teoría general. En la mayor parte de países la competencia internacional no fue relevante en el Derecho Internacional Privado y sólo era abordada en el marco del procedimiento civil. En la actualidad esto ha cambiado en la práctica internacional, en que las cuestiones jurisdiccionales prevalecen sobre los conflictos de leyes. Este nuevo enfoque está relacionado con el aumento exponencial de los casos de relaciones privadas internacionales.

Este cambio de la perspectiva tradicional constituye, para Jayme⁴, una de las características del Derecho Internacional Privado post-moderno, pasándose del Derecho Internacional académico al Derecho Internacional Privado real. Los conflictos de jurisdicciones tratan de la competencia de los tribunales de un Estado para conocer una causa que presenta elementos relevantes de extranjería, así como del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. La reglamentación de conflictos de jurisdicciones forma parte, actualmente, del Derecho Internacional Privado, porque las reglas concernientes al modo de designación de la jurisdicción competente tienen una gran influencia sobre la ley aplicable. La cuestión de conocer cuál es el tribunal que corresponde al caso **subjúdice** puede ser decisiva en cuanto los resultados finales del proceso, dadas las diferencias entre los derechos sustantivos de los Estados; así, por ejemplo, en lo que respecta a la responsabilidad civil por productos defectuosos, la sanción en lo que respecta a la cuantía de la indemnización es muy superior en los países del *Common Law*, en los cuales –en determinadas circunstancias– puede comprender *punitive damage*, indemnizaciones tendientes a reparar el daño de naturaleza cuasi penal, lo cual es desconocido en los países del *Civil Law*.

Para Gonzales Campos⁵, la correlación entre el juez y la Ley no es un fenómeno anormal

³ AUDIT, Bernard. “Le Droit International Privé en quete d’universalité”. En: Recueil de Cours. Tomo 305. 2003. pp. 361-364.

⁴ JAYME, Erick. “Identité culturelle et intregation. Le Droit International Privé post moderne”. En: Recueil de Cours. Tomo 251. 1995. pp. 47-48.

⁵ GONZALEZ CAMPOS, Julio. “Les liens entre la competence judiciare et la competence legislative en Droit International Privé”. En: Recueil de Cours. Tomo 156. 1977. pp. 342-444.

en el Derecho Internacional Privado, sino que por el contrario constituye una constante en el proceso histórico de nuestra disciplina, justificando la necesidad de un **conocimiento profundo** de la problemática del Derecho Judicial Internacional, en lugar de quedarse sólo en el estudio de los conflictos de leyes, porque un sistema de Derecho Internacional Privado no puede ser tratado en su realidad si no se considera junto a las reglas que determinan el Derecho aplicable, aquellas que dirigen la competencia del juez y el reconocimiento de las sentencias extranjeras por el foro. El sentido del progreso en la búsqueda de una solución justa y efectiva para las relaciones privadas está a favor de la separación de la competencia jurisdiccional y la competencia legislativa, lo cual es conveniente no sólo a los intereses de los Estados, sino también los intereses de la persona en su vida privada internacional.

A. Convenios Internacionales y Competencia Jurisdiccional

El principal debate del Derecho Internacional Privado contemporáneo se centra en distribuir los casos privados internacionales entre las distintas jurisdicciones nacionales en aplicación del derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión internacional, sin embargo, con excepción del ámbito integrado europeo, no se ha avanzado lo suficiente en la competencia judicial internacional.

En las Convenciones aprobadas por las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado realizadas por la Organización de Estados Americanos a partir de 1975, figuran la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, realizada en Montevideo en 1979 (CIDIP II), así como la organizada en La Paz en 1984 (CIDIP III) sobre la misma materia, conteniendo normas adicionales para la mejor aplicación del artículo segundo, inciso cuarto. Se advierte en estas convenciones que se apartan del excesivo **territorialismo** para admitir ciertas excepciones en la aplicación de la ley

procesal foránea. El Perú sólo ha ratificado la Convención de Montevideo de 1979.

Las dos Convenciones citadas están referidas a la **competencia judicial indirecta**, pero no tenemos ninguna sobre competencia judicial directa. Sin embargo, nos hace notar Fernández Arroyo⁶ que son varias las Convenciones Interamericanas que incluyen, entre una reglamentación sobre ley aplicable, unas cuantas normas de competencia internacional directa, buscando un paralelismo entre la competencia legislativa y la jurisdiccional. Especifica el autor citado: “[L]os artículos 8 de la Convención sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagares y facturas (CIDIP I); 6 de la Convención sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP II); 15, 16 y 17 de la Convención sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III); 8, 9 y 10 de la Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV); 6 de la Convención sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV); 15 y 16 (Arbitraje) de la Convención sobre contrato de transporte internacional de Mercadería por carretera (CIDIP IV); y 13 y 16 de la Convención sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V). La lectura de estas normas deja entrever tendencias en la reglamentación de la competencia judicial internacional en el ámbito Interamericano; la importancia que va adquiriendo el foro de la residencia habitual de la persona y el espacio dado a la autonomía de la voluntad de las partes. Ningún observador imparcial se atrevería a restar significación a estas reglas, las cuales, a excepción de las contenidas en la Convención relativa al transporte, están en vigor en un importante número de Estados. Dichas reglas deben ser objeto de especial consideración en cualquier desarrollo futuro de una reglamentación interamericana en materia de competencia judicial internacional”.

IV. INTERNACIONALIZACIÓN Y PLURALISMO DE LAS FUENTES

Durante todo el siglo XIX, y por lo menos los dos primeros tercios del siglo XX, se puede afirmar que las fuentes del Derecho Internacional Privado eran sobre todo nacionales. Nos dice

⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Aspectos esenciales de la Competencia Judicial Internacional en vistas de su reglamentación Interamericana”. En: Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadaba. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia. 2008. pp. 133-134.

Audit⁷ que uno de los fenómenos que marcan el Derecho Internacional Privado de fines del siglo XX en Europa es, indudablemente, la **internacionalización de las fuentes**, por la influencia de la Conferencia de la Haya y de la Unión Europea.

Esta internacionalización de las fuentes en nuestra disciplina y la aparición de nuevas fuentes nacionales, no se limitan a Europa sino más bien se ha universalizado, implicando no sólo a las Convenciones internacionales, sino sobre todo a las fuentes extraetáticas.

La globalización –según Charalambos Pamboukis⁸– ha generado grandes cambios, entre los que destaca el **cambio del modelo de decisión**, pasándose de la **governabilidad** a la **governanza**. Este nuevo término ensaya dar cuenta de las numerosas interacciones entre las fuerzas transnacionales, locales, nacionales y supranacionales. Es el vehículo de la idea de que los gobiernos no tienen el monopolio del poder y que otros órdenes o instancias participan en la regulación internacional. El gobierno estatal reposa sobre una concepción unitaria y unilateral del poder, en tanto la gobernanza es plural, multilateral y consensual. La gobernanza implica una estrecha relación entre lo público y privado, en varios niveles o lugares: Internacional, transnacional, regional, nacional y local. Recalca el autor citado que esto trae como consecuencia la aparición de nuevos lazos horizontales extraetáticos, al lado de los lazos verticales del modelo étático, ocasionando en lo que se ha venido a denominar la “crisis de la relación jurídica” en el sentido que la subordinación, no es más el único modelo concebible de relevancia de los órdenes jurídicos.

Los actores del espacio internacional no son sólo los Estados, sino también los operadores de los mercados y los actores de la sociedad. Concluye Pamboukis que el nuevo gobierno que engloba todos los mecanismos de regulación de la sociedad tiene una geometría variable, no estando ya fundada sobre el

principio piramidal, sino sobre arreglos y coordinaciones, lo que trae como consecuencia un cambio de modelo, de decisión y una alteración del modelo de soberanía.

No es ésta la oportunidad de profundizar sobre la problemática de la gobernabilidad y la gobernanza. Lo que sí es un hecho indiscutible es que, en la actualidad, el Estado-Nación se ve desbordado por la presencia de nuevas fuerzas económicas, políticas y sociales –tanto internas como transnacionales no convencionales– que concurren en la marcha del país e incluso del mundo.

Gaudemet-Tallon⁹ distingue entre las fuentes no convencionales: La costumbre internacional y los principios generales del Derecho de origen internacional; los usos del comercio internacional y la *lex mercatoria*, junto con los trabajos de los expertos internacionales. El simple enunciado de estas categorías muestra que estas fuentes pueden dar nacimiento tanto a normas obligatorias cuanto a un derecho desprovisto de este carácter, que la terminología anglosajona se denomina *soft law*, interviniendo en los dominios más variados con un rol particular en materia de Comercio Internacional.

El Derecho Internacional Privado siempre ha parecido una disciplina compleja y en la actualidad lo es más, porque es normal que las relaciones jurídicas internacional sean más difícil de regir que las relaciones jurídicas internas. Nuestra disciplina está cada vez más marcada por el pluralismo de las fuentes. Para la autora, **el pluralismo evoca un sistema**, un orden, no una simple coincidencia. Sin embargo, el sistema aparece a veces poco coherente. La finalidad del Derecho Internacional Privado consiste en dar una coherencia sistémica que justifique que se hable de pluralismo y no de una pluralidad.

El término es utilizado a menudo por los internacionalistas, y el profesor Rigaux¹⁰ ha

⁷ AUDIT, Bernard. “Le Droit International Privé a la fin du siècle XX, progres o recul?”. En: Revue de Droit Comparé. Paris. 1998. p. 421.

⁸ CHARALAMBOS PAMBOUKIS. Op. Cit. pp. 62-73.

⁹ GAUDEMET-TALLON, Helene. “Le pluralisme en Droit Internationale Privé: Richesses et faiblesses”. Recueil des Cours. Tomo 312. 2005. pp. 45-94.

¹⁰ RIGAUX, François. “El Pluralismo Jurídico frente al Principio de Realidad. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela”. Madrid. 1979. p. 291.

demostrado que toda concepción pluralista del Derecho se inspira del “Principio de realidad, reconociendo de entrada del juego la coexistencia de diversos órdenes jurídicos: Derecho Internacional, múltiples derechos étáticos, sistemas jurídicos no étáticos”.

Para Gaudemet-Tallon, hay dos fenómenos contemporáneos que nos permite constatar el estado actual del Derecho Internacional Privado con las riquezas y debilidades del pluralismo. Se trata, de una parte, de la confrontación entre la mundialización y la necesidad de preservar las identidades nacionales individuales y colectivas; y de la otra, el hecho que todas las categorías jurídicas tienen fronteras cada vez más inciertas que enturbian el paisaje jurídico.

La profesora hace un balance de las fortalezas y debilidades del pluralismo de las fuentes, permite resaltar, como **aspecto positivo**: La multiplicidad de las fuentes, lo cual permite, de una parte, responder mejor a la diversidad de las situaciones internacionales y, por la otra, adaptarse mejor a la diversidad de los espacios geográficos concernidos.

En la medida en que hay interacciones entre las fuentes del Derecho y su contenido, la diferenciación de las fuentes se impone. Es perfectamente normal que las fuentes del Derecho difieran sensiblemente según los sectores concernientes. Así, por ejemplo, las relaciones civiles extra-patrimoniales necesitan un Derecho más formalista y apremiante, pues el Derecho de las Personas y de la Familia deben desenvolverse en cánones previstos dentro de los cuales las personas naturales puedan vivir. El particular, en el actuar internacional, debe conocer las reglas de juego establecidas según los procesos clásicos de los textos legislativos nacionales y de las convenciones internacionales.

En cambio, para las **relaciones comerciales**, se concibe mejor el rol de las fuentes informales, espontáneas a veces, no apremiantes, emanadas de la misma comunidad de los actores interesados; el rol cada vez más importante del arbitraje refuerza esta constatación. Al mismo interior de las relaciones comerciales, la diversificación de las fuentes responde a la diversidad de los sectores concernidos. Los problemas a resolver no son los mismos –por ejemplo– si se trata de transportes internacionales, o de la protección interna-

cional de los bienes culturales; motivo por el cual se crean organismos internacionales especializados que producen normas adaptadas a cada uno de los sectores correspondientes.

Concluye la profesora Gaudemet-Tallon que la multiplicidad de las fuentes en la especialización de los órganos productores de Derecho, permite una mayor adaptación a las necesidades específicas de cada sector de las relaciones internacionales. Otra ventaja de la multiplicidad de las fuentes es la adaptación del Derecho a variados espacios geográficos.

A veces se impone la necesidad de convenciones de vocación universal, por ejemplo, el niño debe ser protegido tanto en su persona cuanto sus bienes en todas partes, por lo que es importante la adopción –a nivel mundial– de convenciones internacionales que traten tanto de los derechos sustanciales del niño, cuanto de los mecanismos de Derecho Internacional Privado que permiten hacerlo respetar. El éxito de la Convención sobre Adopción Internacional de Menores de 1993 se debe a que en la preparación del texto participaron representantes de los **países adoptantes** y de los **adoptados**, siendo más fácil prever **reglas de cooperación** que reglas de conflicto de leyes, lo cual explica el éxito de esta convención. También las fuentes intervienen a nivel intermedio que es el regional, lo cual es legítimo; el esfuerzo más logrado a nivel mundial es el Derecho comunitario de la Unión Europea.

En lo que respecta a los **aspectos negativos**, la profesora Gaudemet-Tallon precisa que la primera y más evidente es la dificultad para el operador del derecho de **identificar la fuente pertinente** en cada caso, lo cual sin lugar a duda no resulta fácil.

En conclusión, –para la autora– la multiplicidad de las fuentes del Derecho de las relaciones privadas internacionales es un fenómeno inevitable y que tiene sus aspectos positivos, sobre todo cuando la **coordinación** entre la diversidad de fuentes está bien organizada, entonces sí se puede hablar de un verdadero **pluralismo de las fuentes**.

Hay que evitar las modificaciones constantes de los textos existentes. Ciertamente, el mundo evoluciona, mas el jurista debe evitar la precipitación. Es también deseable que las

categorías jurídicas sean claras y que los textos tengan **dominios de aplicación precisos**, a fin de evitar la inseguridad jurídica. Pero, sobre todo, el número de fuentes no debe ser multiplicado indefinidamente y sólo hay que adoptar las normas necesarias.

V. PLURALISMO METODOLÓGICO NORMATIVO

Nos dice Boggiano¹¹ que en la base del nuevo Derecho Internacional Privado está la admisión y utilización del **pluralismo metodológico normativo**, no tanto por la internacionalidad de los casos, como por la valoración y principios de las diversas esferas del Derecho material en que tales casos se presentan. El pluralismo metodológico da lugar a un sistema normativo en el cual aparece una concurrencia de diversas estructuras normológicas que son: Los métodos conflictualista (i), sustancialista (ii) y el autolimitativo o exclusivista (iii); conservando aún el primero de ellos, un papel preponderante en la reglamentación del tráfico externo, pero no exclusivo.

El método conflictualista clásico llamado también de atribución o de creación, presenta limitaciones que desde la década del 70 del siglo pasado se observan, por lo que frecuentemente los internacionalistas hablaron de una crisis en la concepción tradicional de nuestra disciplina.¹² Esto se debe fundamentalmente a la incapacidad del método conflictual para reglamentar por sí solo y en forma adecuada todos los supuestos de tráfico privado externo. En tal sentido, las mayores limitaciones que presentaría este método –según Carrillo Salcedo¹³– serían los siguientes:

- a. El método de atribución proporciona una **solución interna a un problema de carácter internacional**, ya que remite la solución del caso a la ley material interna del Estado con el cual éste se encuentra más vinculado. Esto representa una gran limitación

frente al creciente desarrollo del Comercio Internacional, el cual requiere soluciones materiales directas previstas de antemano para un tipo especial de relaciones internacionales, adaptadas especialmente a su carácter internacional y exclusivamente aplicables a ésta.

- b. Asimismo, no toma en cuenta la cada vez **mayor influencia del Estado** –con múltiples **variantes**, dependiendo del nivel de desarrollo y del sistema socio-político y económico imperante en los países involucrados– en el desenvolvimiento de las relaciones privadas. Esto determina no sólo el otorgarle menor consideración al Derecho extranjero, sino en ocasiones la exclusión de la aplicación de la Ley extranjera en principio competente en campos y materias que el ordenamiento estatal considera fundamentales para los intereses del Estado y de la sociedad nacional, y la aplicación de normas de Derecho interno de aplicación necesaria o inmediata del ordenamiento jurídico del foro: Leyes de policía y seguridad y leyes de orden público.

A juicio de Boggiano, el conflictualismo clásico se mantiene inspirando las reglas generales. El sustancialismo crece pese a su vital simplicidad, mas no puede regir todos los ámbitos de la materia y requiere el indispensable complemento integrador del conflictualismo. Es más: aún allí donde rige el sustancialismo, también requiere el auxilio conflictualista. El exclusivismo sólo puede armonizarse y servir al fin del Derecho Internacional Privado si se limita a ser **estrictamente excepcional**.

Según Aguilar Navarro¹⁴, en las últimas décadas del siglo XX, el panorama doctrinal registra una tendencia que se caracteriza por un intento de renovación de nuestra disciplina desde el ángulo de los problemas técnicos jurídicos. Adicionalmente, la pluralidad metodológica

¹¹ BOGGIANO, Antonio. "Del viejo al nuevo Derecho Internacional Privado". Buenos Aires: Editorial De Palma. 1981. pp. 10-13.

¹² KEGEL, GERHARD. "The crises of conflicto of law". En: Recueil des Cours. Tomo 112. 1974. pp. 92-200.

¹³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Derecho Internacional Privado". Segunda Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 1976. pp. 186-194.

¹⁴ AGUILAR NAVARRO, Mariano. "Derecho Internacional Privado". En: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Cuarta edición. Madrid. 1982. pp. 390-391.

normativa, hay autores que auspician **nuevas categorías** para el Derecho Internacional Privado. Tal es el caso de David F. Cavers, quien, partiendo de la premisa de que las reglas de conflicto son reglas mecánicas que operan escogiendo la ley aplicable con los ojos cerrados, ya que se desentienden de la reglamentación sustancial que será dada por su intermedio al caso específico, proponen su noción de **principio de preferencia**, que, tienen en cuenta las soluciones de los derechos materiales presentes en el caso de tráfico externo, la defensa de **reglas elásticas** para una debida localización del supuesto, y el análisis de las *policies in the chose of law* de los objetivos y los principios generales del Derecho Internacional Privado¹⁵.

Esta orientación, en su conjunto, es reveladora de una insatisfacción doctrinal frente al formalismo y al conceptualismo antes dominante; y, mediante un análisis profundo de la dimensión técnico-jurídica de nuestra disciplina, busca un acercamiento necesario entre el mundo de las normas, de las realidades y de los valores en la vida privada internacional a fin de alcanzar soluciones justas utilizando medios viables.

La falta de una debida internalización del método conflictual—al dar al caso subjúdice una solución sustantiva nacional a un problema de tráfico externo— ha traído como consecuencia la necesidad de la **complementación** del método conflictual con el método sustantivista o de creación.

Como resalta Boggiano¹⁶, no se trata ya de solucionar el caso mediante la aplicación de un Derecho nacional comúnmente aplicable a relaciones internas e internacionales sin discriminación, si no que ahora se trata de **crear un nuevo marco de Derecho adaptado a la naturaleza internacional de la relación a regular**, el cual muchas veces podrá incluso resultar contrario al que el ordenamiento del foro tiene previsto para las relaciones y situaciones internas.

El carácter eminentemente internacional de ciertos sectores de la vida económica y del Derecho comercial —transportes, títulos valores, determinados contratos, entre otros— demanda una solución diferente a la prevista por un Estado para las relaciones internas, que es la solución a la cual nos conduce el método de atribución a través de las normas de conflicto. No obstante, este método de reglamentación sólo alcanza plenamente su objetivo cuando existe una **comunidad de principios jurídicos** que permite el logro de soluciones realmente uniformes entre los ordenamientos jurídicos en presencia.

A. Orígenes

Aun cuando el método sustancialista ha sido conceptualmente desarrollado recién en el siglo XX, con la obra de Jitta¹⁷, el empleo de la técnica de las normas materiales se remonta a la Baja Edad Media. Efectivamente, en el siglo XIII, época de crecimiento y florecimiento de importantes ciudades del Occidente Europeo, donde diversas zonas se erigen como autónomas, y también época del nacimiento de la técnica conflictualista, se vio la necesidad de dotar al Comercio Internacional de una regulación material que le proporcionara soluciones uniformes directas para resolver los múltiples casos que se presentaron entre los súbditos de diferentes regiones autónomas, regidas todas ellas por diferentes legislaciones.

De este modo, podemos observar que los mercaderes que se desplazaban por las ferias de Europa —desde la Champaña francesa: Lille, Ypres, Doui y Brujas en Flandes; Colonia, Leipzig y Luebck en Alemania; Novorov en Rusia y, desde el norte, a Venecia— desarrollaron una regulación material y directa, un *ius mercatorum* para regir sus relaciones comerciales.

B. Clasificación de las normas materiales

El maestro Batiffol¹⁸ clasifica las reglas materiales en (i) reglas nacionales, (ii) reglas

¹⁵ EVRIGENIS, Dimitros. "Tendences doctrinales actuels en Droit International Privé". En: Recueil de Cours. Tomo 118. 1966. pp. 334-354.

¹⁶ BOGGIANO, Antonio. "Derecho Internacional Privado". Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 2008. pp. 49-55.

¹⁷ JITTA, Josephus. "Método del Derecho internacional Privado". Traducción de José F. Prida. Madrid: Editorial la España Moderna.

¹⁸ BATIFFOL, Henri. "Le pluralisme des Methodes an Droit International Privé". En: Recueil de cours. Tomo 134. 1973. pp. 107-135.

convencionales y (iii) Derecho espontáneo, según su fuente de creación; otros autores utilizan los términos de normas étáticas, interetáticas y extraetáticas.

1. Normas étáticas

Varias de las más modernas legislaciones establecen soluciones materiales para determinadas situaciones jurídicas, tales serían por ejemplo, los casos siguientes: El Código Civil español, en su artículo 732, autoriza a los españoles a otorgar testamento ológrafo en el extranjero, aun cuando en el país donde éste fuera extendido no admitiera dicha forma; el Código Civil peruano, en su artículo 2068, autoriza a aplicar las presunciones de sobrevivencia contenidas en el artículo 62 del mismo Código cuando un efecto jurídico dependa de la sobrevivencia de una u otra persona, y éstas tengan leyes domiciliarias distintas y las presunciones de sobrevivencia de estas leyes también fueran incompatibles.

También pertenecen al género de normas materiales de producción nacional todas aquellas normas relativas a:

- a. Los **conflictos de jurisdicción**, a la competencia judicial internacional. Así, por ejemplo las normas contenidas en el Título II del Libro X (artículos 2057 al 2067 del Código Civil), que regulan directa y materialmente todo lo referente a la competencia judicial directa, respondiendo a las diferentes interrogantes que pueden presentarse acerca de la competencia de los tribunales peruanos para conocer determinadas situaciones de tráfico externo: Como por ejemplo, si el domicilio de un extranjero en el Perú es un factor suficiente para otorgarle competencia a los tribunales nacionales. El artículo 2057 de nuestro Código le da una respuesta material y directa al problema.
- b. Las **reglas que regulan el procedimiento** a seguir cuando se trata de juzgar un caso con elementos extranjeros jurídicamente relevantes.

Así, estas normas determinarán de manera sustancial y directa cuál va a ser la ley aplicable: La ley extranjera o la peruana; a las pruebas dentro de un proceso judicial donde siendo competente el tribunal peruano, éste debe aplicar una ley extranjera en tanto ley del contrato.

- c. Las **reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencia**, contenidas en el Título IV del Libro X del Código Civil, artículos 2102 al 2111. Es frecuente que se invoque en el Perú un fallo en el extranjero. El Título IV contiene un conjunto de normas dirigidas a regular sustancialmente el reconocimiento y ejecución que han sido solicitados.
- d. Las **reglas relativas a la condición de los extranjeros**, es decir la aptitud de los extranjeros a ser titulares de derechos en el Perú y las reglas relativas a la **nacionalidad**, ya que para determinar la condición del extranjero es preciso poder distinguir a éstos de los nacionales.
- e. Asimismo, pertenecen a la reglamentación sustancial de fuente interna las llamadas normas autolimitativas de aplicación necesaria, las cuales por sus peculiares características las trataremos posteriormente.

2. Normas interetáticas, Derecho uniforme

Como su nombre lo indica son normas creadas por convenios o tratados internacionales. Para Pérez Vera¹⁹, la directriz básica “consiste en armonizar las propias soluciones con los otros sistemas jurídicos con lo que predomina la tendencia a la uniformidad. Estamos en presencia de un Derecho uniforme en el sentido de un conjunto de disposiciones legislativas adoptadas por los Estados con la finalidad de someter a la misma reglamentación relaciones jurídicas”. Nos recuerda Carrillo Salcedo²⁰ que su finalidad es borrar la diversidad de los ordenamientos y excluir así su posible conflicto; acertaba

¹⁹ PEREZ VERA, Elisa. “Memoria pedagógica sobre concepto, método y fuentes de derecho internacional privado”. Granada. 1973. pp. 336.

²⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit. pp. 129-143.

Malaurie²¹ cuando decía ante el Comité Francés de Derecho Internacional Privado en 1965 que “la diversidad de las normas jurídicas es una riqueza, o una maldición que acompaña a nuestro planeta desde la Torre de Babel y que no cesará más que el día en que todos los hombres se rijan por la misma ley”.

Por técnica que pudiera ser en apariencia una norma jurídica, es siempre la traducción de una política y la uniformidad jurídica supone por tanto una política común, esto es, una unidad de soberanía política que por definición queda todavía excluida en la situación actual del orden internacional; pero es que además, insistía Malaurie “que para que una ley fuera verdaderamente uniforme había que regir sociedades de un mismo desarrollo económico y de civilización equivalente, lo que desde luego no siempre ocurre”, salvo el caso de la Unión Europea.

Concluye Carrillo Salcedo que la unificación del Derecho se presenta en realidad como algo siempre inacabado y la verdad es que ninguna de las variedades del Derecho uniforme convencional excluye totalmente la diversidad jurídica y por consiguiente, el posible empleo de normas de conflicto.

Las reglas materiales al ser de carácter excepcional, y por tanto aplicables sólo en el definido espacio de su mandato expreso, no pueden extender su aplicación fuera de este ámbito, lo cual significa que aquellos aspectos no alcanzados por las normas materiales pertenecen al dominio exclusivo de las normas de conflicto. Por tanto, como resalta Opertti²², el método de atribución no sólo mantiene aún una función que le es propia e indelegable, “esto es, resolver la aplicación de la ley en el espacio”, sino que ahora además cuenta con otra importante tarea: La de delimitar el alcance de las normas materiales uniformes respecto de los derechos nacionales aplicables a la misma materia. Como señala el maestro Batiffol²³: “[S]i se pretende hacer Derecho uniforme sin conflicto de leyes, ocurre como cuando se pretende hacer física sin matemáticas: [S]i se quiere ganar tiempo y

prescindir de una herramienta cuyo empleo parece bastante complicado, lo único que se consigue es perder más tiempo que el que se hubiera perdido en aprender a usarla. En el mismo sentido, si pretendemos hacer Derecho uniforme prescindiendo totalmente del conflicto de leyes, no llegaremos a resolver el problema, ya que este problema reaparecerá en algún momento”.

Si bien la finalidad del Derecho uniforme es borrar la diversidad de los ordenamientos jurídicos y excluir así su propio conflicto, **esta diversidad no llega a desaparecer**. La unificación sólo es posible en ciertas materias que pueden ser unificadas debido a que no ofrecen una mayor resistencia por parte de los Estados, dado que se trata de materias en donde existe un fondo común de principios.

Hay otras materias, que por el contrario, propician este tipo de unificación, por ejemplo, materias de naturaleza patrimonial, como es el caso de transportes, seguros, compra-venta, títulos valores, entre otras.

La creación de soluciones generales directas y uniformes no garantiza sin embargo, soluciones uniformes concretas en todos los casos, debido a que ante la ausencia de un tribunal internacional de competencia específica para resolver los casos de Derecho Internacional Privado, éstos tiende a ser resueltos por los tribunales nacionales, los cuales al aplicar las soluciones convencionales pueden fácilmente introducir la desunificación jurisprudencial de las soluciones. En la Unión Europea, para hacer viable el Derecho uniforme comunitario se han creado tribunales supranacionales que unifican la jurisprudencia.

3. Normas extraetáticas o transnacionales

Son normas que nacen de un medio social transnacional de naturaleza no estatal: El del **comercio internacional**. El Derecho uniforme surge y se desarrolla no sólo a través del Derecho convencional uniforme,

²¹ MALAURIE, Phllipe. “Loi uniforme et conflits de lois”. Travaux du Comité Francais de Droit International Privé. 1964-1966. Paris. pp. 83 y siguientes.

²² OPERTTI BADAN, Didier. “Objeto y Método en el Derecho Internacional Privado”. Montevideo. 1986. pp. 134-138.

²³ BATIFFOL, Henri: “Travaux du Comité Francais de Droit International Privé”. París. 1967. pp. 101-102.

sino también y sobre todo por la acción autónoma y espontánea de la práctica que ha dado origen al llamado Derecho espontáneo o nueva *Lex Mercatoria* internacional porque supone en gran medida la resurrección de la *Lex Mercatoria* que surgiera en el siglo XIII y rigiera el comercio internacional europeo²⁴.

La *Lex Mercatoria* comprende fundamentalmente: (i) El Derecho corporativo y profesional de ciertos sectores de la vida internacional; (ii) los usos y costumbres, por ejemplo, los relativos al mercado de euroobligaciones; (iii) las condiciones generales de venta de la Cámara Internacional de Comercio; (iv) los contratos-tipo, por ejemplo los de la London Corn Trade Association; (v) el Arbitraje Privado Internacional.

En tal sentido, –como lo señala Carrillo Salcedo²⁵– la sociedad internacional extra-estatal y no nacional de compradores y vendedores se apoya sobre organizaciones profesionales que elaboran un Derecho corporativo o profesional, emplea, contratos-tipos, manifiesta una marcada predilección por el arbitraje, y tiene la firme convicción de que las relaciones mercantiles internacionales deben estar reguladas por normas propias y específicas.

Este Derecho espontáneo permite regular en forma preventiva una multiplicidad de relaciones que se dan con frecuencia en la sociedad internacional, dotando así al Comercio Internacional de un método directo, ágil y propio para regular y facilitar el desenvolvimiento de las relaciones mercantiles internacionales, ya que son los propios comerciantes organizados quienes se asocian y dictan sus reglas de usos.

Pero este Derecho consuetudinario uniforme sólo tiene plena vigencia en la medida en que los ordenamientos jurídicos estatales lo toleran y consienten. En los propios

países capitalistas, el Estado interviene progresivamente en el comercio exterior hasta el punto que la libertad de este sector de la vida social no es más que un principio devorado por excepciones. Aunque se diga que en la práctica del arbitraje se puede reducir al mínimo el riesgo de recaer en las soluciones nacionales, particulares y diversas, –puesto que los árbitros tienen por misión resolver en función de normas propias de acuerdo al Comercio Internacional–, normas a nacionales en el sentido que no dependen de un ordenamiento jurídico nacional, la verdad es que este poder de los árbitros no está admitido en todos los sistemas jurídicos.

El maestro Batiffol²⁶ se pregunta en qué medida puede confiarse a las personas privadas la tarea de legislar y establecer lo que es Derecho, incluso en el medio de compradores y vendedores en esa sociedad internacional de comerciantes. Advirtiéndonos sobre la posible ligereza de una respuesta afirmativa, porque también en ese medio hay fuertes que pueden abusar de su poder, por lo que habría que proteger a los débiles. Decía el fraile dominico Lacordaire en el siglo XIX: “En las relaciones entre débiles y poderosos es la ley la que libera y la libertad la que oprime”.

Para restablecer el equilibrio entre las partes de un contrato e impedir el abuso es que las normas jurídicas de las sociedades han legislado en materia de contratos, evitando que un contrato –por el solo hecho de ser internacional– no esté limitado legítimamente por ninguna ley, siendo sólo obligatorias todas sus cláusulas por la sola fuerza del consentimiento de las partes. La Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de la Comunidad Económica Europea, de 19 de junio de 1980, en sus artículos 5 y 6 tiene normas especiales para proteger a los consumidores y a los trabajadores²⁷.

Nos dice Virgos Soriano²⁸ “que la ley de la residencia habitual del consumidor se

²⁴ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Tomo I. Tercera Edición. Lima. Fondo Editorial de la PUCP. 2007. pp. 76-79.

²⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit. pp. 124-125.

²⁶ BATIFFOL, Henri. Op. cit. pp. 121-132.

²⁷ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. Op. cit. Tomo II. pp. 435-443.

²⁸ VIRGOS SORIANO, Miguel. “Las cosas y los derechos reales en Derecho Internacional Privado”. Madrid: Eurolex. 1955. pp. 169-171.

convierte en el eje en torno al cual el Convenio de Roma permite operar una elección del Derecho aplicable por las partes contratantes: El alcance real de la autonomía de la voluntad vendrá dado por el contenido de protección que el Derecho de aquel país establezca a favor del consumidor. La ley objetivamente aplicable marca los límites de contenido de la ley elegida. Por eso la autonomía de la voluntad permitida en el artículo 5.2 es, aunque conflictual, una “autonomía” dependiente. La segunda regla prevista en el artículo 5.4, en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, el contrato se regirá por la Ley del país donde el consumidor tiene su **residencia habitual**.

En lo que respecta al **contrato de trabajo**, la protección de la parte débil es la idea fuerza que inspira el artículo 6 del Convenio de Roma relativo al contrato individual de trabajo, el cual si bien no es definido en el mismo, puede inferirse del Informe Giuliano-Lagarde que se trata de una noción autónoma, es decir, extraída del sentido y fin del artículo 6. Según Virgos Soriano, se entiende por “contrato de trabajo el contrato referido a un servicio bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración, con las notas de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, cubriendo también las relaciones de trabajo de mero hecho”²⁹.

Para Fresnedo Aguirre³⁰, la desigualdad de poder de negociación de las partes aparece incluso en contratos comerciales internacionales, como un problema permanente para los países en desarrollo. El Comercio Internacional proporciona una amplia variedad de situaciones en las que, a pesar de ser ambas partes comerciantes, una de ellas tiene un mayor poder de negociación, en general porque es económicamente más poderoso: Cabría citar, por ejemplo, los contratos de seguros, los de intermediación, y todos los contratos de adhesión en general.

Concluye la autora que esto se ve agravado si el consumidor de los servicios o el comprador del país receptor se ve ante una falta de opciones

total, derivada del manejo monopólico, o por lo menos coordinado, de los contratos-tipo por parte de los suministradores de servicios o bienes. Si todos los transportistas que ofrecen sus servicios en el mercado incluyen las mismas o equivalentes cláusulas de elección de la ley y del foro en sus conocimientos de embarque ya impresos, el importador extranjero no tendrá ninguna posibilidad de negociación sobre esos puntos, aunque sea un comerciante.

En los países consumidores de los servicios de los armadores, la única acción del Estado en defensa de sus comerciantes se limita a la exigencia de que se establezcan negociaciones y que las tarifas y fletes se aprueben por la autoridad pública, en cuanto a la unánime adopción de cláusulas de elección de ley y jurisdicción fuera de los países consumidores, la defensa surge sólo de la existencia de normas de orden público, que genéricamente las prohíben.

VI. MÉTODO AUTOLIMITATIVO O EXCLUSIVISTA

Existen en cada ordenamiento jurídico, supuestos en los que el legislador ordena la aplicación de su Derecho interno a la relación o situación de que se trata, aunque en la misma existiesen elementos extranjeros, porque en estas hipótesis al legislador sólo le interesa determinar el ámbito de aplicación personal y territorial de su propio sistema jurídico, sin conceder relevancia jurídica a los factores de extranjería eventualmente existentes, ni a un Derecho extranjero, con al que aquellos pudiesen encontrarse estrechamente vinculados. En este caso sólo se tiene en cuenta las exigencias del ordenamiento jurídico del foro, su eficacia y homogeneidad³¹.

El planteamiento de este problema, sin embargo, no es una novedad de nuestros días, sino que se remonta a la época de Savigny, que ya había observado: “[S]i hasta ahora hemos llegado a reconocer que para decidir acerca de una relación de derecho en el caso de colisión entre diferentes Estados independientes, debía aplicar el juez el

²⁹ *Ibid.* pp. 174–178.

³⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria. 1991. pp. 98-101.

³¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Op. cit.* pp. 107-118.

Derecho local a que pertenece la relación litigiosa, sin distinguir si este Derecho es el de su país o el de un Estado extranjero. Asimismo, también debe reconocerse que existe una excepción a este principio [...] pues hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados". Estas leyes nacionales de **naturaleza positiva rigurosamente obligatoria** exigen al juez aplicar exclusivamente el Derecho nacional y a excluir la Ley Extranjera³².

Francescakis³³ nos dice que son normas de aplicación inmediata aquellas cuya observancia es necesaria para salvaguardar la organización política, social o económica del país, ya que el Estado debe velar por la integridad de sus estructuras sociales y la cooperación internacional no puede comenzar más que una vez que aquel deber primario haya sido cumplido y aquella exigencia básica haya quedado satisfecha. Se trata no sólo de normas que afectan a la organización política del Estado, sino también de aquellas otras referidas a los objetivos sociales y económicos que el Estado protege a través de estructuras organizadas o fuertemente controladas e intervenidas estatalmente. No hay que identificar las normas de Derecho interno de aplicación necesaria con las normas internas de Derecho Público, lo que es erróneo, ya que no todas las normas de Derecho interno de aplicación necesaria son normas de Derecho Público.

Son normas de aplicación necesaria las de protección de los incapaces, de la infancia y de la juventud; las relativas a las derivadas del contrato de trabajo o las que organizan la vida económica del país regulando materias tales como banca, bolsa, seguros, inversiones de capital extranjero, control de cambios, comercio exterior, etcétera.

Mientras algunos autores admiten la flexibilidad y la naturaleza jurisprudencial no escrita de este tipo de normas jurídicas, otros entre los que se encuentra Carrillo Salcedo se muestran partidarios de exigir el carácter legislativo de las normas de Derecho interno

de aplicación necesaria. La existencia de estas normas es una realidad que no puede ser ignorada, pero debe ser **interpretada restrictivamente**, por ser una excepción. De no ser así, los tribunales pueden tender a lo que se ha venido a llamar el imperialismo jurídico del Derecho del foro, y aplicar siempre su Derecho interno. Nos dice Carrillo Salcedo que una cosa es la tendencia a favorecer la aplicación del Derecho del foro y otra muy distinta afirmar la absurda tendencia de que el ordenamiento del foro tiene competencia exclusiva para regular todos los supuestos del tráfico externo.

El método de las normas de aplicación necesaria o inmediata va en contra de una de las exigencias primarias del Derecho Internacional Privado, el respeto debido al elemento extranjero existente en todo supuesto de tráfico jurídico externo, ya que frente a las normas de policía desde el ángulo visual de la jurisdicción del país que ha dictado la norma de policía, ni los jueces ni las partes deben atender otro derecho que no sea el indicado por dichas normas; así como tampoco deben concederle relevancia jurídica alguna a la vinculación extranjera del caso en cuestión.

La Corte Internacional de Justicia al resolver el conflicto entre los Países Bajos y Suecia en el caso Boll en 1958, diferencia entre la **tutela institución de Derecho Privado** –cuyo objetivo primario es la protección del menor–, y las **medidas de seguridad**, establecidas con el fin de evitar el abandono moral o material de los menores en la que es la sociedad que se defiende, y el Estado quien de modo expreso asume esta tarea. Batiffol y Francescakis, al comentar la sentencia, nos dicen que la Corte se ha situado en una posición clara según la cual el conflicto de leyes –referida a la tutela– no operaría en cada Estado más que una vez que se haya delimitado el ámbito de aplicación de determinadas leyes de tal Estado. Por consiguiente, las reglas de conflicto –tanto internas como internacionales– no entran en juego sino con posterioridad a la comprobación de que

³² SAVIGNY, Friedrich Carl. "Sistema de Derecho Romano Actual". Traducción de Mesia Puley. "Vigencia de la Leyes en el Tiempo y en el Espacio". Tomo VI. Madrid. 1879. pp. 138 y siguientes.

³³ FRANCESCAKIS, Phocion. "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et les rapports avec les règles des conflits de lois". En: Revue critique de Droit Internationale Prive. Paris. 1966. pp. 1-18.

las normas sustantivas del ordenamiento del foro no pretendan su impugnación al ser necesariamente aplicadas, cualquiera que fuera los elementos que pudieran darse en el supuesto de hecho de que se trate.

VII. CONCLUSIÓN

El contexto actual de evolución de nuestra disciplina nos permite comprobar la existencia de un **pluralismo metodológico** al servicio del tráfico jurídico externo. Podemos afirmar, siguiendo al profesor Talice³⁴ que serían tres los elementos fundamentales que permiten optar, en definitiva, por alguno de los métodos normativos: Conflictual, sustantivista o autolimitativo, a saber:

- a. La existencia de una comunidad más o menos fuerte de principios jurídicos entre los ordenamientos estatales.
- b. La mayor o menor internacionalidad de la relación a regular.
- c. Los valores involucrados en cada una de las diferentes situaciones presentadas.

La diversidad normativa metodológica nace de la cada vez mayor complejidad, diversidad y volumen de las relaciones de tráfico externo, así como del enriquecimiento del Derecho Internacional Privado, que demandan distintas opciones metodológicas y distintos medios para dar una respuesta jurídica más adecuada a la circunstancias del caso concreto³⁵.

³⁴ TALICE, Jorge. "Objeto y Método en el Derecho Internacional Privado". Montevideo. 1986. pp. 52-59.

³⁵ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. Op. cit. Tomo I. p. 88.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MINORIDAD FRENTE AL DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: BASES PARA LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TUTIVO DE LA FAMILIA

César Lincoln Candela Sánchez*

Las figuras de la familia y del niño han evolucionado en conjunto con los derechos que los revisten. En la actualidad, el principio del interés superior del niño ha cambiado la forma en cómo éste se desarrolla en el ámbito de la familia.

En el presente artículo, el autor hace una breve explicación sobre qué abarca el Derecho Internacional Privado, con especial énfasis en el interés superior del niño y su influencia para tutelar sus derechos frente al desplazamiento internacional.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal del Tribunal Administrativo de la Propiedad del Organismo de Formalización de la Propiedad (COFOPRI).

I. INTRODUCCIÓN

El desplazamiento y la retención internacional de menores no son problemas recientes. Así pues, para darnos una idea, Brizzio¹, citando a Hidalgo, refiere el caso del sobrino de Ludwig van Beethoven, quien a la muerte de su padre (y hermano del notable músico), sustrajo al niño del poder de su cuñada por el motivo de la desatención y falta de cuidados para posteriormente trasladarlo a Austria.

Lo que podría pensarse un hecho relacionado a una celebridad de la música y al pasado, se constituye en tiempos de la globalización en un fenómeno frecuente y con gran vigencia en los cinco continentes, gatillado por factores conjuntos como las crisis matrimoniales o de uniones de hecho y las facilidades para la movilidad humana entre países que contribuyen a la dispersión internacional de la familia.

Este contexto suele complicarse aún más, en casos de matrimonios o uniones de hecho anidadas en culturas diversas, con puntos de contacto en territorios remotos o con mutabilidad de domicilios. De ahí que, ante el conflicto entre los esposos o concubinos, el supuesto más frecuente es que uno de los progenitores toma la decisión de desplazar al menor de su residencia habitual ante el desconocimiento u oposición del otro, produciéndose de ese modo la sustracción internacional².

Puede también presentarse el caso que uno de los progenitores convenga en que el otro traslade al menor al extranjero con el compromiso de retornarlo dentro de un plazo estipulado, el cual empero se incumple llegando a consumarse la retención ilícita.

En el ojo de la tormenta familiar y la lucha de poder entre los adultos, encontramos a los niños, niñas y/o adolescentes que por su grado de vulnerabilidad se convierten a menudo en víctimas de la crisis familiar, en armas de presión o trofeos conquistados por alguno de los progenitores.

En procura de dar una respuesta tuitiva observamos que los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia se orientan a apuntalar los derechos y el interés superior del menor, como se evidencia en el sistema de las Naciones Unidas a través de la Convención sobre Derechos del Niño, el instrumento universal más importante³, vinculante para el Perú y con rango constitucional.

En el caso de los instrumentos jurídicos internacionales sobre desplazamiento internacional de menores se advierten sin embargo, entre otros, problemas derivados del concurso de tratados y disfuncionalidad con el derecho interno.

En efecto, cuando sucede el desplazamiento de niños, niñas y adolescentes, algunos Estados se encuentran desvalidos de fuentes jurídicas internas aplicables en forma uniforme, que permitan articular los compromisos internacionales o, en el mejor de los casos, que se registre ausencia de normas de conflicto de Derecho Internacional Privado entre los ordenamientos jurídicos concernidos con la controversia que no favorecen lecturas uniformes permeables al Derecho extranjero en beneficio del proyecto de vida del menor (justicia conflictualista).

Es, por ello, necesario pasar revista en forma sucinta a la evolución de los enfoques de derechos fundamentales de la minoridad frente al fenómeno del desplazamiento internacional de menores que describen el escenario en que interactuará el Derecho Internacional Privado Tuitivo de Familia para alcanzar la restitución de los niños, niñas y adolescentes.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como precisión de partida hay que señalar entonces que el núcleo de éste artículo se ubica en el continente del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado es la disciplina jurídica que se encarga de la

¹ BRIZZIO, Jacqueline. "La aplicación de la CIDIP IV sobre restitución internacional de menores en los tribunales de Córdoba". En: Revista La Ley. 2004. p. 1028.

² Ibidem.

³ Ibidem.

producción de reglas⁴ y directivas para la solución de controversias derivadas de la relación privada internacional, entendida como aquella situación jurídica surgida del tráfico externo que es privada porque vincula a los particulares⁵, (no excluyendo al Estado cuando actúa despojado de su *ius imperii*, como un particular) y que es internacional, al presentar elementos extranjeros relevantes (lugar de residencia habitual, lugar de ubicación de los bienes, ley de la nacionalidad, entre otros).

Tradicionalmente, se ha reservado como contenidos del Derecho Internacional Privado a (i) las cuestiones de **competencia jurisdiccional**, es decir, dirimir el órgano jurisdiccional o la autoridad competente para la solución de la controversia; (ii) el **Derecho aplicable** que apunta a decidir la fuente jurídica aplicable por la autoridad (*forum*); (iii) el **reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros**, lo que se materializa a través del proceso de *exequátur*; y, (iv) la **cooperación judicial y/o administrativa internacional**⁶, por la cual se persigue que la medida de restitución o de protección dictada por una autoridad pueda tener efectos extraterritoriales, a través de las sinergias de las denominadas Autoridades Centrales.

Hoy, se anexan nuevas dimensiones jurídicas a la disciplina, comprendiendo (i) el estudio de la movilidad humana internacional a través de los flujos de personas que participan de las migraciones internacionales⁷; (ii) el intercambio de bienes y servicios a partir de la liberalización de los mercados y de los procesos de integración; pero también al (iii) combate de las actividades transfronterizas ilícitas⁸ en un horizonte ampliado de víctimas, como

puede ser el caso de uno del hijo (menor y/o adolescente), progenitor, y ciertamente, la familia.

III. LA RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL DE FAMILIA: LÍNEA DE TRASMISIÓN PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TUITIVO

El régimen de familia en el Derecho Internacional Privado contemporáneo va más allá de la categoría “familia” cimentada sobre el matrimonio, el cual incluso no es de estructura única⁹. El modelo de matrimonio condiciona el concepto de familia y, así pues, de acuerdo a su evolución histórica observamos que éste pivotó en sus inicios en torno a los principios de dependencia, autoridad marital, jerarquía y subordinación.

En tiempos más cercanos, se deben reconocer más bien otros factores reorganizadores como la monogamia (y, en otros contextos incluso, la poligamia), la heterosexualidad y la exogamia, aunque sujetas empero a variaciones de acuerdo a los contextos sociales, culturales y económicos de cada región del mundo.

Es por ello que si, durante el siglo XIX, el matrimonio era la base de la familia y sustrato necesario para la paz social, en las dos últimas décadas del siglo XX se podrá observar más bien un proceso de **laicización**, por el cual la familia va perdiendo su carácter moralizante, produciéndose una crisis del modelo tradicional de familia. En ese sentido, los ordenamientos jurídicos, al decir de Pallarés, se “orientan por una línea protectora de la familia entendida como una agrupación libre de personas distintas e iguales”, es decir, en una categoría más amplia que la fundada en el matrimonio¹⁰.

⁴ Convenciones, protocolos, leyes Modelo, guías legislativas, Documentos uniformes, entre otros. Ver: <http://www.oas.org>.

⁵ DELGADO BARRETO; César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho internacional privado”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2004. p. 26.

⁶ VAN LOON, Hans. “The Protection of Children’s Rights – in particular from the point of view of private international law: summary of course”. En: “Derecho Internacional y Derechos Humanos. Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, 24 de abril – 06 de mayo de 1995”. San José: Daniel Bardonnnet y Antonio Cancado Trindade (Editores).1996. p. 141.

⁷ Categoría que contextualiza fenómenos como la sustracción internacional de menores.

⁸ Ver: <http://www.oas.org> (Documento preparado por la Sub-Secretaría de Asuntos Jurídicos).

⁹ PALLARÉS, Beatriz. “El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del cono sur del continente americano”. En: Jornadas de derecho internacional – OEA, Secretaría General. 2002. p. 1.

¹⁰ *Ibidem*.

Así pues, el Derecho de Familia y el Derecho Matrimonial van perdiendo en determinadas parcelas su carácter imperativo, permitiéndose que los particulares autorregulen sus relaciones privadas, de suerte tal que el Derecho interviene cuando se produce la falta de acuerdo entre las partes¹¹.

Resulta interesante no perder de vista que la construcción de los principios que rigen las relaciones de familia se inscriben en los instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos de carácter universal.

En efecto, el principio general de respeto a la dignidad de la persona humana y al desarrollo de su personalidad en cuanto organización social familiar¹² es reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Organización de Naciones Unidas (en adelante, la ONU), el 16 de diciembre de 1966 (artículo 23); la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, (artículo 17); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la ONU el 18 de diciembre de 1979, entre otros instrumentos jurídicos internacionales.

En clave de principios generales fundamentales para la configuración de cada sistema de Derecho de Familia, se pueden reconocer para el análisis dentro del eje para éste artículo, a los siguientes:

- Reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, a disolverlo y a volver a celebrar otro.
- Plena igualdad jurídica de los contrayentes, de los cónyuges y entre los hijos, cualquiera sea su filiación.

- Co-participación para regular las relaciones en el ámbito de la familia, dimanantes del reconocimiento a la libertad del individuo y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Separación conceptual entre matrimonio y familia, atendiendo a que el núcleo de la familia es el hijo y no el matrimonio, el cual de constatarse sólo incide directamente entre los cónyuges.
- Pérdida del carácter único del modelo tradicional de familia.
- Mantenimiento del carácter fundamental de la familia¹³.

Los principios generales del régimen de familia en los sistemas jurídicos de las civilizaciones occidentales se cimentan sobre las bases de la **libertad, igualdad y no discriminación**, pero, asimismo, el concepto de familia que se protege no se enmarca solamente en la familia basada en el matrimonio, sino como una unidad donde los progenitores ejercen en forma paritaria, la autoridad y prerrogativas sobre los hijos menores¹⁴, núcleo duro del Derecho Internacional Privado de Familia.

En determinados sistemas jurídicos, parecería que se empieza a vislumbrar cierta **neutralidad social** en lo que respecta a los diferentes modelos familiares¹⁵ dentro de un Derecho laico, donde el individualismo se ha llegado a desarrollar hasta el punto de afectar **la unidad** (ligada a la identidad familiar fundada sobre el matrimonio y determinada por la persona del varón y la mujer), condicionando, en definitiva, un pluralismo de estructuras familiares en algunos países occidentales¹⁶.

¹¹ Como ejemplo, hoy se permite la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibid.* p. 3.

¹⁴ BURT, Robert. "La constitución de la familia". En: BELOFF, Mary (Compiladora). "Derecho, infancia y familia". Barcelona: Editorial GEDISA S.A. 2000. p. 38.

¹⁵ Bucher sostiene que ésta aproximación se manifiesta igualmente en la manera de concebir la integración de la comunidad de parejas homosexuales. Observa que la homosexualidad aparece hoy en día, dejando siglos de reprobación moral oficial y deviene en objeto de protección social y jurídica que se sustenta con mayor o menor intensidad que en los otros modelos familiares. BUCHER, Andreas. "La famille en droit international privé" En: Recueil des Cours. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers. 2000. pp. 20-21.

¹⁶ *Ibid.* p. 21.

IV. LA RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL RESPECTO A LOS HIJOS MENORES

Se observa asimismo que, en las sociedades occidentales, el(la) niño(a) deviene en un(a) compañero(a) que se afirma en la familia hoy como sujeto de derechos. A lo largo de muchos años (y de una lenta evolución), el hijo era considerado como objeto de protección, representando una base alejada de los derechos civiles y políticos (cuya aplicación se reservaba a los adultos). Sobre la premisa del **derecho de protección**, se explicarán un conjunto de deberes de la humanidad con la infancia a efectos de preservarla, aunque también ha servido de cobertura para tratamientos represores y paternalistas¹⁷.

En ese sentido, bajo este esquema, se reconocía al padre, la madre y al Estado el rol de dominadores absolutos de la vida del niño.

Posteriormente, el **interés del niño** se constituiría en un principio rector y en un criterio autónomo para definir el lugar del niño en la familia y en el contexto internacional. Así, la Convención de la ONU del 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño lo considera como **sujeto de derechos**¹⁸, constructor de su propia autonomía personal y jurídica.

Es por ello que el interés superior del niño se constituye en una categoría a ser ponderada por terceros, sean los padres o las autoridades estatales para graduar cada tipo de la intervención.

Este enfoque puede permitir comprender que la residencia principal del menor (aún en la hipótesis de domicilio múltiple), será el punto de confluencia y centro de gravedad para el ejercicio privado del vínculo paterno-filial bajo el marco de respeto de los derechos de los hijos¹⁹.

Desde esa perspectiva, el centro de gravedad de la relación paterno-filial deja de tener un enfoque paternalista.

El *status* de hijos va transitando hacia un enfoque “como individuos independientes, titulares de derechos subjetivos, merecedores no sólo de reconocimiento sino también de garantía y promoción”²⁰, a partir de lo cual se reconoce la **legitimidad de su participación** en las decisiones que puedan afectarlos.

Es por ello que la autorización de relocalización de menores a otro país se otorgará cuando el desarraigo traiga a los menores ventajas que superen las mermas por su traslado²¹.

V. LA EVOLUCIÓN DE LOS ENFOQUE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El extenso período de tiempo y las mutaciones por las cuales el niño, niña o adolescente se encuentra en situación de indefensión y dependencia por su condición de minoridad, es ilustrado por Goldstein²², citando a Anna Freud, quien expone cómo “[...] este factor biológico, por un lado, carga a los padres con todo el peso de la responsabilidad por la supervivencia y bienestar de su dependencia y, por el otro, garantiza que las atenciones cotidianas a las necesidades múltiples del niño conviertan el lazo físico que las une en una unión mutua de vínculos psicológicos. Tales interacciones en proceso constante entre los padres y los niños se convierten para cada niño en el punto de partida inicial de desarrollo que conduce al funcionamiento del mundo de los adultos. La indefensión necesita del cuidado absoluto y el tiempo extra es transformado en necesidad o deseo por aprobación o amor. Esto favorece el deseo de agradar conforme a los gustos paternos. Provee una base de desarrollo sobre la cual

¹⁷ AMICH ELÍAS, Cristina. “Los sistemas regionales de derechos del niño: Unión Europea y Brasil”. En: Revista de Estudios Europeos 46-47. 2007. p. 111.

¹⁸ BUCHER. Andreas Op. cit. Loc. cit.

¹⁹ BERMÚDEZ, Manuel. “La regulación de la tenencia compartida en el Perú (Ley 29269)”. En: Revista de Derecho de Familia 41. 2008. p. 263.

²⁰ TAMAYO, Silvia. “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”. En: Revista de Derecho de Familia 41. 2008. p. 37.

²¹ CASADO, Eduardo. “La disyuntiva del niño frente al proyecto de vida de uno de sus progenitores en el extranjero. Sobre un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que autoriza a la madre que ostenta la tenencia a su hijo a radicarse en España con él”. En: Revista de Derecho de Familia 49. 2011. p. 87.

²² GOLDSTEIN, Joseph. “¿En el interés superior de quién?”. En: BELOFF, Mary (Compiladora). Op. cit. p. 119.

se apoya la responsabilidad del niño en los esfuerzos educacionales. El amor hacia los padres los conduce a su identificación con ellos, sin la cual el control del impulso y la socialización resultarían deficientes. Finalmente, luego de años de infancia, llega la prolongada y en varios aspectos dolorosa lucha adolescente por obtener una identidad diferenciada, apoyada en la confianza en sí mismo física, emocional y moral”.

Desde el campo jurídico, sin embargo, ha existido un desfase para internalizar estas categorías del desarrollo de la personalidad, brindando a la minoridad el tratamiento de sujeto de derechos.

A la luz de los diversos enfoques **tradicionales** sobre niñez y adolescencia, se ha visto que ser menor supone ser dependiente y carecer de autoridad para tomar una decisión sobre lo que resulta siendo mejor para sí mismo, al margen del control de los progenitores o representantes legales. En cierta forma, se consideraba que por su condición los menores podían encontrarse en riesgo²³.

Se asocia en cambio a la adultez, bajo este enfoque, la condición de ser jurídicamente libre para aceptar riesgos, con capacidad independiente y autoridad necesaria para resolver en forma individual qué es lo que resulta mejor para sí mismo²⁴, o en el caso, para sus hijos.

En efecto, bien entrado el siglo XX, a los hijos menores no se les reconocía como titulares de libertades y **derechos de participación democrática**, sino básicamente de derechos sociales (educación, salud, trabajo, como protección frente a la explotación laboral; por ejemplo, algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo –OIT)²⁵.

Será recién con la Declaración Universal de 1948 que se instala **en forma expresa una regla de equiparación**, en el discurso de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional, que parte del reconocimiento a la igualdad entre los hijos al margen

de su condición (de matrimoniales o extramatrimoniales), y por género, a partir del derecho a la igualdad entre niñas y niños.

Analizando la impronta de la perspectiva **tuitiva** en los instrumentos jurídicos internacionales, Amich²⁶ señala que “en 1959, las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, mas su formulación continuaba sin avanzar en el reconocimiento de derechos civiles y políticos, centrándose en una profundización del derecho de protección y de los derechos sociales de educación y asistencia social, los cuales, a su vez, serán progresivamente consolidados y desarrollados en diversos instrumentos parciales. No será diferente la perspectiva de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales o de la Carta Social Europea: Sólo el derecho a la igualdad, al nombre y a la nacionalidad, así como ciertos aspectos de los derechos penales y procesales, estarán presentes”.

Así pues, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 servirá de marco y referente teórico para el desarrollo de políticas de **bienestar** del menor (propios del Derecho de Menores Clásico), con el fin de satisfacer los requerimientos de salud, afecto, comprensión, educación, esparcimiento y seguridad social, los mismos que encontrarán posterior desarrollo legislativo en los Códigos de Menores²⁷.

Será recién con la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989, que se adopta en el Derecho Internacional el reconocimiento de **derechos activos** del niño o **derechos de autonomía**, incluyendo entre otros, la libertad de expresión, de información, de pensamiento, de conciencia y de religión, así como la libertad de asociación, de reunión, el derecho a la intimidad y al honor.

En efecto, la interpretación exclusivamente tuitiva es matizada con una nueva concepción que postula que el niño es sujeto de derechos morales en las dimensiones de la libertad, la igualdad y

²³ Ibid. p. 118.

²⁴ Ibidem.

²⁵ AMICH ELÍAS, Cristina. Op. cit. p. 112.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibid. p. 113-114.

la seguridad. En clave de esta perspectiva, se le considera sujeto de derechos no solo pasivos (por lo cual recibe prestaciones de los adultos), sino ante todo, **derechos activos** como la libertad de pensamiento, expresión, información, asociación, reunión y participación²⁸.

La discusión respecto del ejercicio de los derechos activos ha girado en torno al factor de los derechos de los progenitores y el factor de la edad, en que debe reconocérseles aquellos. En este contrapunto, convenimos con quienes consideran que el debate mayoría-minoría de edad debe ser replanteado por un sistema de tramos que reconozca la incapacidad genérica para los infantes y más bien la capacidad genérica para los menores regulando por tramos los tipos de actos que el menor no pueda realizar autónomamente o aquellos en que su consentimiento y decisión demande los complementos (propios de la intervención paterna o de sus representantes legales). Así pues, la condición de la minoridad no debe apreciarse necesariamente como una persona totalmente incapaz sino, al decir de Díez Picazo, citado por Amich²⁹, con una **capacidad especial**.

Encontramos entonces que el Derecho Internacional de los Derechos del Niño como sujeto activo con la condición peculiar de **persona en desarrollo** se reconoce con la Convención de las Naciones Unidas de 1989, la cual incorpora además el paradigma de la **protección integral**³⁰, que se aleja del enfoque menor-problema social como justificante de la intervención estatal.

En ese sentido, los niños, niñas y adolescentes tienen derechos exigibles y oponibles, gozando de medidas de protección frente a la amenaza o lesión por el Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables.

Estas categorías serán ampliadas a través de otros instrumentos jurídicos propios de las especificidades regionales.

Desde el contexto regional europeo, los derechos de los menores han sido reconocidos por la Carta Europea de los Derechos fundamentales, en cuyo artículo 23, se establece lo siguiente:

Artículo 23.- "Protección de los niños

1. Los niños tienen derecho para su bienestar a la protección y a los cuidados necesarios. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y a su madurez.
2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial"³¹.

Más aun, en el espacio europeo se promueven actividades para que los niños intervengan directamente en el proceso y estrategias sobre los derechos de la infancia, configurándose en un tema con envergadura propia, no subsumidos únicamente en los derechos humanos generales.

Diversos factores afectan la **continuidad** de la unidad familiar, por ejemplo, la separación de los progenitores en que la autoridad judicial sustituye el entendimiento compartido entre los padres separados. Asimismo, en virtud de un mandato legal, cuando se impone la voluntad de uno de los progenitores sobre el otro, a partir de un régimen de visitas y órdenes de custodia conjunta³².

En efecto, los complejos procesos evolutivos para el desarrollo de la minoridad justifican que la intervención estatal sea mínima, comprendiendo las limitaciones existentes para sustituir en forma adecuada los vínculos de sangre y vasos comunicantes diversos entre los progenitores y sus hijos³³ que se sustancian entre otras, por las siguientes instituciones:

²⁸ *Ibíd.* p. 114.

²⁹ *Ibíd.*em.

³⁰ *Ibíd.* p. 117.

³¹ *Ibíd.* p. 123.

³² GOLDSTEIN, Joseph. *Op. cit.* p. 116.

³³ *Ibíd.* p. 120.

A. La patria potestad

Supone un derecho natural reconocido por el Derecho positivo para ser ejercido sin implicar abuso del Derecho³⁴. Al hablar del ejercicio conjunto de la patria potestad, ello supone que el conjunto de decisiones relacionadas con los hijos deben ser tomadas de común acuerdo, entre éstas, como el fijar la residencia de los hijos en el extranjero³⁵.

B. La custodia

A efectos de comprender por qué la continuidad de las relaciones parentales contribuyen al desarrollo normal de un niño, resulta ilustrativo citar la observación de Goldstein³⁶, quien señala que “el crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el período de desarrollo necesita ser compensada por la estabilidad y el apoyo ininterrumpido proveniente de ámbitos externos. El crecimiento compensado se detiene o se interrumpe cuando los sobresaltos y cambios del mundo exterior se agregan a aquellos interiores”.

Desde la perspectiva de éste autor, la **continuidad** de las relaciones **paterno filiales psicológicas** asegura la unidad de la familia en armonía doméstica, sirviendo de sustento a la custodia conjunta para el desarrollo del niño³⁷.

De modo tal que, en un proceso de custodia sobre los hijos, a la autoridad judicial sólo le corresponderá responder quién tendrá la custodia y no cómo o bajo qué condiciones el que tenga la custodia se relacionará con el niño y con el otro progenitor³⁸.

El derecho a custodia comprende el derecho decuidado del menor y en especial comprende

la facultad de decidir su lugar de residencia. La custodia puede ser ejercida en forma separada o conjunta y suele ser otorgada de pleno derecho por una decisión judicial, administrativa o un acuerdo válido y vigente conforme a la ley del lugar de otorgamiento.

La custodia compartida se podría dar en el caso que un progenitor tuviera la custodia atribuida pero requiriera del consentimiento del otro para poder abandonar el país con el hijo, pudiendo entenderse entonces que, en términos prácticos, por el hecho de estar supeditada la salida del menor al consentimiento del otro progenitor, no tendría el derecho de decidir la residencia del menor³⁹.

VI. EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Es común que el progenitor al que se le afecta el derecho de tenencia o el régimen de visitas, debido a la sustracción, esté inclinado a invocar la restitución del menor, en tanto no contempla la posibilidad de movilizarse al lugar donde fue llevado el hijo. Por el contrario, cuando acepta movilizarse para reencontrarse con el hijo (al lugar donde aquél fue trasladado), no toma cuerpo por lo general, ninguna denuncia de sustracción⁴⁰.

Asimismo, resulta claro que la sustracción se produjo porque el otro progenitor (sustractor), no toleró vivir en el lugar de residencia habitual del hijo.

Lo cierto es que, en los variados escenarios de la sustracción internacional o retención ilícita surgen alteraciones anímicas entre todos los involucrados en el conflicto familiar.

Así pues, se identifican estados de tensión emocional entre los padres, en la estación previa a la sustracción y que conducen a que uno de ellos opte por llevar a cabo la

³⁴ ORGEIRA, Mariano. “El padre como sujeto activo del delito de sustracción de menores”. En: Revista La Ley. 2007. p. 21.

³⁵ RAYA DE VERA, Eloisa. “Interpretación del derecho de custodia”. En: Revista jurídica La Ley. 2009. p. 615.

³⁶ GOLDSTEIN, Joseph. Op. cit. p.115.

³⁷ *Ibid.* p. 116.

³⁸ *Ibid.* p. 122.

³⁹ RAYA DE VERA, Eloisa. Op. cit. Loc. cit.

⁴⁰ ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. “Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal”. En: LL Gran Cuyo. 2006. p. 359.

sustracción del hijo de la custodia o régimen de visitas, con la consiguiente desarticulación del grupo convivencial. Este tipo de alteraciones son percibidas y se impregnan en el menor generándole inestabilidad, en tanto que estas señales se originan en los núcleos que deben procurarle seguridad física y emocional.

Del mismo modo, la fragilidad emocional que aquel traía, previa a la sustracción, se acrecienta al producirse la misma, con la ausencia del otro progenitor y con los lazos de dependencia que se establecen con el progenitor aprehensor o retenedor, considerado, en palabras de Ortemberg⁴¹, “su único **sostén emocional y físico**” [El énfasis es nuestro].

Luego, la misma solicitud de retorno puede agregar nuevos estados de tensión emocional, en el progenitor aprehensor o retenedor y en el propio menor, por una orden de retorno, desarrollándole sentimientos de pánico.

Es por ésta razón que los dictámenes psicológicos que se practican a los menores, en la estación para decidir el retorno, determinan inestabilidad emocional, la cual debe llevar a valorar la sustracción o retención ilícita como un “un ataque al niño que sufre pasivamente una privación del vínculo emocional con su otro progenitor”⁴².

Desde la perspectiva jurídica, la sustracción es ilegal porque se produce sin la autorización del otro progenitor o de la institución que lo tuvo a su cargo. En ese orden de ideas, la restitución procura por ejemplo, restablecer el orden familiar alterado por la sustracción,

sin resolver los temas de fondo relacionados con la tenencia y el régimen de visitas.

VII. COROLARIO: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE

A partir del Convenio sobre Derechos del Niño se debe asumir qué hace al interés superior del niño el mantener vínculos con ambos progenitores.⁴³ Más aún, el interés superior se pondera no sólo por la situación del presente del menor sino en particular por la proyección hacia su futuro (que prevalece sobre el presente).

La realización de un informe psicológico sobre el menor, de encuestas de trabajo social sobre la residencia del menor y su familia, de estudios psicológicos sobre los padres y la composición familiar, así como la determinación de las condiciones socioeconómicas en el espacio familiar, suelen ser valorados como medios probatorios a la hora de discernir el interés superior del menor.

No obstante y por paradójico que parezca, en ocasiones incluso cuando se ha producido el **aquerenciamiento** o arraigo del niño, niña o adolescente con su nuevo entorno físico, parental, cultural o vivencial, puede resultar prudente mantener el *statu quo* de la sustracción para librar al menor de un nuevo trauma por el retorno al lugar del que fue sustraído, con las secuelas de desarraigo, depresión y dolor⁴⁴. Esta posibilidad tiene siempre el inconveniente de privar al menor del progenitor dejado en abandono, y aquel (aquella) llevar a cabo un sublime sacrificio y objetiva racionalidad a la hora de tomar su decisión, por el interés superior del hijo.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

ENFOQUE  DERECHO
.COM

“NO COMETERÁS ACTOS IMPUROS”: EL ORDEN PÚBLICO Y EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL*

Alfredo Bullard González**

Miembro del Comité Consultivo de THĒMIS

Hoy en día, la discusión en torno a la revisión judicial posterior de laudos arbitrales pasa por el principio del “orden público”, afirmándose que el resultado de un arbitraje que contravenga dicho principio podría no ser ejecutable. El problema es que el concepto de “orden público” es muy amplio y subjetivo. El problema es mayor en el caso de la ejecución de laudos extranjeros, en los cuales es posible su inaplicación por contravenir el orden público internacional, así como, además, por contravenir el concepto de “orden público” entendido en el lugar donde se ejecuta el laudo.

En el presente artículo, el autor critica la revisión e inaplicación judicial de laudos arbitrales extranjeros basada en la contravención del llamado “orden público nacional”. Así, propone una interpretación restringida de la Convención de Nueva York, que impida la ejecución de un laudo arbitral sólo cuando sea contrario al “orden público nacional, para efectos del Derecho Internacional”; es decir, cuando contravenga a los principios más básicos de moralidad y justicia del ordenamiento mundial. Así, se resolverá el problema de esta “dualidad” del concepto de orden público, facilitando la asimilación de laudos extranjeros en el ordenamiento nacional y otorgando seguridad jurídica.

* El autor desea agradecer la colaboración de Jose Luis Repetto en la elaboración del presente artículo. Sin su apoyo en la investigación y su aporte intelectual, este trabajo no hubiera sido posible.

** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS. Ha participado como árbitro en más de 200 arbitrajes incluyendo casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

I. INTRODUCCIÓN

Dice la leyenda que, cuando Moisés bajo del Monte Sinaí, llevaba bajo el brazo las Tablas de la Ley. Una vez que se encontró frente al pueblo, comenzó a leer, uno por uno, los diez mandamientos. Al llegar al sexto (“no cometerás adulterio”) el pueblo expresó su desacuerdo. Ante el disgusto y el reclamo popular, Moisés se limitó a decir: “Eso dice la Ley. Habrá que ver qué dice la jurisprudencia”.

La historia (que, como es obvio, no es la reflejada en la Biblia) nunca ha sido más cierta que cuando nos referimos al control de los laudos arbitrales por las cortes ordinarias. Sea por la vía del recurso de anulación o por la vía del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, las leyes arbitrales (usualmente parcas y de texto abierto) no dicen mucho. Será usualmente la jurisprudencia de cada corte nacional la que determinará, de ordinario y con un cierto grado de discrecionalidad, si el laudo es válido o ejecutable. Como diría Moisés, más allá de lo que diga la Ley, será la jurisprudencia lo realmente importante. Y no la jurisprudencia en abstracto, sino la jurisprudencia de cada país en particular. Y de todas las causales de nulidad, o de no reconocimiento o ejecución del laudo, la que más se presta para el rol protagónico de la jurisprudencia, es la referida al conflicto entre el laudo y el orden público; es decir, la generada por problemas de *public policy*.

El catecismo de la Iglesia Católica ha cambiado el “no cometerás adulterio”, al menos como literalmente aparece en el libro del Éxodo, y lo ha redactado de manera distinta: “No cometerás actos impuros”. Y creemos que las leyes de arbitraje y las convenciones internacionales han hecho algo parecido.

El término “adulterio” tiene un sentido más o menos cerrado y claro: Tener una relación sexual con alguien distinto a tu cónyuge. Por supuesto, podemos tener discusiones interesantes sobre qué es tener sexo y, por tanto, qué es adulterio¹. Pero existe un cierto grado de certeza. Es una fórmula relativamente cerrada. Pero el término “no cometerás actos impuros” es bastante más problemático. La

calificación de “acto impuro” dependerá del carácter más o menos conservador, más o menos liberal, del intérprete, generando una diversidad de interpretaciones mucho más amplia de la que se concibe un término como “adulterio”.

En el inventario de posibles actos candidatos a la calificación de “acto impuro” puede estar desde un inocente beso en la mejilla, hasta un acto de sadomasoquismo. Y los puntos intermedios son infinitos.

Una calificación abierta, sin contenido propio, admite casi cualquier interpretación. Quien tenga que tomar una decisión con consecuencias legales, sobre la base de un término tan amplio, está dotado de una gran discrecionalidad. Y quienes, como partes, tenemos que sentarnos a esperar la interpretación, estaremos sumergidos en una gran inseguridad e incertidumbre.

Para un buen observador, un término como “orden público” se acerca bastante a una calificación como “acto impuro”. Dependerá del carácter liberal o conservador, privatista o publicista, nacionalista o internacionalista, del intérprete para arrojar resultados bastante distintos.

El orden público es un concepto peligroso, precisamente porque define un “pecado” en base a una regla abierta y discrecional. De la misma manera como uno se puede jugar la ida al infierno con una interpretación sobre qué es un acto impuro, un tribunal arbitral puede presenciar la muerte de su laudo por un criterio dispar sobre cómo leer un concepto como el de orden público.

Lo dicho, que ya es problemático en el marco del arbitraje doméstico, se torna en mucho más complejo en el Arbitraje Internacional. Por lo menos en el arbitraje doméstico, los árbitros (usualmente de la misma nacionalidad que la corte que revisará la validez del laudo o la ejecución del mismo) están en mejor posibilidad de conocer e identificar cómo piensan los jueces a cargo del control del laudo. En términos de Moisés, pueden saber mejor “qué dice la jurisprudencia”.

¹ Fue célebre la discusión sobre si la relación entre el ex Presidente Clinton y Monica Lewinsky (sexo oral) fue un caso de adulterio, o simplemente una conducta impropia. Usualmente las normas de divorcio plantean el mismo problema.

En cambio, en el Arbitraje Internacional los árbitros suelen ser de nacionalidad distinta a la de los jueces que revisaran el laudo. Desconocen la Ley, pero sobre todo la conciencia y principios que aplican los jueces locales que controlarían el laudo. Y, en lo concerniente a la ejecución, podríamos estar hablando de muchas jurisdicciones en las que se puede intentar un reconocimiento y una ejecución de la decisión. De hecho, los árbitros podrían nunca haber imaginado que el laudo intentaría ser ejecutado o reconocido en varias de esas jurisdicciones. No se sabe si un acto que se considera un inocente besito podría, en determinada jurisdicción, ser considerado un pecado mortal.

Partiendo de esta perspectiva, este artículo analiza este problema y, en particular, las diferencias entre estar sujetos al concepto de "orden público" y estarlo al llamado "orden público internacional".

II. ¿Y QUE DICE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS "ACTOS IMPUROS"?

La mejor manera de entender el problema que plantea el control de laudos por la causal de ser contrario al orden público es revisando casos. Este inventario tiene por propósito identificar el tipo de problemas que se presentan. Algunos son casos reales, sea que hayan sido publicados o que hayan llegado a conocimiento del autor por su experiencia arbitral o profesional. Algunos son hipotéticos, aunque en todos los casos tienen alguna base en hechos reales. Como se verá hay una gran diversidad de supuestos y todos se prestan a interpretaciones muy distintas y diversas.

En Inglaterra ocurrió un caso peculiar. Una corte inglesa² se negó a ejecutar un laudo que daba cumplimiento a un contrato entre un padre y un hijo que involucraba contrabandear alfombras de Irán, en flagrante violación de las leyes de aduanas. El padre y el hijo decidieron someter la controversia a arbitraje del Tribunal del Gran Rabino de Londres, quien

aplicaba la ley judía. El laudo se pronunció a favor de hacer cumplir el contrato, sin importar que el acuerdo fuera ilegal³. Cuando este caso llegó a las cortes inglesas, éstas se negaron a reconocer la ejecución bajo el siguiente razonamiento: "The Court is in our view concerned to preserve the integrity of its process, and to see that it is not abused. The parties cannot override that concern by private agreement. They cannot by procuring an arbitration conceal that they, or rather one of them, is seeking to enforce an illegal contract. Public policy will not allow it"⁴.

Otro caso interesante es el de *Westacre Investments Inc. v. Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd*⁵. Esta controversia surgió de un contrato de consultoría para la venta de equipos militares en Kuwait. Westacre inició un arbitraje, reclamando el pago de sus honorarios profesionales por los servicios de consultoría. Por su parte, Jugoimport se defendió alegando que el contrato violaba la ley de Kuwait y el orden público, porque el contrato involucraba sobornos y tráfico de lobby (tráfico de influencias) a los funcionarios de esta empresa pública. El tribunal arbitral encontró que no había pruebas de corrupción y consideró que, de acuerdo a la Ley suiza (la ley aplicable al fondo de la controversia acordada en el contrato), el tráfico de influencias para obtener contratos públicos no era ilegal. Este laudo fue luego impugnado en un Tribunal Federal Suizo, que rechazó el recurso. Asimismo, en las cortes inglesas, se rechazó la anulación, tanto en primera instancia cuanto en la corte de apelaciones. Ello, sobre la base de que las imputaciones de corrupción no estaban probadas y el lobbying (tráfico de influencias) no era una actividad ilegal de acuerdo a Ley elegida por las partes⁶.

El autor de este artículo tuvo conocimiento de un caso en el que, por razones de confidencialidad, no es posible identificar a las partes. En él, dos empresas se habían asociado para ejecutar un proyecto que implicaba contratar con una entidad del Estado. Al

² Ver: Caso *Soleimany v. Soleimany*. 1999. QB 785.

³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. "Recognition and Enforcement of Arbitral Awards". En: Redfern and Hunter on International Arbitration. La Haya: Kluwer International Law. 2009. p. 655.

⁴ Ver el ya mencionado caso *Soleimany v. Soleimany*.

⁵ Ver: Caso *Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd*. 1999.

⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 656.

momento en que una de ellas rindió cuentas sobre la ejecución del contrato, incluyó entre los gastos el pago de “comisiones” a funcionarios de la entidad para obtener la buena pro. La otra empresa se negó a pagar esos gastos, alegando que no podía reconocer gastos derivados de corrupción. Su contraparte le replicó que su representante estaba perfectamente al tanto de dichos gastos y los había aprobado.

El caso llegó a arbitraje, en el que se demandó el pago de las “comisiones”. Desconozco qué resolvieron los árbitros y si se consideraron competentes para definir si el pago se podía efectuar. Pero, de haber ordenado el pago, el caso era un perfecto candidato a ser llevado a control judicial sea por la vía de anulación, sea por la vía de oposición al reconocimiento o ejecución de laudo.

Otro caso del que tuve conocimiento fue uno en el que se había contratado para el suministro de repuestos y reparación de equipamiento militar. La fuerza militar de un país había así contratado a una empresa extranjera para tal fin. El equipamiento provenía de un país diferente a aquel al que era nacional la fuerza militar. Durante el arbitraje, se cuestionó la arbitrabilidad de la controversia. Se alegó que la celebración del contrato requería, de acuerdo a la legislación del país de origen del armamento, la aprobación previa del Ministerio de Defensa de dicho país, lo que no habría ocurrido, por lo que el contrato era nulo y la controversia no era arbitrable.

El Tribunal Arbitral, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* se declaró competente, pues señaló que en caso de ser cierto que el contrato era nulo, por la separabilidad del convenio, dicha nulidad no necesariamente afectaba el convenio arbitral. Luego, el Tribunal declaró válido el contrato y ordenó que éste se ejecute según sus términos. Se planteó, entonces, la nulidad del laudo, la que fue desestimada por las cortes ordinarias, pues se consideró que el requisito de aprobación por el Ministerio de Defensa del país de origen del armamento no afectaba el orden público del país donde el contrato debía cumplirse.

Un cuarto caso interesante se planteó con relación al régimen cambiario de un determinado país. Una empresa nacional de un país A, era acreedora de otra empresa nacional de un país B. Durante las fechas en que los pagos debían efectuarse, el régimen cambiario del país B establecía limitaciones a la remesa de divisas para el pago de deudas a empresas extranjeras, con lo que el pago debía efectuarse en el territorio del país B. El régimen cambiario preveía que la deuda podía pagarse en moneda nacional a un tipo de cambio establecido por las autoridades del gobierno. Ese tipo de cambio era bastante desfavorable para el acreedor.

Las partes recurrieron a un arbitraje para determinar si el régimen cambiario vigente debía ser respetado en la relación contractual, alegándose que era un régimen de orden público en el lugar de pago y que, por tanto, los árbitros no podían ordenar su inaplicación. El tribunal arbitral, sin embargo, declaró que el pago debía hacerse a un tipo de cambio real (de mercado) y no al tipo de cambio establecido en las regulaciones del país B. El laudo no fue objeto de solicitud de anulación.

Lo interesante del caso es que, varios años después, las autoridades concursales del país B tuvieron que discutir el mismo problema en el procedimiento de insolvencia de la empresa deudora. A la fecha de la insolvencia de la empresa deudora, su acreedora no había cobrado todo el crédito. Sin embargo se cuestionó que el monto fijado en el laudo no podía ser reconocido por la autoridad concursal, porque el Tribunal Arbitral había violado normas de orden público y que, por tanto, no se podía perjudicar a los demás acreedores reconociendo un monto superior al que el tipo de cambio aplicable en su momento hubiera determinado. Lo cierto es que “la sangre no llegó al río” porque la autoridad concursal reconoció el carácter de cosa juzgada del laudo y aceptó el crédito según los términos establecidos en el laudo.

Otra área en donde se ha planteado el problema de vulneración del orden público en laudos es el de las normas *antitrust* o de libre competencia. Según Fouchard, Gaillard y Goldman⁷, un gran número de

⁷ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer Law International. 1999. p. 348. Cita: “A large number of arbitral awards have recognized the arbitrability of disputes involving issues of antitrust law”.

laudos arbitrales han reconocido la arbitrabilidad de las disputas que incluyen cuestiones del Derecho de la Competencia. En ese sentido, en el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*⁸, la Corte Suprema de los Estados Unidos precisó que las demandas por *antitrust* pueden ser arbitradas. Sin embargo, hizo énfasis en que las cortes nacionales de Estados Unidos pueden tener una segunda mirada a estos laudos para asegurar que el legítimo interés público ha sido adoptado y protegido por el Tribunal Arbitral: “In the United States, too, the interplay between public policy and the enforcement of antitrust arbitral awards, has proved significant. The general approach was set by the US Supreme Court in the case of *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, in which it confirmed the arbitrability of antitrust claims, but emphasized that US national courts would have the opportunity to have a ‘second look’ at such arbitral awards in the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws had been addressed by arbitral tribunal. In practice, however, US Courts of Appeal have demonstrated different views with respect to their power to review an arbitral award *au fond*. For instance, in 2003, a divided Court of Appeal for the Seventh Circuit, considering the enforcement of a domestic award, quoted *Mitsubishi*, stating that a court should only confirm that the arbitral tribunal ‘took cognizance of the antitrust claims and actually decided on them’. No further review of the merits had to be carried out. However, one year later, the US Court of Appeal for the Fifth Circuit did not refrain from a substantive review of the merits of a domestic antitrust arbitral award”.

El inventario de casos cubre una diversidad enorme de situaciones que pasan por aplicación de normas concursales, reglas regulatorias, problemas de seguridad nacional, corrupción, posibilidad de tribunales arbitrales de levantar el velo societario, de reconocer un pacto de *cuota litis* prohibido por la legislación de un país, laudos contrarios a leyes de distribución y agencia, falta de motivación (alegando que la motivación de un laudo es un asunto que atañe al orden público o uso de pruebas ilícitas), entre otras.

III. INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL JUDICIAL.

El control judicial del arbitraje ocurre, como regla general, *ex post* a la emisión del laudo. Ésta es una característica particular del convenio arbitral y que lo diferencia de la ejecución de otro tipo de contratos.

Del contrato para arbitrar (del convenio arbitral) se derivan diversas obligaciones. Pero la principal de todas es una de no hacer: Las partes se comprometen, en caso de un conflicto, a no recurrir a las cortes ordinarias, al menos en un inicio. Todas las demás obligaciones (incluido cumplir el laudo que se emita) se derivan de la primera. Si la obligación de no hacer no se cumple o no se ejecuta a bajo costo, las demás obligaciones pierden sentido y se vuelven inejecutables o inútiles.

La obligación de no hacer tiene dos alcances, vinculados pero distintos. El primero se refiere al fondo de la controversia. Respecto de ella, la obligación implica no recurrir ni en un principio, ni nunca al Poder Judicial. La regla general es que las cortes ordinarias jamás decidirán sobre las consecuencias del incumplimiento del contrato, su interpretación o la nulidad o ineficacia del mismo. Ese es el contenido esencial del acuerdo sobre el fondo. De existir un convenio arbitral, el fondo jamás será competencia de alguien distinto a los árbitros.

El segundo alcance se refiere a los aspectos formales del Arbitraje y, en particular, del convenio arbitral. La obligación de no recurrir a los jueces ordinarios respecto de asuntos como la jurisdicción de los árbitros, la validez o eficacia del convenio arbitral, o el cumplimiento de los acuerdos contenidos en el mismo (como la oportunidad de ejercer la defensa o designar a los árbitros de la manera pactada) es exigible en un principio, pero no en un final. Acabado el arbitraje, sí habrá control judicial, pero solo *ex post* al laudo. Ese control puede ejercerse por la vía del recurso de anulación o por la vía de las oposiciones al reconocimiento y ejecución de laudo.

Como veremos más adelante, el problema del orden público plantea una discusión difícil en

⁸ Ver: U.S. Supreme Court - *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. 473 U.S. 614. 1985.

este contexto. Y es que orden público puede ser visto como un tema de fondo o como un tema de forma (ligado a la arbitrabilidad). Imaginemos que un laudo ordena el pago de una deuda sujeta al sistema concursal y que, de acuerdo a la ley de quiebras de un país dado, no resulta exigible. Según del lado del que se mire, podemos estar en el cualquiera de los supuestos.

Una forma de verlo es que al declarar la exigibilidad de una deuda suspendida en su cobranza por la ley concursal, el laudo ha inaplicado una norma de orden público pertinente al fondo, y, por tanto, puede ser anulada por la decisión de fondo. Con ello, la corte ordinaria podría revisar el fondo de lo decidido.

Otra forma de verlo es que el problema del orden público atañe a la arbitrabilidad de la controversia, pues al haber resuelto los árbitros sobre la exigibilidad de una deuda concursada, se han abocado a conocer una materia sobre la cual sólo las autoridades concursales son competentes porque se refiere al orden público.

Una posibilidad es, entonces, ver el problema del orden público como un asunto que se refiere a la arbitrabilidad, con lo que es de competencia exclusiva de los árbitros sólo por un tiempo (antes del laudo), y se refiere a un aspecto meramente formal. El problema es que es común que los tratados y las leyes de arbitraje contemplen la arbitrabilidad como una causal distinta a la de violación del orden público⁹.

La otra posibilidad es considerar que un laudo contrario al orden público es una excepción a la regla de que sobre el fondo del asunto sólo los árbitros son competentes. En ese caso, se aplicaría la misma regla de que el pronunciamiento judicial es *ex post* al laudo, pero el fondo (o al menos un aspecto del mismo) sí es revisable. Así, los árbitros sí pueden decidir, dependiendo del caso, sobre

un asunto de orden público, pero al hacerlo no pueden ir contra el orden público.

Y si queremos complicar el panorama, el orden público relevante puede no sólo ser el de la sede del arbitraje, el del país cuya Ley es aplicable al fondo de la controversia, sino también el de la ley del país de las partes, o el del país o países en los que el laudo será ejecutado. Como se ve, un problema bastante más complejo que simplemente determinar cuándo estamos frente a un “acto impuro” como pecado.

El problema no es sencillo. Una interpretación exageradamente amplia del concepto de orden público (como sucedería con los actos impuros) podrían llevar a una revisión judicial (siempre *ex post*) de casi cualquier aspecto de la controversia. Lo cierto es que la revisión siempre será *ex post*. Lo que hace particular la causal de que el laudo sea contrario al orden público es el que abriría la posibilidad de revisión de aspectos del fondo de la controversia por parte de los jueces ordinarios.

Siempre se podrá decir que será mejor que primero alguien dirima qué es de orden público y qué no, a fin de evitar que los árbitros “se equivoquen” al aplicar el orden público. El problema será quién debe ser ese “alguien”. Y si ese alguien es el Poder Judicial, entonces surge el conflicto con el carácter inevitable del arbitraje. Resulta que si las partes sometieron a arbitraje un asunto que atañe o podría ser relevante al orden público, ir primero a los jueces rompería el principio de inevitabilidad.

Sea cual sea el supuesto, la obligación de no hacer derivada del convenio arbitral, por su naturaleza (conseguir que una autoridad jurisdiccional se abstenga de participar, por lo menos en un inicio) es muy difícil de ejecutar, al menos bajo la concepción contractual común. Eso convierte al contrato para arbitrar en uno bastante extraño. Los esquemas de cumplimiento típicos de un contrato son inútiles y no garantizan que se cumpla el contrato para arbitrar.

⁹ Así lo establece, a título de ejemplo, la ley peruana, que regula ambas causales por separado en el artículo 61:

1. “El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a Ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional”.

La obligatoriedad del convenio, ¿nace del convenio mismo o se origina en la ejecución por las cortes ordinarias? Allí surge la paradoja que el sistema tiene que solucionar. Este problema explica las características especiales del convenio arbitral, y sobre todo de su forma de ejecución. Y es que si esa obligación se incumple, no es admisible, como solución, ir al Poder Judicial para que la ejecute, pues precisamente lo que las partes pactaron fue no ir, al menos en un principio, al Poder Judicial. ¿Cómo asegurar que se cumpla lo pactado sin incumplir la obligación de no hacer que se ha pactado? Si permitiéramos parar el arbitraje cada vez que se alega orden público, casi ningún arbitraje prosperaría. Por ello, el asunto del orden público, sea que afecte la arbitrabilidad, sea que afecte el sentido en el que se tiene que aplicar, es en principio competencia de los árbitros.

Ello porque el convenio arbitral es, pues, un contrato bastante extraño. Contiene una renuncia al uso del mecanismo común para hacer cumplir los contratos. La paradoja es cómo hacer cumplir un acuerdo que consiste en dejar de lado la forma usual de hacer cumplir los acuerdos.

Todo contratante aspira a que su contrato se cumpla por autoejecución, es decir, sin necesidad de acudir a una autoridad para que ordene el cumplimiento o asigne consecuencias al mismo (resolución, daños, etcétera). La intención siempre es que se cumplan sin necesidad de acudir a los jueces. Pero, igual a cuando uno se enferma y no le queda sino ir al médico (al que en principio nadie quiere ir), si no se cumple, si se presenta la patológica contractual, hay que ir al médico, y el médico de esa enfermedad suele ser un juez. Pero eso no es cierto en el convenio arbitral.

En una compraventa, si el vendedor no entrega el bien o el comprador no paga el precio, se recurre al juez para que las promesas incumplidas se cumplan o se asuman las consecuencias. La consecuencia del incumplimiento y el fracaso de la autoejecución es la ejecución judicial o la aplicación de las sanciones previstas en el ordenamiento para tal incumplimiento. Pero en el caso del convenio arbitral, así no ocurren las cosas.

En el contrato de arbitraje, la solución contractual común no es posible. El fracaso

de la autoejecución tiene que ser, paradójicamente, la autoejecución. Si alguien se niega a arbitrar o, peor aún, recurre al Poder Judicial incumpliendo su obligación de no hacer, la solución no es, por regla general, ni la ejecución forzada, ni la resolución contractual. En su esencia, es un acuerdo para no ir, precisamente, al Poder Judicial. Por ello, la autoejecución es central para que el acuerdo funcione. Si dicha autoejecución no funciona, entonces el acuerdo no opera en la práctica porque terminaríamos justo donde no queremos ir: A las cortes ordinarias.

Un contrato para arbitrar no se ejecuta en caso la contraparte se niegue a cumplirlo, demandando la ejecución forzada en el Poder Judicial, porque precisamente las partes pactaron no ir al Poder Judicial. Tampoco se recurre a la resolución del contrato ni al pago de daños y perjuicios, porque no debería irse al Poder Judicial porque se violaría la esencia del acuerdo. De no aceptarse eso, todas las demás obligaciones se derrumban y el arbitraje simplemente no funcionaría.

Es claro, en la experiencia arbitral internacional, que los sistemas arbitrales que funcionan son los que tienen un respaldo legal y contractual que permite la autoejecución sin intervención judicial. Los sistemas que no han sido fieles a este principio suelen fracasar y el arbitraje no florece.

Esto explica el fundamento del principio de inevitabilidad del arbitraje. Como indica Santistevan de Noriega: "Las partes, al pactar arbitraje, deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral, pues todo el sistema está pensado para que el arbitraje tenga efecto, los árbitros asuman la competencia que las partes les han otorgado de acuerdo a la determinación que sobre ella (la competencia) tomen autónomamente, para que las actuaciones judiciales se lleven a cabo irremediabilmente y con prevalencia sobre las actuaciones judiciales, para que las medidas cautelares dictadas por los árbitros tengan efecto, para que los laudos se ejecuten y para que el recurso de anulación funcione en los casos excepcionales previstos por la ley en el que la intervención judicial posterior cobra toda su importancia a efectos de controlar la legalidad de lo realizado por los árbitros sin que pueda el juez cuestionar

ni sustituir la decisión de fondo tomada por los árbitros”¹⁰.

Y luego, Santistevan de Noriega continúa diciendo: “Queremos destacar la inevitabilidad del arbitraje como resultado del vínculo obligacional que surge de la celebración de un convenio arbitral válido que se extiende a las partes que lo han celebrado, a los árbitros que son escogidos para llevar a cabo las actuaciones arbitrales, al sistema judicial tanto en su responsabilidad de facilitar el cumplimiento de los laudos cuanto en su funciones de garante de la legalidad, en la eventualidad que conozca de recursos de anulación contra los laudos; pero también con respecto a su función complementaria y auxiliar para el desarrollo de los arbitrajes”¹¹.

Todo esto explica la razón por la que ni siquiera una aparente violación al orden público puede justificar una intervención de las cortes ordinarias durante el desarrollo normal del arbitraje. Las reglas han trasladado ese control a ser uno *ex post* a la emisión del laudo, sea bajo la figura de la anulación o bajo la figura de la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo. Si durante la tramitación del arbitraje una de las partes alega que amparar la posición de su contraparte sería una violación del orden público doméstico o del internacional, son los árbitros quienes, en un primer momento, deberán decidir si ello es o no correcto. Deberán abordar el tema y resolver algo que en principio parecería corresponder de manera exclusiva a las cortes comunes.

Dependiendo del caso, un primer supuesto sería que los árbitros se consideren incompetentes para conocer un asunto que atañe al orden público. El efecto del principio *kompetenz-kompetenz* será una decisión por parte de árbitros privados sobre si les corresponde o no pronunciarse. Usando el

ejemplo del contrato para la venta y reparación de armamento, en este caso, el Tribunal podría declararse o no competente para determinar si la autorización gubernamental es un requisito para la validez del contrato.

Un segundo supuesto es que, declarándose competentes, se pronuncien específicamente sobre el asunto de orden público, pero en un sentido en que lo desnaturaliza y por tanto deriva en la nulidad o inejecutabilidad de lo resuelto. En el mismo ejemplo anterior, considerándose competente para tal fin, el Tribunal debería determinar, ya como un asunto de fondo, si la falta de autorización gubernamental acarrea la nulidad del contrato.

En el primer supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por pronunciarse sobre un tema en el que los árbitros carecen de jurisdicción (por ser una materia de orden público). En el segundo supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por haber decidido la validez a pesar que el contrato era contrario al orden público.

Pero en cualquier caso, si se admitiera que el levantar una cuestión de orden público determinará que el asunto deba pasar a las cortes ordinarias por esa simple alegación, entonces el arbitraje no sería inevitable, pues bastaría la simple alegación de tal argumento para sustraer el caso de donde las partes pactaron verlo. Ello explica por qué se admite que árbitros privados puedan eventualmente manifestarse sobre lo público, a pesar de ser un tribunal privado.

En ese contexto se explican las dos características del recurso de anulación: (i) Se limita a una relación taxativa, limitada y vinculada a aspectos formales del arbitraje (competencia, validez del convenio, notificaciones, cumplimiento de reglas pactadas, etcétera), es decir, no involucran aspecto de fondo de la decisión¹²; y (ii) sólo puede interponerse una vez emitido

¹⁰ SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, Jorge. “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (Decreto Legislativo 1071)”. En: Revista Peruana de Arbitraje 8. 2009.

¹¹ *Ibid.* p. 89.

¹² Al respecto, el artículo 62 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071):

1. “Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

Asimismo, con respecto a las causales de anulación, el artículo 63 precisa:

1. “El laudo **sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:**
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

el laudo, esto es, *ex post* a la decisión de los árbitros¹³. Pero en el caso del orden público, parecería colarse a la discusión un aspecto que puede estar referido al fondo de la controversia.

Una de las causales es que la materia sometida a arbitraje no puede ser arbitrada bajo las leyes peruanas. Ello podría deberse a reconocer que, al momento de pactar el arbitraje, haciendo ejercicio de su autonomía privada, las partes no pueden ir en contra del orden público. Por ello, se legitima al juez, en caso se compruebe que la materia es manifiestamente no arbitrable, a anular el laudo arbitral. Asimismo, en el caso específico de los arbitrajes internacionales, es que el laudo arbitral viole el orden público internacional. En caso ello ocurra, el laudo puede ser anulado, o en todo caso, si se pide el reconocimiento o ejecución, éstos pueden no concederse.

Pero estas causales nos introducen el dilema de los límites a qué son **actos impuros** y su ambigüedad. Ello puede abrir la puerta a una revisión sin límites del fondo de la controversia, algo que podría acabar con la esencia del arbitraje. Estos conceptos

amplios, si es que resultan mal entendidos e interpretados, pueden abrir una puerta para que los jueces entren a analizar el fondo de la controversia y puedan incluso llegar a anular el laudo o denegar el reconocimiento. En esta problemática nos centraremos en los puntos siguientes. ¿Cómo debe entenderse ambos conceptos? ¿Cómo lo han entendido las cortes? ¿Cuál es el verdadero problema de entrar a analizar el fondo de la controversia?

IV. EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE ANULACIÓN (O DE DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO)

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York) establece que se podrá denegar el reconocimiento (y consecuentemente la ejecución) cuando la autoridad judicial del país donde se pide el reconocimiento compruebe que el objeto de la diferencia no es posible de someterse a arbitraje de acuerdo a la Ley de ese país. Otra de las causales es que el objeto de la diferencia contravenga el orden público de ese país:

- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral" [El énfasis es nuestro].

Con respecto al artículo 62, como bien señala Avendaño: "Esta decisión del legislador peruano, además del antecedente citado, tiene una explicación lógica: Como el inciso 2 bajo comentario prohíbe al órgano revisor pronunciarse sobre el fondo de la controversia y a través de la apelación lo que se revisa es el fondo, o sea la justicia del caso concreto, ha quedado como único medio impugnatorio el recurso de anulación que revisa solamente los aspectos externos del laudo". Ver: AVENDAÑO, Juan Luis. Citado en: SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD. "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. p. 685. En la misma línea, González de Cossio explica precisamente por qué el recurso de anulación se diferencia del recurso de apelación: "Existe una diferencia conceptual importante entre, por un lado, la apelación y, por el otro, los recursos existentes en relación con los laudos. Su diferente naturaleza obedece a que un recurso de apelación examina el fondo del laudo (es decir, tanto los hechos cuanto el Derecho) y el tribunal que realice dicha revisión tiene la facultad de confirmar, revocar o modificar el mismo. En los recursos de nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada. Su nivel de análisis se limita a la determinación de la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución. El órgano que realiza esta revisión no determina la correcta determinación de los hechos ni la correcta aplicación del Derecho. Únicamente decide si se ha presentado un vicio en la emisión del laudo que justifique su invalidación". En: GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. "Arbitraje". Tercera Edición. México DF: Editorial Porrúa. 2011. p. 728.

¹³ Al respecto, el artículo 64 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone: Artículo 64.- "Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo".

Artículo V.-

2. “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:
 - a. Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitraje; o
 - b. Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia sea contrario al orden público de ese país”.

La Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo) mantiene la misma línea de la Convención de Nueva York:

Artículo 36.- “Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: [...]
 - b. cuando el tribunal compruebe:
 - (i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - (ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

La Ley de Arbitraje –Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje)– dispone que, en el caso de un arbitraje nacional, el laudo podrá ser anulado cuando la materia sea manifiestamente no susceptible de someterse a arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, el laudo podrá ser anulado cuando el laudo es contrario al orden público internacional o de acuerdo a las leyes del Perú el objeto de la controversia no se puede arbitrar.

Artículo 63.- “Causales de anulación:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]
 - e. **Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje**, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o **el laudo es contrario al orden público internacional**, tratándose

de un arbitraje internacional” [El énfasis es nuestro].

En el caso de laudos extranjeros, se puede denegar el reconocimiento cuando la autoridad judicial competente comprueba que la controversia no puede someterse a arbitraje de acuerdo al Derecho peruano. Asimismo, si el laudo es contrario al orden público internacional tampoco se reconocerá ni se ejecutará.

Artículo 75.- “Causales de denegación.

1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano [...]
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
 - a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - b. Que el laudo es contrario al orden público internacional”.

Como se puede apreciar, el estándar es distinto en función a la nacionalidad del arbitraje. En caso sea un arbitraje nacional, lo que importa a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, lo sustancial a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje o que se viole el orden público internacional.

Mientras, en el caso que se pida el reconocimiento de un laudo extranjero, se puede denegar el pedido cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje según el Derecho peruano, o que el laudo viole el orden público internacional.

Supuesto	Nacionalidad	Causal
Anulación	Arbitraje Nacional	Materia no susceptible de arbitraje según leyes peruanas.
	Arbitraje Internacional	Objeto de la controversia no susceptible a arbitraje según leyes peruanas, o violación del orden público internacional.

Supuesto	Nacionalidad	Causal
Denegación de reconocimiento	Laudo Extranjero	Objeto de la controversia no susceptible a arbitraje según leyes peruanas, o violación del orden público internacional.

Como se puede apreciar, las referidas causales de anulación o de denegación del reconocimiento se encuentran estrechamente vinculadas a la arbitrabilidad objetiva. Ello porque si una controversia no es arbitrable, si el Tribunal Arbitral, pese a ello, decide proseguir con el arbitraje, ese laudo puede ser anulado en base a las causales de anulación anteriormente mencionadas. Lo mismo ocurrirá en caso se emita un laudo extranjero, si este resuelve sobre una materia no arbitrable en base a las leyes del Perú o si viola el orden público internacional, entonces se denegará el reconocimiento.

Sobre la arbitrabilidad, se pronuncia Pamboukis: “We can define arbitrability as the absence to contest the *rationae personae et materiae* to the power conferred to the arbitral tribunal (by the arbitration agreement) to resolve a dispute. In fact, arbitrability, along with the arbitration agreement, produces two effects (functions). One positive, which confers jurisdictional power to an arbitral tribunal, and one negative, which imposes a duty upon state courts to accept and protect the jurisdictional power of an arbitral tribunal. And of course, the last effect due to arbitrability relates to the admissibility of the arbitration agreement by other legal orders. In that sense, someone can state arbitrability does not participate in the essence of the arbitration agreement –it is an external factor that limits the effectiveness of an arbitration agreement. Arbitrability belongs to a broader category of relevance rules, which aim to recognize and give effect to external, foreign legal relations [...] Arbitrability in essence limits the power of an arbitral tribunal and the power of the parties as to what subject matter can be arbitrated. In that sense, limitations can only arise from a state law aiming to protect its own generalpage social or economic interest.

The limitations may concern either persons (subjective arbitrability) or more properly, matters (objective arbitrability). It is evident that these limitations are exclusively connected to a given state and mainly to its own specific general interest. They do not emanate from arbitration itself¹⁴.

Con respecto a la arbitrabilidad, Lew, Mistelis y Kroll señalan lo siguiente: “It involves the simple question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration. Party autonomy espouses the right of parties to submit any dispute to arbitration. It is the parties’ right to opt out of the normal national court jurisdiction. National laws often impose restrictions or limitations on what matters can be referred to and resolved by arbitration [...] This is ‘objective arbitrability’. Certain disputes may involve such sensitive public policy issues that it is felt that they should only be dealt with by the judicial authority of state courts. An obvious example is criminal law which is generally the domain of the national courts. These disputes are not capable of settlement by arbitration. This restriction on party autonomy is justified to the extent that arbitrability is a manifestation of national or international public policy. Consequently, arbitration agreements covering those matters will, in general, not be considered valid, will not establish the jurisdiction of the arbitrators and the subsequent award may not be enforced¹⁵.”

La regulación sobre la arbitrabilidad se encuentra recogida en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, la cual establece que:

Artículo 2.- “Materias susceptibles de arbitraje:

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho, así como aquellas que la Ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las

¹⁴ PAMBOUKIS, Charalambos. “Thoughts About the Applicable Law on Arbitrability . En: MISTELIS, Loukas y Stavros BREKOULAKIS (Editores). “Arbitrability: International and Comparative Perspectives”. La Haya: Kluwer International Law. 2009. pp. 121-122.

¹⁵ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y Stefan KRÖLL. “Comparative International Commercial Arbitration”. La Haya: Kluwer Law International. 2003. p. 188.

obligaciones derivadas del convenio arbitral”.

V. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Como se indicó, dado el carácter inevitable del arbitraje, el Poder Judicial no puede intervenir antes o durante el procedimiento arbitral. Justo la regla es que pueden intervenir (salvo las excepciones previstas en la Ley), pero después de emitido el laudo. Según Blackaby, Paratásides, Redfern y Hunter, es entendible que un Estado se reserve el derecho de reconocer y ejecutar un laudo arbitral que vulnere nociones propias del Estado, que son el orden público. No sólo ello, sino que no llama la atención que las cortes se pronuncien de oficio sobre las violaciones del orden público antes de ejecutar un laudo arbitral¹⁶.

Pero el concepto de orden público es ambivalente e impreciso. Así como el de “acto impuro” es un concepto amplio y un tanto ambigüo, que puede prestarse a muchas interpretaciones. Bockstiegel¹⁷, explicándonos la noción del orden público, sostiene que éste es un sistema legal no codificado que

refleja las convicciones y valores básicos de esa comunidad. Es lo que la comunidad siente como la correcta aplicación de la ley. Agrega que el orden público es relativo. En primer lugar, depende de cada sociedad. Lo que se considera parte del orden público de un Estado puede no ser igual en otro Estado con una diferente economía, política, religión o sociedad y, por tanto, sistema legal. En segundo lugar, depende de un factor tiempo. Señala que los valores o estándares de una sociedad suelen cambiar y desarrollarse y, por lo tanto, la noción de orden público suele modificarse¹⁸.

El profesor Yves Derains¹⁹ afirma que el orden público está compuesto por un conjunto de reglas que las partes, al momento de contratar, no pueden contravenir. Vienen a ser un límite a la autonomía privada. En ese mismo sentido, Pierre Lalive²⁰ señala que el concepto de orden público es usualmente utilizado para designar las normas imperativas, que las partes no pueden derogar a través de sus acuerdos.

Sin embargo, el concepto de orden público interno no es el mismo que el de orden público internacional. Lalive²¹ nos explica ello, señalando que una norma imperativa

¹⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 655: “It is understandable that a State may wish to have the right to refuse to recognize and enforce an arbitration award that offends that State’s own notions of public policy, and in some jurisdictions an enforcing court is required to examine the possibility of a public policy violation *ex officio*”.

¹⁷ BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz. “Public Policy and Arbitrability”. En: SANDERS, Pieter (Editor). “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”. La Haya: Kluwer International Law. 1987. p. 178: “As a last resort against the application of agreements, rules and awards, which otherwise would have to be respected, its abstract role is indeed a fundamental one from the viewpoint of the respective legal system. Although in every state or other community with a separate legal system the codified and uncoded law reflects the basic convictions and values of that community, those responsible for the legal system in the community feel that even the correct application of the law [...]”.

¹⁸ Ibid. pp.178-179: “This description, in addition to the absolutely exceptional character of the principle, indicates the relativity of the very concept of public policy: First of all, public policy is dependent on the judgment of the respective legal community. What is considered to be part of public policy in one state may not be seen as a fundamental standard in another state with a different economic, political, religious or social, and therefore, legal system. In regard to our topic, what may be considered as an absolutely exclusive domain of national courts in some Latin American countries may be left to party autonomy and arbitration –if the parties so wish– in Western European countries. From this perspective it is also easier to view the widely discussed concept of an “international public policy”. Insofar as there is a regional or international community or legal system, only its common denominators in values and standards can be the basis for its eventual public policy, and they may obviously differ from those of the individual member states. A second relativity is introduced by the time factor. The values and standards of communities are not stable, they change and develop. So does public policy since it is derived therefrom”.

¹⁹ DERAIS, Yves. “Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration”. En: SANDERS, Pieter (Editor). Op. cit. p. 226: “In domestic Law, public policy forms a set of rules that parties may not contract out of”.

²⁰ LALIVE, Pierre. “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”. En: SANDERS, Pieter (Editor). Op. cit. p. 258: “The concept of public policy is often used to designate ‘imperative’ or mandatory rules, from which the parties cannot derogate”.

²¹ Ibid. pp. 259-260: “The concept of public policy in private international law is, of necessity, a different one –the functions and the purpose of these two parts (domestic law and private international law) of a given legal

doméstica no necesariamente prevalecerá en asuntos internacionales. Las normas imperativas de orden público pueden importar poco en el ámbito internacional. Ello no es más que un reconocimiento de una máxima del Derecho Internacional Privado, y que se materializa en la distinción fundamental entre las situaciones domésticas y las internacionales. Por ejemplo, bajo Ley doméstica, el principio de autonomía de la voluntad no permite pactar en contra de las normas de orden público. Sin embargo, en el Derecho Internacional el concepto es distinto, permitiéndole a las partes pactar una ley aplicable cuyo concepto de orden público puede ser sustancialmente distinto al de la Ley de los Estados de los que son nacionales las partes.

Así, en la “nube” internacional que se eleva sobre los Estados, y como ocurre cuando uno se va al cielo, las reglas son distintas. Son usualmente más permisivas y flexibles, y las reglas de orden público pierden el tono marcial que muchas tienen en sus países de origen. Los “actos impuros” terrenales no necesariamente tienen el mismo carácter que los “actos impuros celestiales”.

El problema es que las reglas celestiales tienen que bajar a la tierra y tocar piso. Ello ocurre cuando hay que recurrir a alguna corte para que resuelva la anulación de un laudo y uno se encuentra con el concepto de orden público del juez del caso. O también cuando uno requiere que el laudo se reconozca o ejecute, donde el concepto de orden público será el del juez del reconocimiento o de la ejecución.

Allí viene una situación esquizofrénica donde lo que se pensó en el “cielo” se anula o ejecuta en la tierra. La dualidad del concepto de orden público puede generar desconcierto en todos. Esa dualidad no existe para la anulación y está

atemperada en la ejecución, por el “Sistema CIADI” (del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), donde ningún juez nacional conoce de la anulación, sino es el propio Sistema CIADI quien resuelve las impugnaciones desde la nube y sin intervención de jueces estatales de ningún Estado. El gran éxito de la Convención de Nueva York fue precisamente elevar las reglas del reconocimiento y ejecución a las nubes. Su problema es que no se deshizo del concepto de “orden público” de dicho Estado, donde dejó atado el concepto de orden público a un aterrizaje terrenal y, como tal, variable de país en país y de juez en juez.

Esta distinción conceptual impacta en la diferencia entre una y otra causal de anulación o denegación del reconocimiento del laudo arbitral. Y ha conducido a considerar que ese orden público no puede ser el mismo que usa el país para sus problemas jurídicos domésticos, sino uno más restringido. Al respecto, Fouchard, Gaillard y Goldman, refiriéndose al artículo V, inciso 2 de la Convención de Nueva York, sostienen que: “The provision certainly refers to international public policy, and not domestic public policy. Not every breach of a mandatory rule of the host country could justify refusing recognition or enforcement of a foreign award. Such refusal is only justified where the award contravenes principles which are considered in the host country as reflecting its fundamental convictions, or as having an absolute, universal value”²². En otras palabras, se busca que se lea la Convención de Nueva York como si dijera “[...]contrario al orden público de dicho Estado para efectos del Derecho Internacional”.

En esa misma línea, el concepto va mutando hacia la aproximación de orden público (internacional) como la noción más básica de moralidad y justicia. En efecto, en el caso *Parsons Whittemore Overseas Co. Inc.*

order not being the same. It follows that, in the case law of many countries, a mandatory rule of domestic law does not necessarily prevail in international matters; in other words the judge need not necessarily resort to its “international public policy” in case such a rule has been violated. Such distinction reflects the nature of things and in particular the very nature of private international law, a branch of the law which is based on a fundamental distinction between ‘domestic’ situations and ‘international’ situations (i.e., those which include one or more foreign elements sufficiently relevant to call for a particular treatment and the intervention of the private international law of the State). To take another example, in domestic private law, the so-called principle of “autonomy of the will” or contractual freedom is limited by the obligation to respect mandatory rules whereas, in private international law, it is well-known to have a totally different meaning (allowing the parties by their choice of law to “dismiss the rules, mandatory or not, of the law which, in the absence of choice, would have been applicable”).

²² FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. Op. cit. p. 695.

v. *Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, la Corte de Distrito de Nueva York, señaló que sólo se debe negar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros sobre la siguiente base: “[W]here enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”²³. Asimismo, manifestó que la Convención de Nueva York se debía interpretar de manera restrictiva.

Según un Tribunal Supremo Federal Suizo²⁴, es necesario que se trate de la violación de los principios fundamentales del orden jurídico suizo, que daña de manera intolerable el sentimiento del Derecho. Nuevamente, un concepto más restrictivo que el de orden público doméstico.

En la misma línea, la Corte Suprema Federal de Alemania²⁵, refiriéndose al orden público internacional como causal de denegación de reconocimiento de un laudo extranjero, manifestó lo siguiente: “From the viewpoint of German procedural public policy, the recognition of a foreign arbitral award can therefore only be denied if the arbitral procedure suffers from a grave defect that touches the foundation of the State and economic functions”.

Redfern²⁶ cita un caso de la Corte Suprema de la India en el que se señaló en relación al orden público internacional lo siguiente: “This raises the question of whether the narrower concept of public policy as applicable in the field of public international law should be applied or the wider concept of public policy as applicable in the field of municipal law. The Court held that the narrower view should prevail and that enforcement would be refused on the public policy ground if such enforcement would be contrary to (i) fundamental policy of indian law; or (ii) the interests of India; or (iii) justice or morality”.

El Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association se pronunció en los siguientes términos: “The international public policy of any State includes: (i) Fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as *lois de police* or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations”²⁷.

La tendencia es, por tanto, a adelgazar la cobertura del concepto. Se busca una interpretación restrictiva y favorable a la validez y ejecución de los laudos arbitrales. En ese orden de ideas, Fouchard, Gaillard y Goldman señalan: “Although the Convention refers to the host country’s conception of international public policy, that country must nevertheless exercise caution in applying it, as always with international public policy. This has been confirmed in a number of decisions of the United States Court of Appeals for the Second Circuit, which has held on several occasions that “the Convention’s public policy defense should be construed narrowly. However, courts in the United States have not always been as prudent in practice”²⁸.

En ese mismo sentido, el Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association destaca que el principio de conservación debe ser aplicado de la siguiente manera: “If any part of the award which violates international public policy can be separated from any part which does not, that part which does not violate international public policy may be recognized or enforced”²⁹.

En cualquier caso, si bien la tendencia no ha sido elevar el concepto de orden público a los

²³ Ver el caso *Parsons Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de L'Industrie de Papier*. 508 F 2d 969. 1974.

²⁴ *BGE 96 I 391, Sem.jud.* 1971, 247. Traducción libre de: “[...] il faut qu’il s’agisse de la violation des principes fondamentaux de l’ordre juridique suisse, qui heurte de façon intolérable le sentiment du droit”.

²⁵ XII Yearbook Commercial Arbitration. 1987. p. 489.

²⁶ BLACKBAY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 658.

²⁷ Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association. Conferencia de Nueva Delhi. 2002. p. 6.

²⁸ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. Op. cit. p. 996.

²⁹ Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association. p. 8.

niveles celestiales del Derecho Internacional, sí se le ha dado un baño en agua bendita, con la finalidad no de canonizarlo, pero al menos de beatificarlo y protegerlo, en algún nivel, de una calificación sencilla de los “actos impuros”. Pero como se dijo, no siempre las cortes nacionales son tan flexibles.

Y sin perjuicio de la falta de flexibilidad, se mantiene el problema de la diversidad de criterios y de las dificultades que enfrenta el tribunal arbitral para adivinar cuál concepto de orden público se le aplicará y con qué alcances.

VI. HACIA LA “CANONIZACION” DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

Como hemos visto, la tendencia ha sido a limitar el concepto de orden público y con ello a restringir el uso de la causal para anular laudos o restringir su reconocimiento y ejecución. Al añadirse el término “internacional” se ha logrado, en parte, ese efecto, al marcar que el orden público internacional es distinto al terrenal orden público doméstico.

El término orden público internacional se entiende en el sentido que se le da en el Derecho Internacional Público. Ello quiere decir que nos estamos refiriendo a la parte del orden público doméstico que, de ser violado, impide que se invoque la ley extranjera. Ese es el concepto más aceptado.

En ese sentido, no es el orden público doméstico a secas. No es todo el orden público doméstico. No es todo orden público terrenal, pero sigue en la tierra. No sería, por tanto, un orden público transnacional, es decir un orden público común a varios Estados. Es sólo una parte restringida del orden público doméstico, pero más amplia que el orden público transnacional.

Como ya se indicó líneas arriba, es aquella parte del orden público que concierne a las nociones más básicas de moralidad y justicia.

Por ejemplo, podemos discutir si la aplicación de una norma concursal, que es en principio imperativa, o una norma de control cambiario contra la que no se puede pactar, están protegidas por el orden público internacional. No parecería que un laudo que las inaplicase afectará las nociones más básicas de moralidad y justicia de una

nación. Pero un arbitraje en el que se discute la propiedad de un esclavo o la paternidad de un niño parecería tocar las fibras de moralidad y justicia más básicas de una sociedad. En esos casos, la nulidad o la no ejecución parecen atendibles.

Tal definición está, sin embargo, rodeada de tremenda subjetividad. Al bajar a lo terrenal, el juez podrá considerar, según sus propios conceptos de moralidad y justicia (que no necesariamente son los más elementales de una sociedad) que el laudo vulnera el orden público. Así, anulará o no ejecutará un laudo por vulnerar el orden público internacional de su Estado, si considera que el régimen cambiario se encuentra sustentado en razones básicas de moralidad y justicia. Finalmente, siempre se podría decir que cumplir la Ley atañe a estos conceptos básicos. De llegarse a este punto, no podría distinguirse el orden público internacional del orden público doméstico. El concepto de orden público internacional (entendido como orden público interno concerniente a los principios más básicos de moralidad y justicia de un Estado) sigue siendo aún demasiado amplio.

Ello explica por qué varios sugieren que se entienda orden público internacional como orden público transnacional o, verdadero orden público internacional. Se apuntaría a un orden público universal, donde el concepto de nociones básicas de moralidad y justicia no dependen de una concepción nacional, sino de muchas. Sería orden público, para estos efectos, los principios básicos de moralidad y justicia comunes a las naciones civilizadas.

Y claro, es más fácil entender qué se entiende por acto impuro si se considera que es un acto que afecta las nociones más básicas de los países civilizados. Sin duda, el concepto sigue teniendo aristas de subjetividad, pero éstas se han ido restringiendo. El orden público deja de ser tan terrenal y, sin dejar de serlo, se eleva por encima de concepciones meramente domésticas, y es más exigente con la corte nacional, a la que le exige mirar las decisiones de otras cortes. El concepto se restringe aún más.

Por supuesto que un concepto como éste no está exento de críticas. Muchos lo ven como una forma de imperialismo legal, en el que la moralidad de un grupo de países influyentes se convierte en orden público internacional

porque tendrá mayor influencia transnacional. El orden público norteamericano tendrá más oportunidades de ser considerado un orden público internacional que un orden público musulmán. Pero, a pesar de ese riesgo, el efecto de forzarnos a identificar conceptos comunes a varios países contribuye a darle mayor resistencia a los laudos frente a posibles cuestionamientos.

Queda entonces fuera el hecho de que nos encontremos ante una norma imperativa. Ese mero hecho no es suficiente para convertir el principio contenido en una norma en orden público internacional (sea que usemos la idea de orden público doméstico restringido u orden público transnacional). Incluso, si no compartiéramos la idea de que debe usarse el concepto de orden público transnacional,

parece recomendable usar ese concepto como una herramienta que ayuda a identificar al orden público internacional de un Estado. Así, parecería que aquellas nociones de moralidad y justicia que son comunes a las naciones civilizadas deben ser también nociones básicas de moralidad y justicia para el ordenamiento doméstico, al margen que el juez de la anulación o el del reconocimiento pueda identificar algunos principios adicionales.

Pero, en síntesis, todo indica que debemos movernos en dirección hacia “la nube” internacional. Debemos santificar o canonizar el orden público a fin de convertirlo en un principio de aplicación cada vez más restringida. Y, como diría Moisés, lo relevante no será lo que diga la Ley, sino lo que diga la jurisprudencia.

LA NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN DE CONCEPTOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES: DESARROLLANDO UN PRINCIPIO SUSTANTIVO DE TRANSPARENCIA Y DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL ÁMBITO TRANSNACIONAL

Pedro José Martínez-Fraga*

*“La gente che per li sepolcri giace potrebbesi veder? Già son levati tutt’i coperchi, e nessun guardia face”**.*

*“Così com’ io del suo raggio resplendo, sì, riguardando ne la luce eterna, li tuoi pensieri onde cagioni apprendo”***.*

Si bien la diversidad de conceptos jurídicos es muy atractiva para efectos académicos, lo cierto es que dicha diversidad trae consigo indefectiblemente un gran obstáculo cuando se intenta aplicar una solución común a relaciones que traspasan el ámbito nacional, toda vez que los conceptos diferirán si se tiene en cuenta uno u otro sistema jurídico. En el presente artículo, el autor advierte la necesidad de armonizar conceptos jurídicos a fin de armonizar una solución en controversias internacionales, enfocándose en dos sistemas jurídicos: El Civil Law y el Common Law.

* Abogado. Socio de DLA Piper Global Law Firm y Coordinador Internacional de Asuntos Litigiosos para las regiones de Latinoamérica y del Estado de Florida de la misma Firma. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Ha participado como árbitro en la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

** ALIGHIERI, Dante. “La Divina Comedia”. pp. 132-133. Nota del Traductor: “La gente que en los sepulcros yace ¿podráse ver? Ya están alzadas todas las losas, y no hay quien guarde”.

*** Ibíd. pp. 162-163. Nota del Traductor: “Así como yo de su rayo esplendo. así, contemplando en la luz eterna, tus pensamientos, donde nacen, aprendo”.

I. INTRODUCCIÓN

Quando hablamos del ámbito de resolución de disputas internacionales, quizás el reto mayor sea el referido a la conciliación entre los sistemas de obtención de prueba del Derecho Civil romano-germánico –*civil law*– y su contraparte, el procedimiento de “*Discovery*”, en el Derecho anglosajón –*common law*–. Las diferencias existentes entre ambos sistemas en relación a la obtención de la prueba, cuando menos superficialmente, aparentan ser irreconciliables. Uno de los más recientes trabajos de la International Bar Association denominado “Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional”¹ es un trabajo emblemático en los esfuerzos de sintetizar cuestiones fundamentales de *common law* y *civil law*². Las diferencias que separan a estos sistemas jurídicos –*common law* y *civil law*– en este delimitado aspecto de la resolución de disputas internacionales conlleva a la identificación y desarrollo de normas legales capaces de cubrir dichos esfuerzos, tales como las Reglas de la International Bar Association, pero con argumentos sustantivos fundacionales más extensos, en caso de que estos continúen, para desarrollar y satisfacer las expectativas que surjan de las diferencias entre ambos sistemas legales³.

El humilde objetivo del presente artículo es servir como un pequeño paso hacia la identificación y desarrollo de normas internacionales necesarias, en caso de que la conciliación de sistemas en lo que se refiere a la obtención de la prueba sea tomada seriamente como un objetivo en el campo de resolución de disputas internacionales. En tal sentido, el presente trabajo ha sido estructurado en cuatro secciones. La primera se centra en “explicar las razones” de porqué la transparencia –la cual será posteriormente denominada “norma de transparencia privativa”– es una norma/regla necesaria que conceptualmente galvaniza

la convergencia en asuntos transfronterizos en lo que respecta a la obtención de la prueba. Como parte de tal premisa, dicha sección se concentra en la articulación del ámbito de privacidad/confidencialidad que históricamente ha envuelto a los Arbitrajes Comerciales Internacionales, y en menor medida a los arbitrajes inversor-Estado (AIS)⁴. La segunda parte analiza las distintas aplicaciones y significados que se han tejido sobre la transparencia mediante el análisis de documentos de derecho internacional, tratados y algunos laudos arbitrales de manera que se permita delimitar los parámetros para una norma/regla de transparencia futura y que se llegue a un entendimiento de trabajo común de tal concepto cuando se aplica a la obtención de la prueba. La tercera parte identifica un “principio de incertidumbre” que es endémico en la configuración de los Arbitrajes Comerciales Internacionales y AIS. La parte final subyace sobre los trabajos de desarrollo de una norma de transparencia aplicable a las bases fundacionales de la obtención de evidencia, utilizando para ello términos que formen parte de las Reglas de la International Bar Association .

II. RAZONES PARA EXPLICAR LA TRANSPARENCIA COMO UNA NORMA/REGLA QUE SEA APLICABLE EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN ASUNTOS DE ÍNDOLE TRANSNACIONAL

A. El Ámbito de Privacidad/Confidencialidad que cubre al Arbitraje Comercial Internacional (ACI)

Los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha desarrollado una cultura de privacidad que es usualmente considerada erróneamente como una confidencialidad absoluta, y que ha sufrido en su aceptación dadas las desmesuradas expectativas de sus clientes. La naturaleza privativa de los Arbitrajes Comerciales Internacionales resulta de

¹ En: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

² Véase MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro. “Good Faith, Bad Faith, But not Losing Faith: A Commentary on the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”. 2011-2012. pp. 387, 389.

³ Para propósitos del presente artículo se ha puesto énfasis solamente en los sistemas del *civil law* y *common law*. Si la resolución de disputas internacionales tuviera que ser verdaderamente internacional se debe considerar también a otros sistemas legales, como los del Medio Oriente por ejemplo, para la estructuración de reglas transnacionales referentes a la obtención de prueba.

⁴ Debe de señalarse que el “elemento de privacidad” es eminentemente detectable en AIS, como parte del legado estructural que subyace al mismo.

espacio único y distinto que subyace dentro del Derecho Internacional Privado. A diferencia de su contraparte judicial, los Arbitrajes Comerciales Internacionales se encuentra totalmente libre de los procedimientos judiciales precisamente porque los Arbitrajes Comerciales Internacionales no es una manifestación del ejercicio de soberanía por parte de un Estado en fomento de lo que pretende ser una administración de justicia equitativa. La resolución de controversias comerciales privadas, como criaturas resultantes de un contrato, se ejecuta fuera de la estructura adjudicativa del Estado, y, por ende, cierra cualquier prerrogativa actual o potencial a un acceso público a la información⁵.

La privacidad y la confidencialidad que caracterizan a los Arbitrajes Comerciales Internacionales se mantienen como características atractivas para su masa de consumidores que hace uso de dicha herramienta legal⁶. A pesar de la ausencia de autoridad para la proposición de **confidencialidad** como opuesta a la **privacidad**, como característica sobresaliente de los Arbitrajes Comerciales Internacionales, el referido principio es visto como implícito o como una inferencia de un acuerdo/contrato para resolver una determinada controversia a través de arbitraje⁷.

El Arbitraje Privado Internacional fue creado sobre fundamentos que han tenido en mente

una controversia **privada**. Estos fundamentos deliberadamente tuvieron una carencia de transparencia o privacidad, lo que a su vez generó un “déficit democrático”⁸. Aun cuando connotados autores opinan que los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha tenido grandes logros en materia de transparencia, ellos también consideran que los Arbitrajes Comerciales Internacionales no son totalmente transparente⁹. El más reciente esfuerzo sobre reglas arbitrales sugiere que no existe ningún requerimiento por parte de las instituciones arbitrales para publicar institucionalmente información de cualquier tipo relativa a un procedimiento arbitral, salvo que exista un acuerdo entre las partes que determine lo contrario¹⁰. Las reglas institucionales sobre las que se estructuran los procedimientos de Arbitrajes Comerciales Internacionales subrayan la dicotomía **privacidad-confidencialidad** conjuntamente con el “déficit democrático” presente en dichos procedimientos. Los más emblemáticos pronunciamientos ciertamente obligan a una revisión.

B. La dicotomía Privacidad-Confidencialidad que alimenta a las Instituciones Arbitrales: Un “Déficit Conceptual”

Como una cuestión general y en claro contraste con los procedimientos judiciales, se tiene que las instituciones arbitrales a viva

⁵ Véase *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.* 363 U.S. 564, 570. 1960. “El arbitraje como una criatura del contrato”.

⁶ En un estudio realizado en el año 2010 por la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres, se tuvo que el 84% de las personas entrevistadas señalaron que habían elegido el arbitraje, al menos en parte, “por su confidencialidad”. Remy Gerbay, Deputy Registrar, “London Court of International Arbitration, Confidentiality vs. Transparency in International Arbitration: The English Perspective”, Conferencia dada en la Universidad de Varsovia (February 9, 2011).

⁷ Véase Fulvio Fracassi. “Confidentiality and NAFTA Chapter 11 Arbitrations”. *Chicago Journal of International Law* 213. 2001. It is not within the scope of this writing to address the confidentiality/privacy dichotomy in international commercial arbitration. On this point, suffice it to observe that generally any confidentiality is subordinated to the principle of party-autonomy, such that by agreement of the parties confidentiality under certain circumstances would never attach.

⁸ BARSTOW MCGRAW, Daniel. “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”. En: *Journal of International and Comparative Law* 15. 2008-2009. pp. 337, 342. “Indeed, one of the major draws of arbitration in the commercial field was (and still is) the lack of transparency due to the ability of the parties to decide most aspects of the process. Partly because these disputes were perceived as being purely private, public interest did not play a key role in setting procedures in these institutions. Nevertheless, given the permeation of public disputes into a typically private forum, there is a need for identifying democracy deficits within the system, whether on a private institutional level or an international level”.

⁹ Véase, por ejemplo: ROGERS, Catherine. “Transparency in International Commercial Arbitration”. *University of Kansas Law Review* 54. 2005-2006. pp. 1301, 1325.

¹⁰ Véase, por ejemplo: International Chamber of Commerce Rules of Arbitration. “The ICC Rules”. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules. “The SCC Rules”; The International Centre for Dispute Resolution Arbitration Rules. “The ICDR Rules”; and the London Court of International Arbitration Rules. “The LCIA Rules”.

voz publicitan que las audiencias son **privadas**, salvo que las partes o alguna ley aplicable determinen lo contrario. La presunción de privacidad que subyace a los procedimientos de Arbitrajes Comerciales Internacionales no necesita ser explícitamente expresada en las reglas arbitrales de las diversas instituciones, porque su propia naturaleza es privada¹¹.

Ninguna de las reglas de las principales instituciones arbitrales define "privacidad" o "confidencialidad". Es conceptualmente problemático que los dos términos se suelen utilizar indistintamente¹². Sin embargo, se tiene que a la "confidencialidad" se le otorga una mayor deferencia y es mayormente señalado en el contexto de que debe ser confidencial de acuerdo a la ley sustantiva aplicable¹³. La falta de esfuerzos por parte de las instituciones arbitrales para distinguir entre privacidad y confidencialidad es desconcertante y acentúa la cultura del malamente definido estatus de privacidad-confidencialidad que permea los Arbitrajes Comerciales Internacionales. En tal sentido,

además del "déficit democrático", se tiene que hay un **déficit conceptual**.

C. El Laudo y las deliberaciones en la "Caja Negra"

La cultura de opacidad que define a la estructura de los Arbitrajes Comerciales Internacionales también se encuentra enraizada en (i) los fundamentos de hecho y conclusiones de derecho que se esperan de cualquier adjudicación razonada, (ii) la propia publicación del laudo, y (iii) las deliberaciones ocurridas en el procedimiento. Las principales instituciones arbitrales evitan clasificar los laudos como **privados** o **confidenciales**. En vez de ello enfatizan en las cuestiones de no-revelamiento o no-comunicación a terceras partes de material que sea privativo a las partes¹⁴. Todas las "decisiones", un término que no se encuentra explicado ni definido en las reglas arbitrales, comparte el mismo destino que en los laudos¹⁵. Aun cuando no sean tratados como **confidenciales** ni **privados**, las cuestiones que abarcan estos términos

¹¹ Las Reglas del LCIA, en su artículo 19.4, por ejemplo, establecen: "All meetings and hearings shall be in **private** unless the parties agree otherwise in writing or the arbitral tribunal directs otherwise".

¹² Para un análisis más detallado de ambos términos, véase Michael Collins, "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings". En: Texas International Law Journal 30. 1995. p. 121.

¹³ Las Reglas de ICDR, en su artículo 20(6), establecen: "The tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality, and weight of the evidence offered by any party. The tribunal shall take into account applicable principles of legal privilege, such as those involving **confidentiality** of communications between a lawyer and a client". Sin ninguna referencia adicional al significado de confidencialidad, más allá que el uso de dicho término, se tiene que el artículo 34 de las Reglas de ICDR explícitamente se refieren al control y revelación de información confidencial:

"Confidential information disclosed during the proceedings by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. Except as provided in art. 27, unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award".

¹⁴ El no-revelamiento se encuentra subordinado a la autonomía de parte. Reglas de ICDR, Art. 27(2), establece: The tribunal shall *state the reasons* upon which the award is based unless the parties have agreed that no reasons need be given. El artículo 27(4) de las Reglas ICDR establece que "[a]n award may be made public only with the consent of all parties or as required by law." Más adelante, las propias Reglas del ICDR, en su artículo 27(6) requieren que la registración del laudo también se mantenga como privada o confidencial dependiendo de la ley aplicable:

"If the arbitration law of the country where the award is made requires the award to be filed or registered, the tribunal shall comply with such requirement". Las Reglas ICDR también tocan el tema de la publicación parcial de laudos en su art. 27(8):

"Unless otherwise agreed by the parties, the administrator **may** publish or otherwise make publicly available selected awards, decisions and rulings **that have been edited to conceal the names of the parties or other identifying details** or that have been made publicly available in the course of enforcement or otherwise."

El art. 34(2) de las Reglas de CCI, sobre Notificación, Depósito y Ejecución de Laudos, establecen que:

"Additional copies certified true by the Secretary General shall be made available on request and at any time to the parties, **but to no one else**".

El art. 26.1 de las Reglas de LCIA establece:

"The Arbitral Tribunal shall make its award in writing and, unless all parties agree in writing otherwise, shall state the reasons upon which its award is based".

¹⁵ El término "decisión" es usualmente referenciado en la mayoría de reglas arbitrales de diversas instituciones, pero nunca es definido o ni siquiera contextualizado. Véase, por ejemplo: ICC Rules, Artículos 6(6), 29(2), 35, y 37.

simplemente no deben de ser objeto de revelación, salvo consentimiento de las partes.

La privacidad y la confidencialidad encuentran su más robusto pronunciamiento en los Arbitrajes Comerciales Internacionales en el ámbito de las deliberaciones que realizan los tribunales arbitrales. Las culturas de los Arbitrajes Comerciales Internacionales y del AIS proporcionan un peso considerable a una virtual doctrina no-escrita que subyace en la absoluta confidencialidad de las deliberaciones. Los trabajos sobre la confidencialidad de las deliberaciones en el arbitraje internacional van en tono con la arquitectura que caracteriza a la metodología de la resolución de controversias, la misma que enfatiza sobre **ejecutabilidad** de los laudos en vez de **responsabilidad**, o una revisión en segunda instancia.

En esta línea, los encargados de realizar las decisiones arbitrales se mantienen en procedimiento impenetrable similar a una "caja negra". A pesar de que ha habido desarrollos significativos en pro de la transparencia, se tiene que lo que concierne a deliberaciones aún se mantiene en un escenario oscuro por su propio diseño y práctica, esto por la propia finalidad de minimizar el ámbito de intervención judicial en la etapa de ejecución que el arbitraje conlleva. Muchas fuerzas con encendidos toques mercantilistas que incluyen (i) la competencia entre las instituciones arbitrales, (ii) un escenario de mayor competencia entre los árbitros, (iii) mayor conocimiento por parte de los consumidores respecto a reglas y servicios arbitrales, y (iv) un incremento en la proliferación de laudos arbitrales publicados por decisión voluntaria no han conllevado a una reestructuración de las bases del arbitraje institucional, de manera que se proporcione, ya sea por diseño o pragmáticamente mayor transparencia, con la finalidad de que se reduzca el denominado "déficit democrático" de acceso a información arbitral. En la medida en que se revisa la normativa, se tiene que el concepto de transparencia no ha sido incorporado en la rúbrica procedimental y en la cultura jurídica de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. El fino comentario que se ha originado con respecto a si los Arbitrajes Comerciales Internacionales carece de un deseo de transparencia, a pesar de su

naturaleza privada, ha llevado a conclusiones que pueden ser sustentadas en base a una fenomenología, pero que no explican los principios subyacentes responsables de explicar a fondo dicho fenómeno en primera instancia.

En vez de concluir que los Arbitrajes Comerciales Internacionales se está reinventando en sí mismo basado en un sistema de incorporación de principios que conllevan a una mayor transparencia, para los propósitos del presente artículo que busca desarrollar una norma/regla de transparencia aplicable a obtención de prueba en procedimientos arbitrales transnacionales, se tiene que dicho fenómenos es susceptible de una explicación causal que encuentra su fundamento conceptual en los preceptos que subyacen a los Arbitrajes Comerciales Internacionales, y no en las fuerzas invisibles del mercado. Mayor transparencia en de los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha sido logrado porque el principio de autonomía de parte ha ganado mayor capacidad tanto estructural como normativamente. Este ajuste superlativo del principio de autonomía de parte explica (i) la proliferación de publicaciones relativas a laudos arbitrales previamente depurados, (ii) mayor revelación de los fundamentos sobre los que se sustentan las objeciones/apelaciones arbitrales, y (iii) un mayor acceso a las razones que subyacen al proceso decisorio arbitral.

Mientras que modificaciones estructurales a las reglas necesariamente deban de ser desarrolladas, todos estos desarrollos todavía son relativamente exigüos para que se considere que se ha llegado a un nivel que represente una transformación sustantiva. Los Arbitrajes Comerciales Internacionales es privativo por sus propios fundamentos que subyacen al mismo, dado que surge de un contrato privativo dentro del marco del derecho internacional privado y en el que se aplica la ley sustantiva de una jurisdicción determinada, y se relaciona sólo con un evento microeconómico que limita cualquier argumento o prerrogativa de acceso público. Aun cuando el número de laudos arbitrales en este campo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha aumentado significativamente¹⁶, la jurisprudencia de dichos

¹⁶ Una revisión de los laudos publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su anuario "Yearbook Commercial Arbitration". Ediciones 1992-2011. Allí se refleja el crecimiento en el número de laudos de este

laudos en el Derecho Internacional Privado es limitada, dado que no son de observancia obligatoria sino que sólo son documentos de autoridad persuasiva, a diferencia de lo que ocurre en los AIS. Raramente los laudos emitidos en los Arbitrajes Comerciales Internacionales contienen una cita de otros laudos, ya sea como precedentes de observancia obligatoria o como precedentes meramente persuasivos que sean la base del análisis en la emisión del laudo.

Los Arbitrajes Comerciales Internacionales solamente puede sacrificar su cultura de confidencialidad y privacidad bajo pena de desnaturalizarse y transformarse a sí mismo en una metodología de resolución de controversias internacionales que a la fecha no existe y para la cual no existe una demanda cautiva de consumidores. Una norma/regla de transparencia puede encontrar resonancia en los Arbitrajes Comerciales Internacionales y Arbitrajes Inversor-Estado sólo si (i) es desarrollada como una norma sustantiva de derecho internacional público y privado, y (ii) su aplicación se limita a los aspectos discrecionales de la resolución de disputas internacionales, tal como sería la etapa de obtención de prueba. Esta aplicación selectiva de una norma/regla puede ser sustantivamente armonizada y conciliada con las características privativas que subyacen a la resolución de disputas internacionales, sin desnaturalizarla ni transformarla.

D. El Arbitraje Inversor-Estado (AIE), herencia de una cultura privatista del Arbitraje Comercial Internacional

El sistema de los Arbitrajes Comerciales Internacionales adjudica primariamente sobre controversias de índole privado, sobre la base de causas legales de origen privado dentro de un marco que se encuentra limitado de cualquier rúbrica geopolítica y que generalmente se encuentra administrado por una institución arbitral privada. Sin embargo, dicho sistema ha servido de base para el Arbitraje Inversor-Estado¹⁷. La configuración de las partes en un Arbitraje Inversor-Estado se incluye a una entidad privada que interpone sus reclamaciones en contra de una soberanía. Las causas de la acción sobre las que se fundamenta la reclamación subyacen en un tratado, el mismo que eminentemente se encuentra dentro del dominio del Derecho Internacional Público¹⁸. Dado que las reclamaciones surgen de un tratado de inversiones, ya sea bilateral o multilateral, dichos tratados usualmente tratan sobre intereses en la relación inversor-Estado y las obligaciones del Estado receptor de las inversiones. En consecuencia, el objeto de la controversia se torna público en su naturaleza, a pesar de que la reclamación haya sido interpuesta por una parte privada, el inversionista¹⁹. El Arbitraje Inversor-Estado usualmente trasciende la mera asignación de recursos entre partes privadas, porque en parte involucra oponerse al ejercicio del

tipo. La extensión de los laudos publicados durante el periodo de 1992 a 2001 oscila entre las 5,892 palabras. Esta cifra se ha casi duplicado a 10,881 en la década posterior (2002-2011). Debe resaltarse que estos resultados son limitados, en virtud de la publicación selectiva de laudos que realizan los editores del anuario de la CCI "Yearbook Commercial Arbitration", además de que la publicación de muchos de los laudos se hacen sólo a manera de resumen. No obstante ello, asumiendo que otros factores permanecen constantes, es notable que el número de laudos publicados haya crecido significativamente durante las últimas décadas.

¹⁷ Statement by the OECD Investment Committee, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures. Junio 2005. En: <http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/34786913.pdf>. "The system of investment dispute settlement has borrowed its main elements from the system of commercial arbitration".

¹⁸ Aun cuando las reclamaciones se realicen sobre la base de un tratado en específico, los AIE generalmente se basan en reclamaciones que surgen producto de violaciones al (i) tratamiento justo y equitativo, (ii) expropiación realizada sin justificación de interés público y para la cual no se ha otorgado una pronta y adecuada indemnización, (iii) tratamiento otorgado por el país receptor de las inversiones que no se adecúa a los estándares mínimos internacionales, (iv) acciones que afectan a los estándares de trato nacional, (v) denegación de justicia, (vi) tratamiento discriminatorio y arbitrario contra el inversor, (vii) violaciones sustantivas a los principios del derecho internacional y que no cumplen con el estándar de Nación Más Favorecida (NMF), y (viii) incumplimiento de obligaciones resultante de otras inversiones, las que pueden ser relevantes para una controversia en función de la extensión de la "cláusula paraguas".

¹⁹ No es del todo claro en la "jurisprudencia inversor-Estado" si una reclamación puramente contractual puede justificarse bajo la rúbrica de una arbitraje basado en un tratado. Véase por ejemplo, Karen Halverson Cross. "Investment Arbitration Panel Upholds Jurisdiction to Hear Mass Bondholder Claims against Argentina". INSIGHTS. American Society of International Law. Washington, D.C. Nov. 21. 2011. En: <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight111121.pdf>.

poder soberano de un Estado a través de la imposición de mandatos regulatorios. Asimismo, es común que los Arbitrajes Inversor-Estado se focalicen en sectores económicos específicos, lo cual conlleva a que en los Arbitrajes Inversor-Estado usualmente se dé lugar a cuestiones tanto macro como micro económicas²⁰.

El interés público internacional que conlleva a la protección de inversionista, ya sea entre países exportadores de capital –Estados industrializados– y países importadores de capital –Estados en economías de desarrollo–, se encuentra directamente formado y transformado en base a los procedimientos de arbitraje inversor-Estado. Los Arbitrajes Comerciales Internacionales generalmente no afecta a la economía pública ni a las políticas públicas de un Estado²¹. El Arbitraje Inversor-Estado se ha desarrollado sobre una “cultura de laudos escritos” y de publicación de los mismos, esto en virtud de la naturaleza *ad hoc* y de la corta vida de los tribunales que se constituyen²² y en que se limita la intervención judicial en este tipo de procedimiento, pero es relevante señalar que dichos laudos no se constituyen tampoco como precedentes de

observancia obligatoria²³. Las decisiones de los tribunales arbitrales que se constituyen para los Arbitrajes Inversor-Estado (i) son utilizados como documento persuasivo por parte de los tribunales, y (ii) con frecuencia dan lugar a elaboradas opiniones en contrario²⁴.

Independientemente de las diferencias y contrastes que existen entre los Arbitrajes Comerciales Internacionales y los Arbitrajes Inversor-Estado, se tiene que el Arbitraje Inversor-Estado ha adoptado las características de privacidad-confidencialidad de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Esta influencia estructural es verdaderamente interesante por la configuración de derecho internacional público que define al Arbitraje Inversor-Estado. En este tipo de procedimientos arbitrales el acceso público y la transparencia se encuentra ampliamente justificados y son necesarios, a la luz de la naturaleza pública del derecho internacional de inversiones y del interés público que rodea a esta área arbitral y que redundan inmediatamente en las reclamaciones inversor-Estado, y usualmente en la esfera regulatoria del Estado receptor de las inversiones. A pesar de la prominencia de

²⁰ Usualmente se ha afirmado que a diferencia de los procedimientos ante la OMC, que surgen de cambios en las políticas, reglas o legislaciones de los países miembros y que usualmente tratan sobre la aplicación de tarifas o cuestiones arancelarias, los procedimientos de AIE se encuentran limitados a un modelo de análisis microeconómico. En relación a ello los AIE se focalizan en un inversión en específica con énfasis en periodos relevantes relativos a la previa entrada de la inversión como a su posterior entrada, y se limitan a la petición de medidas procesales que cautelen los daños y perjuicios sufridos en una inversión determinada, razón por la cual se dice que el ámbito económico de éstos arbitrajes es microeconómico. Véase: SCHLEYER, Glen. “Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims before the WTO Dispute Resolution System”. En: *Fordham Law Review* 65. 1996-1997. p. 2275.

²¹ Sin embargo, es importante observar que no es fuera de lo común, aun cuando no sea la regla general, el hecho de que las instituciones arbitrales privadas procesen reclamaciones de inversores contra soberanías dentro de un marco de reglas del derecho internacional privado que aplica tanto reglas del derecho nacional como internacional a tales reclamaciones. Las acciones basadas en incumplimiento de obligaciones contractuales en relación, por ejemplo, a concesiones otorgadas, forman parte del firmamento del arbitraje internacional. De hecho, no es nada fuera de lo común que en tales tipo de casos existan controversias sobre la elección de la ley aplicable. Específicamente, no es nada fuera de lo común para las partes que se discuta hasta que medida el derecho internacional público es superior a la ley sustantiva que las partes eligieron aplicar en un determinado contrato. Véase: VAN HARTEN, Gus. “The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”. En: *International and Comparative Law Quarterly* 56. April 2007. p. 371.

²² El término de “corta vida” es definitivamente relativo. Un gran número de AIE bajo los auspicios del CIADI han durando más de cinco años. Los componentes de **oportunidad** y **eficiencia** del arbitraje internacional, tanto en el comercial como en el inversor-Estado, se están tornando en verdaderas reliquias de museo.

²³ Véase: CHENG, Tai-Heng. “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”. En: *Fordham Law Journal* 30. 2006-2007. pp. 1014, 1016.

²⁴ De hecho, las opiniones en contrario emitidas en los AIE han causado un prolongado diálogo entre los expertos, los ejercientes y los propios árbitros. Véase al respecto: MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro y Harout SAMRA. “A Defense of Dissents in Investment Arbitration”. En: *Interamerican Law Review* 43; VAN DEN BERG, Albert. “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”. En: *Looking to the future: Essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. pp. 821-843; REDFERN, Alan. “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad, and the Ugly”. *American Review of International Arbitration* 20. pp. 223, 224.

estas cuestiones, se tiene que sin embargo el carácter privativo permanece como una cuestión estructural en los Arbitrajes Inversor-Estado.

E. Elementos para la revelación de información

La revelación de hechos que pudieran conllevar a cuestiones sobre la imparcialidad e independencia del árbitro se constituyen como una cuestión central que merece una atención particular. El estándar que regula la obligación de revelar determinada información que los árbitros deben de seguir se encuentra contenida en las Directrices de la International Bar Association sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional –las “Directrices de la International Bar Association”²⁵.

El problema persistente, sin embargo, concierne a las cuestiones de privacidad y revelación de información que aquí se analizan, encuentra sus “vestigios de privacidad” en el máximo escrutinio que se realiza sobre opiniones arbitrales que no han sido objetadas pero que reflejan cuestiones objetables. Los ejemplos más útiles son aquellos donde, como en el caso *SGS v. Pakistán*²⁶, caso en el cual los árbitros que no fueron objeto de objeción alguna, decidieron sobre el asunto litigioso, pero lamentablemente fallaron al no proporcionar suficientes argumentos que justificara su competencia sobre el caso.

Una recitación detallada de los hechos en el caso de *SGS v. Pakistán* no es necesaria. Es suficiente observar que la parte demandante objetó sobre la base de que el abogado de la parte demandada había presidido un tribunal arbitral en otro asunto en el que se había emitido un laudo favorable para el demandado

en dicho procedimiento. La proposición subyacente bajo la reclamación de la parte demandante subyace en que el árbitro sobre quién se objetaba su imparcialidad tenía en cierto modo un rasgo de inmoralidad para otorgar una decisión favorable tal como lo señaló el abogado en el caso *SGS v. Pakistán*, al indicar que dicho letrado presidió el tribunal en el caso *Azinian v. United Mexican States*²⁷.

Al rechazar la objeción de acuerdo a lo establecido en los artículos 57 y 14(1) del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los árbitros observaron que “[t]he party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment in the particular case where the challenge is made”²⁸. El centro del análisis de opinión sirve como un paradigma ejemplificativo de lo que denominamos el “vestigio privatista”:

“It is commonplace knowledge that in the universe of international commercial arbitration, the community of active arbitrators and the community of active litigators are both small and that, not infrequently, the two communities may overlap, sequentially if not simultaneously. **It is widely accepted that such an overlap is not, by itself, sufficient ground for disqualifying an arbitrator**”²⁹. [El énfasis es nuestro]

El recurso del tribunal al término “conocimiento general” o “*commonplace know-ledge*” quebranta su propia legitimidad y conlleva a concluir que sus razonamientos se hicieron sin mucha fortuna. La referencia que se hace en el caso antes mencionado sobre el “universo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales”

²⁵ En: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>.

²⁶ *SGS. Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Caso ICSID. ARB/01/13. Decision on Claimant’s Proposal to Disqualify Arbitrator. 2002. 8 ICSID Rep. 398. 2005. “*SGS v. Pakistan*”.

²⁷ Robert Azinian v. United Mexican States. Caso ICSID No. ARB/AF/97/2. 1999.

²⁸ Traducción libre: “La parte que objeta la neutralidad de un árbitro debe de establecer los hechos que sean determinativos para dar lugar a la inferencia de que la persona objetada claramente no puede ser confiable para el ejercicio independiente de la determinación de justicia en el particular caso en el cual la objeción ha sido realizada”.

²⁹ Traducción libre: “Es de conocimiento general que en el universo del arbitra comercial internacional, la comunidad de árbitros activos y de litigantes activos son tan pequeñas que frecuentemente ambas comunidades coinciden, ya sea de manera secuencial o simultánea. **Es aceptado generalmente que tal coincidencia o solapamiento no es, por si mismo, un argumento suficiente para descalificar a un árbitro**” [El énfasis es nuestro].

es igualmente desconcertante. Ello, porque el procedimiento *sub judice* surge de una controversia inversor-Estado sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI”) suscrito entre las República Islámica de Pakistán y Suiza. Por tanto, la referencia apropiada debió haber sido al “universo del Arbitraje Inversor-Estado”. En otras palabras, existen elementos sustanciales en los artículos 57 y 14 de la Convención CIADI que podrían haber sido garantizados, y haber sido materia de valoración en un laudo que concierne sobre cuestiones de interés público y que debe satisfacer las expectativas públicas que atañen al mismo y que van más allá de los propios intereses de confidencialidad de las partes. El escudarse sobre el noble concepto de “conocimiento general” o *commonplace knowledge* perteneciente al universo del arbitraje comercial internacional evidencia el carácter privativo al referirse al universo que no puede ser compartido, más allá de comunicaciones orales que muchas veces no tienen la fuerza ni el sustento que irroga el elemento escrito. Aun peor, aun asumiendo que los conceptos de “conocimiento general” y lo que denominamos como “universo del Arbitraje Comercial Internacional” existen con suficiente rigor y claridad, de manera que premisas culturales que circundan a las normas/reglas legales pueden ser inferidas de éstos, se tiene que la opinión que emite el tribunal en el caso SGS hace poco más que establecer el estatus quo de la práctica arbitral, el mismo que es una razón más que suficiente para evitar un análisis detallado.

F. El “Vestigio Privativo” en la redacción del Laudo

El carácter privativo en la redacción de un laudo es un legado de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Ese carácter privativo se refiere a la renuencia de involucrarse en un denso análisis jurídico, en virtud del cual una conclusión sea el resultado de una detallada premisa. Tal aproximación es especialmente inapropiada en aquellos escenarios, como es el caso del Arbitraje Inversor-Estado, en que (i) la cuestión o interés público sea notorio y (ii) la jurisprudencia arbitral que es frecuentemente utilizada como fundamento persuasivo y como una caja de pandora de posiciones jurídicas que a su vez pueden contribuir a implementar los

principios básicos del arbitraje, en virtud de los cuáles tanto de los Arbitrajes Comerciales Internacionales como el Arbitraje Inversor-Estado se sustentan, y que son: la uniformidad, la predictibilidad, el estándar de transparencia, y la autonomía de parte.

Mientras que podría encontrarse en consonancia con los mecanismos formales y estructurales de los Arbitrajes Comerciales Internacionales el hecho de que los laudos sean abreviados, en parte producto de la protección de las instituciones arbitrales al emitir decisiones limitadas basadas en el fondo del asunto con la clara finalidad de evitar que éstas sean recurridas ante una segunda instancia, lo mismo no se puede decir de los Arbitrajes Inversor-Estado en los que las cuestiones de interés público son relevantes. En tal sentido, análisis legales abreviados, a pesar de lo extensivo de las páginas de algunos de los laudos que se focalizan excesivamente en una narración detallada de los hechos y una exposición extensa de las posiciones de las partes, en detrimento de un riguroso análisis jurídico, especialmente en las cuestiones de derecho internacional público que dan soporte a las conclusiones del tribunal arbitral, solamente puede ser explicado por una exportación de la cultura privatista del Arbitrajes Comerciales Internacionales hacia el Arbitraje Inversor-Estado.

III. LA BÚSQUEDA DE TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO, PERO NO UNA NORMA/REGLA DE TRANSPARENCIA

El vestigio privativo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales es evidente en el Arbitraje Inversor-Estado, a través de los esfuerzos por incorporar diferentes normas de transparencia sobre una gama de cuestiones que van desde el acceso público a los procedimientos, la publicación de laudos, la capacidad jurídica de terceras partes (*amicus*), la participación de terceras partes (*amicus*) en los procedimientos, y el acceso público a documentos de trabajo³⁰.

El CIADI se ha confrontado con el reto de tener cuestiones de orden público en favor de la transparencia y el acceso. El cumplir con tales

³⁰ Véase, por ejemplo: *Methanex Corporation v. United States of America*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001.

demandas es particularmente difícil dada la poca probabilidad de modificar los términos del propio Convenio CIADI. Asimismo, el propio CIADI como institución, al adoptar sus políticas debe de hacerlo preservando un escenario de juego en el que se entremezclan los intereses de los países exportadores de capital y los intereses de los países importadores. La adopción de reglas, políticas y regulaciones por parte de CIADI debe lograr un balance que armonice los intereses de sus potenciales demandantes, mientras que al mismo tiempo se debe salvaguardar las cuestiones clásicas inherentes a la soberanía del Estado receptor de la inversión, usualmente países en desarrollo, las mismas que han sido reclamadas por dichos Estados³¹.

A. La perspectiva del CIADI

En los documentos de trabajo de la Secretaría del CIADI, por ejemplo, aquel de Mayo 12 de 2005, se tiene que se sugirieron varios cambios sustantivos, entre estos algunos referidos a mayor acceso a los procedimientos por terceras partes, publicación de los laudos, entre otros, al señalarse por ejemplo:

“The Discussion Paper suggested changes concerned preliminary procedures, publication of awards, access by third parties to the proceedings and disclosure requirements of arbitrators”³².

Mientras que el referido documento de trabajo describe de manera favorable los cambios propuestos, se tiene que en lo que respecta al acceso de terceras partes al procedimiento presentó ciertos cuestionamientos no tan favorables. Los cuestionamientos se expresaron sobre la

base de que cualquier medida o forma por la cual se permita el acceso a terceras partes a un procedimiento arbitral, debería de encontrarse sujeta a determinadas condiciones, asegurando, por ejemplo, que las terceras partes por medio de su participación no afecten la participación de las partes en un procedimiento. Es menester resaltar, que ninguna de las reglas sobre transparencia que se ilustran en el documento de trabajo de CIADI mencionan de modo alguno las palabras **confidencial** o **privado** en alguna forma.

B. Re análisis del caso Methanex y la necesidad de una Transparencia Normativa

En lo que respecta a partes que no son parte de un procedimiento, pero tienen interés en el mismo, se tiene que en los tribunales americanos existe la figura del *amici curiae*, en virtud de la cual un determinado Juez o Tribunal Judicial puede admitir las peticiones de dichas partes. Como casos relevantes de estas figuras para la materia que aquí atendemos, se encuentran las decisiones de admisión de *amici curiae* emitidas en el año 2001 en los casos *Methanex Corp. v. United States of America*³³ y *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*.³⁴ En ambos casos, particularmente el de Methanex porque atañe a cuestiones de interés público en los campos de la salud y seguridad, en aspectos netamente regulatorios en el campo de medidas medioambientales, que fue objeto de considerables desarrollos literarios³⁵. Para los propósitos del análisis no será necesario revisar los contornos fácticos de los casos antes mencionados.

³¹ La reciente denuncia al Convenio CIADI por parte de Venezuela, Bolivia y Ecuador, así como el hecho de que Brasil no sea miembro de dicha convención, resaltan la delicada posición procedimental y la importancia sustantiva que cualquier política, regla o regulación que el CIADI adopte debe de tener en cuenta a efectos de que sea un Convenio aplicable en su totalidad. Véase, por ejemplo: COE, Jack. “Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaption, and NAFTA Leadership”. En: Kansas Law Review 54. 2006. “Addressing this very issue and contextualizing it as part of a new generation of texts consolidating, clarifying, and promoting transparency practice”.

³² ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations. 2005. En: www.icsid.worldbank.org.

³³ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001.

³⁴ *United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada*. Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as *Amici Curiae*. 2001.

³⁵ Véase, por ejemplo: DOUGHERTY, Kara. “*Methanex v. United States*: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation”. En: Northwestern Journal of International Law and Business 27. 2006-2007; LAWRENCE, Jessica. “Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriations after Methanex”; YEE,

En la búsqueda de “desarrollar el caso” con la finalidad de configurar una normativa sustantiva de transparencia que pueda ser incorporada al muy limitado campo de la resolución de disputas internacionales en el aspecto que se refiere a la obtención de prueba, será suficiente incorporar un estudio analítico sobre las bases sobre las cuales subyace el caso Methanex, el mismo que en sólo una ocasión hace referencia a la transparencia³⁶ pero que a la vez minimiza el escrutinio de normas sustantivas de derecho internacional a favor de un rigor procedimental que resulte del lenguaje textual de las reglas procedimentales aplicable. De hecho, el tribunal del caso Methanex³⁷ cuando se enfrentó a las objeciones presentadas contra las peticiones de *amici curiae*, bajo la teoría que se podría desobedecer el artículo 25(4) de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI³⁸ que contempla que las audiencias sean realizadas “en puerta cerrada” consideró que el ámbito de extensión de la confidencialidad del arbitraje no era una materia sobre la cual debería decidir dicho tribunal³⁹. Pero la discusión sobre este particular elemento sobre el cual el tribunal no decidió, y la transitoria referencia al beneficio general que redundaba del Capítulo 11 referido a procedimientos arbitrales en la que se hace alusión a procedimientos más abiertos y transparentes⁴⁰, la decisión es carente de consideraciones y normas sustantivas de derecho internacional que (i) podrían definir al arbitraje internacional como “privado” o

“confidencial”, o (ii) que tengan algún efecto en los futuros procedimientos arbitrales. El tribunal del caso Methanex consideró que ni NAFTA⁴¹ ni las Reglas de CNUDMI limitaban la participación de los terceros denominados como *amici curiae*. Al desarrollar esta regla, se sustentaron sobre el principio de autonomía de parte, aun cuando la referencia al principio no se encontraba planificada. Una revisión al razonamiento del tribunal es muy útil.

La naturaleza pública del caso Methanex, referida a cuestiones de seguridad, salud y regulaciones medioambientales nos conlleva a hacer una breve narración para contextualizar el análisis de las peticiones de los *amici curiae*, las mismas que originaron cuestiones clásicas sobre lo que es el acceso público. Methanex bajo sus reclamación en la producción y venta de un recurso a base de metanol para que fuera utilizado en las gasolinas, el mismo que es conocido por su denominación en inglés como methyl tertiary-butyl ether (“MTBE”). Se afirmó que el MTBE era un producto seguro, efectivo y económico. El demandante alegó que el MTBE tenía beneficios medioambientales y que no generaba riesgo alguno a la salud humana o al medioambiente⁴². También se señaló que el demandante no se involucró en la producción y venta de MTBE, sino que sólo se limitó a la producción, transporte y marketing del metanol⁴³. La cuestión central de la demanda era que (i) no habían plantas

Marisa, “The Future of Environmental Regulation after Article 1110 of NAFTA: A Look at the Methanex and Metalclad Cases”. En: Northwestern Journal of Environment and Policy 9. 2002-2003.

³⁶ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. p. 49 (“There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: There are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal’s willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm”).

³⁷ El panel se encontraba inicialmente constituido por William Rowley QC, Warren Christopher Esq, and V.V. Veeder QC (Presidente del Tribunal), y posteriormente fue reconfigurado tras la renuncia de Warren Christopher, quien fue sustituido por el Profesor W. Michael Reisman. Véase *Methanex v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 2005. p. 5.

³⁸ Artículo predecesor del actual Artículo 28.3.

³⁹ *Methanex v. United States*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. p. 46.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, NAFTA, por sus siglas en inglés “North American Free Trade Agreement”. 1993.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibid.* pp.1-2.

de producción de metanol localizadas en el Estado de California, y (ii) durante el periodo de 1993 a 2001, solo una fracción de metanol fue consumida en California y el resto producida en distintos Estados de los EE.UU. (un promedio de 20.2 toneladas métricas a comparación del consumo total que era de 185.5 toneladas métricas)⁴⁴.

Las reclamaciones se interpusieron en base a lo establecido en el Artículo 116(1) del NAFTA, en base a los incumplimientos por parte de los EE.UU. de dos provisiones establecidas en la Sección A del Capítulo 11 del NAFTA: el artículo 1105(1) y el artículo 1110(1), en virtud de las pérdidas causadas por el Estado de California como resultado de la prohibición de venta y utilización de MTBE, la misma que tenía programada entrar en efecto el 31 de Diciembre de 2002⁴⁵.

Visto como un posible caso bandera con implicaciones de seguridad pública, salud y regulaciones medioambientales, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible ("International Institute for Sustainable Development, por sus siglas en ingles) ("el Instituto") fue la primera organización no gubernamental que interpuso una petición de *amicus curiae*, en su calidad de tercero interesado, señalando una argumentación a favor de un Estado receptor de inversiones, que en el ejercicio de su poder soberano a través del dictado de medidas regulatorias en pro del bienestar social en áreas relativas a la salud, seguridad y objetivos regulatorios, las

mismas que fueron dictadas sobre una base no discriminatoria⁴⁶. Las ONG involucradas señalaron que bajo ningún análisis tales medidas podían constituir una violación al derecho internacional y que constituían prerrogativas de un Estado receptor de inversiones, dentro de sus potestades regulatorias⁴⁷. Dos preceptos adicionales que el Instituto señaló en su petición fueron (i) que la interpretación del Capítulo 11 de NAFTA debería reflejar los principios legales sobre los que se fundamenta el concepto de desarrollo sostenible, y (ii) que la participación de un tercero interesado no parte en el procedimiento, como la figura del *amicus*, podría calmar las inquietudes públicas en línea con la naturaleza hermética de los procedimientos arbitrales que se suscitan bajo el Capítulo 11 del NAFTA⁴⁸.

Al inicio de su opinión el tribunal arbitral no artículo del todo un pronunciamiento general referente a la naturaleza privada o confidencial del arbitraje. No se hizo tampoco ninguna presunción de este tipo ya sea incluida en la cultura práctica del arbitraje internacional (ya sea comercial o inversor-estado) o que sea discernible del derecho internacional. En vez de ello, el tribunal optó por una construcción muy limitada de la cuestión sin tocar los elementos de privacidad o confidencialidad como elementos estructurales de la estructura total del arbitraje.

El punto de quiebre fue cuando el tribunal observó que no existe precepto alguno en

⁴⁴ Ibid. p. 2.

⁴⁵ Véase *Methanex v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 2005. p. 1. Methanex ultimately challenged three legislative texts:

(i) The 1999 California Executive Order certifying that "on balance, there is significant risk to the environment from using MTBE in gasoline in California";

(ii) California Code of Regulations Title 13, §§2273 requiring gasoline pumps containing MTBE to be labeled in California as follows: "Contains MTBE. The State of California has determined that use of this chemical presents a significant risk to the environment." §§2262.6 provided at sub-section (a)(1) that: "Starting December 31, 2002, no person shall sell, offer for sale, supply or offer for supply in California gasoline which has been produced with the use of methyl tertiary-butyl ether (MTBE)"; and

(iii) Amended California Regulations of May 2003, expressly banning the use of methanol as an oxygenate in California.

Ibid. p. 7.

⁴⁶ Las peticiones fueron eventualmente interpuestas por las siguientes organizaciones: (i) El *International Institute for Sustainable Development*, (ii) Communities for a Better Environment, (iii) The Bluewater Network of Earth Island Institute, y (iv) The Center for International Environmental Law.

⁴⁷ Véase *Methanex v. United States*. Petitioner's Final Submission Regarding the Petition of the International Institute for Sustainable Development to the Arbitral Tribunal for Amicus Curiae Status. 2000, en 10-18. Véase también *Methanex v. United States. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as Amici Curiae*. 2001. p. 5. (The Institute's petition sought leave "(i) to file an *amicus* brief (preferably after reading the parties' written pleadings), (ii) to make oral submissions, (iii) to observe status at oral hearings.")

⁴⁸ Ibidem.

la Reglas del CNUDMI o en el Capítulo 11, Sección B del NAFTA que expresamente le confieran al tribunal la prerrogativa de aceptar una petición de *amicus* o que expresamente establezca que el tribunal no deba tener dicha prerrogativa⁴⁹. De hecho, el Tribunal arbitral se distanció de lo establecido en la Demanda Arbitral dado que el antiguo Artículo 25(4) de las Reglas de CNUDMI (actual Artículo 28(3)) que establece que las audiencias deben de realizarse a **puerta cerrada**, se tiene que la confidencialidad se incorpora a los documentos preparados en anticipación o en preparación para las audiencias⁵⁰.

No habiéndonos involucrados en consideraciones de privacidad o confidencialidad con respecto al arbitraje internacional o en buscar inferencias sobre lo que significa el concepto de **puerta cerrada** contenido en el Artículo 28(3) de las Reglas del CNUDMI, se tiene que el Tribunal inteligentemente buscó normativasobre laques sustentelos principios procedimentales de confidencialidad, los cuáles discrecionalmente los encontró en el antiguo Artículo 15(1) (actual Artículo) 17 de las Reglas de CNUDMI⁵¹. El antiguo Artículo 15(1) otorga al Tribunal Arbitral una vasta discrecionalidad para conducir y/o administrar un arbitraje, claro está que sujeto a los controles que derivan de la igualdad

procedimental y la justicia que debe existir hacia las partes del litigio arbitral⁵².

Habiéndose encontrado argumentos en un principio procedimental, el Tribunal se encontraba habilitado para dispensarse con cualquier petición que podría tener el efecto de incorporar nuevas partes a un procedimiento arbitral o que conduzca a que terceros que no sean parte de un procedimiento arbitral pueden tener acceso a los derechos sustantivos, prerrogativas y demás de una parte de un procedimiento arbitral, bajo lo establecido en el NAFTA. El propio Tribunal indicó que habiéndose recibido las peticiones/solicitudes escritas de algún tercero que no es considerado parte en el procedimiento, no equivale a decir que tal tercero sea considerada parte en el arbitraje⁵³.

Esta distinción es particularmente verdadera, en aquellos casos, como el de Methanex, en el que no se cuestionó la autoridad del tribunal arbitral para recibir solicitudes/peticiones de *amicus curiae*, pero en vez de ello se señaló que el Tribunal a través de su ejercicio de su discrecionalidad determinó primeramente que tales escritos podrían contribuir a que el tribunal se considere competente sobre el caso mientras que no se vulnerara el derecho de las partes con otras cuestiones referentes a terceros que no son parte, dado que estos últimos no pueden ser interpelados⁵⁴.

⁴⁹ Ibíd. p. 24.

⁵⁰ Ibíd. p. 12. En el caso Methanex también se mencionó en la Orden del 7 de Septiembre de 2000, que las partes habían acordado que las transcripciones, documentos escritos, declaraciones de testigos, entre otros, debían de ser considerados confidenciales.

⁵¹ Véase también "*Methanex v. United States*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. En: 25-34.

⁵² Ibíd. p. 26.

⁵³ Ibíd. p. 30.

⁵⁴ Methanex puso en tela de juicio cuatro argumentos principales. El primero referente a la jurisdicción y competencia, en el que se señaló que el tribunal carecía de competencia para incorporar a un tercero a un procedimiento, al menos que las partes acuerden lo contrario. En relación a este punto, Methanex afirmó que el tribunal carecía de competencia para que en virtud de lo que establece el Capítulo 11 de NAFTA se otorgara las prerrogativas de una parte a terceros no interesados y que en caso discrecionalmente se estableciera ello, tal cuestión estaría fuera del ámbito establecido en el artículo 15 de las Reglas del CNUDMI. En segundo lugar, el demandante mantuvo que las cuestiones de interés público se encontraban ampliamente protegidas en base al Artículo 1128 de NAFTA, el mismo que establece una metodología para los grupos privados de interés, como las ONG, NAFTA, para transmitir sus informaciones a las partes de un procedimiento bajo el marco del NAFTA, quienes a su vez tienen legitimidad para intervenir si de hecho hubiera una cuestión en base a NAFTA que deba de ser interpretada. A su vez, las partes objeto de la controversia tendrían el derecho de recurrir a peticionarios como las ONG, para que actúen como testigos. Si estos peticionarios se apersonarían como *amici curiae*, las partes de la controversia estarían impedidos de interpelar y/o conainterrogar a los testigos en lo que respecta a los fundamentos de hecho actuales sobre los que subyace la operación de remisión de peticiones de terceros. Tercero, en el caso *Methanex*, tal como hizo México en su calidad de parte del NAFTA, se indicó que era "inapropiado" desarrollar una práctica que robusteciera la participación de los denominados *amici curiae* en arbitrajes inversor-Estado. Mientras que los EE.UU. y Canadá por ejemplo desarrollan la práctica de permitir la participación de *amicis curiae* de forma rutinaria en sus procedimientos judiciales, México por ejemplo no permite ello. En cuarto lugar y finalmente, el

Cuatro cuestiones fundamentales fueron alcanzadas al indicarse que el Artículo 15(1) permitía recibir peticiones escritas como las referenciadas⁵⁵. El tratamiento otorgado por el Tribunal Arbitral a estas cuatro subtemas referentes al ámbito de aplicación del antiguo artículo 15 y si dicho articulado otorga al Tribunal la discrecionalidad para aceptar la remisión de peticiones de parte de terceros que no son parte de un procedimiento, como el caso de los *amicus curiae*, involucraba un análisis técnico y comprensivo pero que ciertamente no se relacionaba con el derecho internacional y la búsqueda de una norma sustantiva de transparencia. El Tribunal Arbitral en su análisis (i) delimitó los contornos de las reclamaciones del tribunal del caso Irán-Estados Unidos de Norteamérica, la Organización Mundial de la Salud, y la práctica de la Corte Internacional de Justicia al encontrar que no se vulnera la práctica de arbitraje internacional por el hecho de recibir peticiones/solicitudes por parte de terceros que no son parte de un procedimiento⁵⁶;

(ii) observó que cualquier límite que resultara de las solicitudes/peticiones escritas remitidas por aquellos peticionarios que no son parte de un procedimiento podrían ser igualmente compartidas con las partes del procedimiento, y, por ende, no podrían ser calificadas como necesariamente excesivas para los intereses de las partes involucradas en el asunto litigioso⁵⁷; (iii) los artículos que fueron considerados fueron el 1126(10), 1128, 1133, and 1137(4) del Tratado NAFTA y se concluyó que ninguno de dichos artículos ni ninguna provisión del Capítulo 11 del NAFTA indicaba expresa y directamente mención alguna para que el Tribunal Arbitral tuviera la prerrogativa de aceptar peticiones de *amicus curiae*⁵⁸; y (iv) se analizó el ámbito de aplicación del antiguo artículo 25(4) (actual artículo 28(3)) de las Reglas del CNUDMI determinándose que el artículo es irrelevante a los efectos de la recepción de solicitudes/peticiones de terceros no-partes de un procedimiento, pero es pertinente a los efectos de atender las peticiones de tales peticionarios en audiencias y en el acceso a

demandante solicitó al Tribunal Arbitral a que desestimara la práctica de la OMC por considerarla irrelevante. Asimismo añadió que aun cuando la práctica de la OMC podría ser adoptada como útil desde la perspectiva analítica, el precedente que la OMC tiene en relación con dicha cuestión reveló que el Tribunal Arbitral o mejor dicho el Tribunal de Apelaciones rutinariamente ha dictaminado que tales remisiones de peticiones por parte de terceros no-partes no deberían ser tomadas en consideración y que el poder que resulta del Artículo XIII de la Sección referida a Entendimientos en los Acuerdos de Resolución de Disputas (*Dispute Settlement Understanding*), en lo que respecta a la obtención de información respecto a los recursos utilizados por terceros que no son parte de un procedimiento no ha sido aplicada en estas cuestiones de transparencia y confidencialidad.

⁵⁵ Específicamente cuatro cuestiones fueron desarrolladas y mencionadas:

- (i) Si la aceptación por parte del tribunal de las peticiones de *amicus curiae* se encontraba dentro del ámbito del sub-párrafo [2] del antiguo artículo 15(1),
- (ii) Si la aceptación de las peticiones de *amicus* podría afectar el trato justo otorgado entre las partes objeto de la controversia y la oportunidad para que cada una de ellas presenta de manera completa su caso, de acuerdo a lo establecido en el sub-párrafo [3] del antiguo artículo 15(1);
- (iii) Si existe alguna provisión en el Capítulo 11, Sección B de NAFTA que modificara la aplicación del Artículo 15(1) para los propósitos del asunto; y
- (iv) Si alguna otra provisión de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI de manera similar modificara la aplicación del antiguo artículo 15(1) en relación al referido asunto, teniendo en cuenta las palabras introductorias del sub-párrafo del antiguo artículo 15(1).

Ibid. p. 27-28.

⁵⁶ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. En: 32-34. En relación con ello, el Tribunal Arbitral enfatizó que la práctica de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) refleja que solicitudes escritas que fueron recibidas por la CIJ, de manera no oficial, en el "Caso Referente a Gabčíkovo-Nagymaros Project". ICJ Reports. 1997. Ibid. p. 34. El Tribunal adicionó que "the ICJ's practices provides little assistance to this case. Its jurisdiction in contentious cases is limited solely to disputes between states; its Statute provides for intervention by States; and it would be difficult in these circumstances to infer from its procedural powers a power to allow a non-state third person to intervene".

⁵⁷ Ibid. p. 36. El Tribunal enfatizó, "[i]n theory, a difficulty could remain if a point was advanced by a Petitioner to which both Disputing Parties were opposed; but in practice, that risk appears small in this arbitration. In any case, it is not a risk the size or nature of which should swallow the general principle permitting written submissions from third persons.

⁵⁸ Ibid. p. 38-39. Expresamente se indicó lo siguiente, "There is nothing relevant in these provisions for present purposes. As the tribunal has already concluded, there is no provision in Chapter 11 that expressly prohibits acceptance of *amicus* submissions but likewise nothing that expressly encourages them".

copias de los materiales proporcionados por el Tribunal Arbitral⁵⁹.

Methanex acertadamente ha sido distinguido como un asunto que contribuye a un régimen más transparente en la resolución de controversias⁶⁰. Dicho reconocimiento se encuentra muy bien justificado desde nuestro punto de vista. La vasta riqueza de la referida opinión en relación terceras partes, en la que se trata la extensión del ámbito de aplicación de medidas locales en campos referentes a la salud pública, seguridad y medioambiente, y su potencial afectación al derecho internacional que protege a los inversores extranjeros, explorando el role conceptual de la figura de *amici curiae*, y finalmente tocando la dicotomía de privacidad/confidencialidad, es loablemente resaltante. Este fino razonamiento fue posteriormente mejorado dado que el Laudo Final fue objeto de análisis en documentos interpretativos del Tratado NAFTA, así como en varios trabajos académicos relacionados a la transparencia⁶¹. Precisamente porque la decisión en el caso Methanex involucra múltiples facetas de transparencia (i) acceso público a la información, (ii) peticiones/solicitudes de terceros que no son parte del procedimiento, (iii) participación de terceros que no son parte del procedimiento en las diligencias procesales del procedimiento, (iv) acceso de terceros que no parte del procedimiento a las documentaciones arbitrales, y (v) la incorporación de notas interpretativas (como las de la Comisión de Libre Comercio). El referido caso es de una ayuda considerable al ayudarnos a enfatizar el vestigio de la privacidad que los Arbitrajes Inversor-Estado heredaron de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Adicionalmente, ha ayudado a ejemplificar las correcciones estructurales que el Derecho Internacional Público debe de tener en cuenta en los ajustes que se deban de

realizar sobre el legado dejado por el Derecho Contencioso Privado Internacional.

Tanto la revisión a las Reglas CIADI del año 2006 como el análisis del caso Methanex contribuyen a la justificación para el desarrollo de una norma sustantiva de transparencia privativa que pueda ser articular sin realizar una modificación fundamental a los trabajos desarrollados en el Derecho Internacional Privado y Público de la resolución de controversias. El desarrollo de una norma de transparencia privativa de tal tipo podría servir como un principio de convergencia capaz de armonizar tradiciones jurídicas disímiles. Una norma de transparencia es particularmente necesaria en la obtención de la prueba y puede proporcionar una participación más vibrante, acceso a mayor información, mayor supervisión sobre los actores involucrados incluyendo a los árbitros, y celeridad sin la necesidad de articular reglas de obtención de prueba que contengan definiciones técnicas que a su vez podrían conllevar a objeciones basadas en su falta de universalidad. Los principios generales de transparencia ya adoptados en documentos de derecho internacional podrían servir como las premisas fundacionales conceptuales para este cambio necesario.

IV. EL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE EN LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS INTERNACIONALES Y LA NECESIDAD POR UNA NORMA ARMONIZADA DE TRANSPARENCIA

A. Cuestiones estructurales en el Arbitraje Inversor-Estado

El vestigio privativo antes mencionado es solo un elemento de la resolución de disputas

⁵⁹ *Ibid.* pp. 40-42. El Tribunal subrayó que no se encontraba del todo claro que el antiguo artículo 25(4) de las Reglas CNUDMI impusiera una obligación de confidencialidad, y en caso de hacer ello, podría irrogar autoridad al Tribunal en base al caso de la Corte Suprema de Justicia de Suecia *Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc* (2000), en el que se señaló: "a privacy rule in an arbitration agreement does not give rise under Swedish law to a separate duty of confidentiality, at least as regards the award." Asimismo, se subrayó que la aproximación en tal caso era "supported by the decision of the High Court of Australia in *Esso/BHP v. Plowman* (1993) and 183 CLR 10, distinguishing between confidentiality and privacy, particularly as subsequently applied by the New South Wales court in *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* En: New South Wales Law Review 36. 1995. p. 662.

⁶⁰ MANN, Howard. The Final Decision in *Methanex v. United States*: Some New Wine in Some New Bottles. International Institute for Sustainable Development. 2005. En: http://www.iisd.org/pdf/2005/commentary_methanex.pdf.

⁶¹ La Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del Tratado NAFTA establece expresamente: "Nothing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality under disputing parties to a Chapter 11 Arbitration [or] precludes the Parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a

internacionales que sugiere la necesidad de que exista una norma de transparencia privativa. El Arbitraje Inversor-Estado, y en menor medida los Arbitrajes Comerciales Internacionales, estructural y sustantivamente se encuentran entrelazados con un deseo de ser una estructura uniforme. Esta ausencia de uniformidad da lugar a lo que se denomina “principio de incertidumbre”⁶². Asimismo, aspectos críticos del Arbitraje Inversor-Estado carece de un valor predictivo. El Arbitraje Inversor-Estado se constituye por un sistema fragmentado de aproximadamente 3,000 tratados bilaterales de inversión que no están del todo interconectados, ni conceptualmente organizados, o que no contienen cláusulas materiales monolíticas⁶³. El universo multilateral, regional y bilateral de los tratados de inversiones es completamente ausente de estructura, jerarquías o de cualquier otro principio comparativo aplicable.

En un nivel menos formalístico pero más sustantivo, se tiene que preceptos rudimentarios del Arbitraje Inversor-Estado aún permanecen materialmente sin ser tomados en cuenta. Por ejemplo, quizás el elemento más importante que es usualmente referido en los Arbitrajes Inversor-Estado es el trato justo y equitativo

(TJE) que se debe de otorgar a las inversiones extranjeras. Asimismo, se ha discutido mucho sobre el hecho de si el TJE es un principio o un estándar. De manera similar, la relación que existe entre el TJE y el Estándar Mínimo Internacional (EMI) también ha dado lugar a que se elucubren un número de teorías con consecuencias prácticas para la resolución de controversias internacionales⁶⁴. Por tanto, es incierto si el EMI es el mismo o diferente para el caso del TJE. En caso sea sustantivamente diferente, no se sabe cuál es la diferencia. Y tampoco, no hay certeza en si esas diferencias tienen algún efectos en el cálculo de los daños.

De similar manera, no se encuentra bien definido si una cláusula paraguas en un Arbitraje Inversor-Estado debería de permitir incorporar reclamaciones no basadas en un tratado en un procedimiento arbitral de éste tipo. Los casos principales que tratan sobre si una cláusula paraguas automáticamente otorga un estatus de tratado sobre reclamaciones contractuales permanecen desafortunadamente sin resolver⁶⁵.

Consideraciones fundamentales en relación al concepto de Nación Más Favorecida

Chapter 11 tribunal.

[...]

Each Party agrees to make available to the public in a timely manner all documents submitted to, or issued by, a Chapter 11 tribunal, subject to redaction of: (i) Confidential business information; (ii) information which is privileged or otherwise protected from disclosure under the Party's domestic law; and (iii) information which the Party must withhold pursuant to the relevant Arbitral Rules, as applied.

Véase Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions of the NAFTA Free Trade Commission. 2001. En: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=eng&view=d>. Methanex contended that the Interpretive Note was an amendment and not a viable interpretation of Article 1105, and, therefore, not binding of the tribunal pursuant to article 1131(2) NAFTA. The tribunal, in part, emphasized that “Methanex cites no authority for its argument that far-reaching changes in a treaty must be accomplished only by formal amendment rather than by some form of agreement between all of the Parties”. *Methanex v. United States*. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (August 3, 2005). p. 10.

⁶² El **principio de incertidumbre** primeramente se refiere al AIE. Sin embargo, este principio encuentra considerable resonancia en el ACI en virtud a la amplia discrecionalidad que se le otorga al tribunal arbitral en este tipo de arbitrajes, el mismo que no tiene precedente alguno en el derecho internacional privado. El ACI también presenta incertidumbres relativas a cuestiones estructurales, tales como (i) la completa ausencia de una estructura de obtención de prueba que transfiera esta cuestión a una incontrolada discrecionalidad arbitral, (ii) indefinición respecto al ámbito en el que la interpelación podría ser permitida, (iii) obtención de prueba que muchas veces es excesivamente restrictiva, (iv) la aplicación de la equidad que muchas veces conlleva a la inaplicación de derecho sustantivo, y (v) dificultades generales en lo que respecta a causas de acción no-contractuales. Todos estos componentes del ACI colisionan con los principios básicos que el arbitraje internacional pretende fundarse: autonomía de parte, uniformidad, estándar de transparencia, y predictibilidad.

⁶³ Es como un plato de tallarines (“spaghetti bowl”) de alrededor de 3,000 tratados bilaterales y regionales que se solapan entre ellos, decenas de miles de contratos transnacionales, y un número indeterminado de leyes locales cuyo propósito es estimular el desarrollo económico atrayendo inversiones extranjeras.

⁶⁴ Véase por ejemplo TUDOR, Ioana. “The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment”. 2011.

⁶⁵ Merece resaltarse que los casos que tratan sobre este punto tienen al mismo demandante, *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*. Así, en *SGS v. Pakistán* el tribunal consideró que de adoptarse la interpretación de la

(NMF) también carecen de certeza. No es del todo claro si una cláusula de NMF aplica solo a terminologías sustantivas, más no procedimentales de un Tratado. Si a ello se adiciona la incertidumbre que existe por parte de los demandantes al abusar de sus derechos para buscar obtener una indemnización segura en virtud al ejercicio del poder soberano de un determinado Estado en cuestiones de salud pública, seguridad y medidas medioambientales, o si bajo la premisa de interés público una determinada soberanía ejecuta su poder regulador y dicho poder se encuentra exento del marco del derecho internacional de las inversiones. Los Arbitrajes Inversor-Estado toman en consideración considerables preceptos normativos de laudos arbitrales dictados por otros tribunales, los mismos que carecen de efecto vinculante para constituirse como precedentes de observancia obligatoria.

El principio de incertidumbre en el arbitraje surge de la ausencia de un valor predictivo que es endémico a los elementos estructurales procedimentales y a la doctrina sustantiva que configura al Arbitraje Inversor-Estado. Este principio de incertidumbre, unido al vestigio privativo, configuran los argumentos más persuasivos y motivadores para que se dictamine una norma de transparencia apropiada que sea sustantiva en naturaleza y mucho más que una regla general que establezca el revelamiento de información, el monitoreo o el acceso a la información. Identificar elementos de normas de transparencia sustantiva en los tratados, en documentos de derecho internacional y en otras fuentes principales, es una condición

precedente para la aplicación de una normativa de este tipo a los aspectos discrecionales de la resolución de controversias internacionales, tales como la obtención de prueba, eso sí, si la resolución de controversias internacionales mantiene su promesa de armonizar las culturas y sistemas jurídicos existentes en el mundo.

V. UNA NORMA DE TRANSPARENCIA SUSTANTIVA Y LA OBTENCIÓN DE PRUEBA

A. En búsqueda de un principio de transparencia en Derecho Internacional

El trabajo fundacional necesario para el desarrollo de un principio sustantivo holístico de transparencia en Derecho Internacional debe de ser visto como la búsqueda de los primeros principios. La transparencia como un concepto general ha atraído la atención de académicos quienes han apreciado la necesidad de comunicar o de mostrar las características estructurales públicas de la resolución internacional de controversias. De manera más expansiva, el término transparencia ha sido identificado como (i) relevante para el desarrollo del derecho internacional económico⁶⁶, (ii) un principio fundamental del gobierno corporativo aplicable a las empresas multinacionales⁶⁷, (iii) un precepto central que define el derecho de los ciudadanos al acceso a la información gubernamental pública⁶⁸, y (iv) un principio organizador en las relaciones entre instituciones y regímenes de Derecho Internacional y los Estados Miembros⁶⁹. El concepto de transparencia como un principio

demandante de que la cláusula paraguas del artículo 11 del TBI entre Suiza y Pakistán incluía su reclamación contractual, se encontraba totalmente fuera del ámbito del referido artículo. Por tanto, este caso trae al ruedo una fuerte presunción de que las cláusulas paraguas de los TBI no aplican a obligaciones que resulten de contratos entre inversores y Estados. Sin embargo, en claro contraste, en el caso *SGS v. Filipinas*, el tribunal consideró que la cláusula paraguas sí aplica a todos los incumplimientos relevantes que pudieran haber en un contrato entre un inversor y un Estado, aunque al final el referido tribunal declinó en ejercer competencia dado que el contrato materia de análisis contenía una cláusula específica de selección de foro.

⁶⁶ Véase por ejemplo: ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Transparency: An Analysis of An Evolving Fundamental Principle of International Economic Law". *Michigan Journal of International Law* 27.

⁶⁷ Véase: BACKER, Larry Catá. "Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations' Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law". En: *Columbia Human Rights Law Review* 37. 2006. pp. 387, 304.

⁶⁸ Véase: *Marcel Claude Reyes y otros. v. Chile*. Caso 12.108. Interamerican Commission on Human Rights. Report. 60/03. OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 70 rev. 2 (2003).

⁶⁹ Véase ACEVES William. "Institutionalist Theory and International Legal Scholarship". En: *American University Journal of Gender, Social Policy and Law*. 1997; ABBOTT, Kenneth. "Trust but Verify: The Production of Information in Arms Control Treaties and Other International Agreements". *Cornell International Law Journal* 26. 1993. p. 1.

indefinido ha encontrado una voz y una cierta definición como un criterio por el cual se puede medir la legitimidad que buscan los procesos democratizadores políticos⁷⁰, e inclusive como un elemento esencial de los Derechos Humanos⁷¹.

A pesar de la especializada proliferación de escritos en relación al término transparencia en casi todos los principales aspectos del Derecho Internacional, se tiene que la transparencia como un principio de Derecho Internacional aún se mantiene en un escenario elusivo⁷². Un principio universal sustantivo o una norma de transparencia en Derecho Internacional simplemente no existe.

La utilización de la transparencia en el Derecho Internacional también se encuentra presente de manera negativa, en el sentido que el acceso a la información o la revelación de la misma requiere una afirmación sustantiva en función al objeto materia de acceso o revelación. Estas utilidades de la transparencia son susceptibles de ser categorizadas en nueve formas: (i) apertura de actos procedimentales y acceso a los espectadores⁷³, (ii) Apertura y acceso a las fuentes de los materiales documentarios⁷⁴, (iii) apertura y acceso a los que monitorean el procedimiento⁷⁵, (iv) apertura y acceso a una participación plena⁷⁶, (v) revelación de información como una

producción positiva de información⁷⁷, (vi) apertura y acceso a la remisión de solicitudes y peticiones de terceros⁷⁸, (vii) apertura procedimental que conlleve a la legitimidad de los procedimientos⁷⁹, (viii) responsabilidad política⁸⁰, y (ix) apertura y acceso para corroborar la paridad y/o cumplimiento con la reciprocidad⁸¹.

Teniendo en cuenta estas necesidades múltiples estructurales para que de alguna forma o permutación del concepto de transparencia requiera un acto correspondiente de apertura para acceso o publicación, se tiene que el término ha sido tratado sin un verdadero desarrollo conceptual. El ambiente multifacético en virtud del cual la transparencia de alguna forma encuentra su espacio en el derecho internacional no se corresponda en forma alguna con las nueve referencias señaladas en el párrafo anterior.

B. La Transparencia en selectas fuentes del Derecho Internacional

Un tratado emblemático es la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*, ECT por sus siglas en inglés), que engloba el modelo soberano de **interdependencia** en contraste con la **independencia** de las naciones. La ECT explícitamente hace referencia a la transparencia en conexión los principios

⁷⁰ Véase, por ejemplo: DIAMOND, Larry. "Democratic Rollback: The Resurgence of the Predatory State". 87 *Foreign Affairs*. 2008. ("Poorly performing democracies need better, stronger, and more democratic institutions-political parties, parliaments, and local governments-linking citizens to one another and to the political process [...] Reform requires the internal democratization of political parties through the improvement of their transparency and accessibility and the strengthening of other representative bodies").

⁷¹ Véase, por ejemplo: HATHAWAY, Oona. "Do Human Rights Treaties Make a Difference?". En: *Yale Law Journal* 111. 2002. pp. 1935, 1957-1958. (Underscoring the importance of transparency to compliance with international human rights treaties and the efficacy of international law).

⁷² Véase, por ejemplo: LORD, Kristin. "War and Peace in an Age of Transparency". 2003. (international security); CHARNOVITZ, Steve. "Transparency and Participation in the World Trade Organization". *Rutgers* 56; MCCORMALLY, Timothy. "Responding to the New Age of Transparency". *International Tax Review* 2003.

⁷³ Véase por ejemplo. *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. Explaining that the United States consented to the "open and public hearing of all hearings before the Tribunal".

⁷⁴ Véase *Ibid.* (explaining that Canada "supported public disclosure of arbitral submissions, orders and awards to the fullest extent possible").

⁷⁵ Véase *Ibidem.* (explaining that the United States consented to the "open and public hearing of all hearings before the Tribunal").

⁷⁶ Véase *Ibidem.*

⁷⁷ Véase *Ibid.* (explaining that Canada "supported public disclosure of arbitral submissions, orders and awards to the fullest extent possible").

⁷⁸ Véase *Ibidem.* (explaining the differing approaches of Mexico and Canada with respect to the standing of amicus petitions under NAFTA).

⁷⁹ Véase *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

sustantivos del Derecho Internacional de las inversiones como los referidos a TJE, práctica no discriminatoria, entre otros⁸². La ECT menciona transparencia conjuntamente con términos como estabilidad, equidad, y trato favorable, como adjetivos que circundan a las condiciones que los inversores deben de gozar en cada uno de los Estados contratantes que a su vez incluyen el meollo del estándar del Derecho Internacional de las Inversiones que los Estados receptores de inversión deben de respetar y proporcionar a los inversores extranjeros.

La aplicación del concepto de transparencia a una amplia gama de condiciones referidas a inversión, implícitamente sugiere que la forma de transparencia que la ECT contempla como predicadora de la aplicación de los estándares sustantivos de la protección de inversiones para inversores extranjeros, debe por si misma ser privativa, por ejemplo, incorporando todas las nueve (9) categorías de transparencia anteriormente referenciadas. Esta visualización de la transparencia dentro del ámbito del Artículo 10(1) de la ECT no sólo comporta una variación y multiplicidad de condiciones de inversión que dan lugar a cuestiones de TJE y estándares mínimos para proteger a la inversión, sino que también se correlacionan con la propia naturaleza de un tratado, cuya ejecución y aplicación generalmente necesita de transparencia política y procedimental, máxime si los recursos públicos y cuestiones de interés general se encuentran presentes, tal como sucede en los Arbitrajes Inversor-Estado.

Aun cuando el término transparencia no figure de ninguna manera en el Capítulo 18 del Tratado NAFTA, se tiene que todos los elementos prácticos de dicho concepto han sido identificados bajo una “transparencia privativa”. Los miembros del NAFTA tienen la obligación de cumplir con estrictos y rigurosos requisitos de publicidad de sus normas, regulaciones, procedimientos y directrices administrativas, asó como de otras cuestiones que puedan de ser de interés para sus ciudadanos⁸³. Además, medidas propuestas y acceso a la participación se encuentran incluidos en dicho capítulo⁸⁴. La participación actual en los procedimientos también ha sido extendido a aquellas partes que no son miembros del NAFTA, conjuntamente con la transparencia procedimental⁸⁵ que es afirmada en dichos procedimientos. La ausencia de referencia explícita a la transparencia en el Capítulo 18 del Tratado NAFTA no amengua de ninguna forma la transparencia privativa de la norma que se permea a través de las provisiones institucionales y administrativas. Una referencia explícita a la transparencia, aun cuando sea bienvenida, no es necesario dado que el Preámbulo mismo incluye ello al señalar: “Clear and mutually advantageous rules governing [the trade of the NAFTA parties] [and to] ensure a predictable commercial framework for planning and investment.”⁸⁶.

La Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) establece en sus comentarios acerca del gradual pero significativo progreso

⁸² La ECT, en su Artículo 10(1) establece:

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favorable and **transparent** conditions for investors of other Contracting Parties to make Investments in its area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times, to Investments, of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment, or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favorable than that required by international law, including treaty obligations”.

⁸³ Véase NAFTA, Art. 1802.1.

⁸⁴ Véase *Ibíd.* artículo 1802.2.

⁸⁵ Véase *Ibíd.* artículo 1804.a y 1804.b:

(a) wherever possible, persons of another Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding and the public interest permit [...].

⁸⁶ Véase NAFTA. Preámbulo.

cualitativo que el principio de transparencia ha logrado en los tratados bilaterales de inversión. El resumen de las conclusiones de UNCTAD en este punto en específico merece leerlas por completo, aun cuando su texto sea en inglés:

“A minority of BITs include **transparency** provisions. However gradual, yet significant qualitative progress has been made with regard to the rationale and content of such rules. While there has been a trend towards viewing transparency as an obligation imposed on countries to exchange information, new approaches also deem it to constitute a reciprocal obligation involving host-countries and foreign investors. Transparency obligations are also no longer exclusively geared towards fostering exchange of information; rather they relate to transparency in the process of domestic rule-making aimed at enabling interested investors and other stakeholders to participate in that process⁸⁷”.

Las observaciones de UNCTAD evidencian el desarrollo y ascendencia no solo en el limitado campo de la transparencia en los TBIs, sino que más importante, hace énfasis en las múltiples esferas de la transparencia como principio de referencia, aun cuando no haya sido sistemáticamente definido ni adoptado por el Derecho Internacional. La referencia también es hecha a la transparencia como principio que se incorpora más que una revelación recíproca de obligaciones, sino que en vez de ello también se ocupa del espacio de desarrollo legislativo doméstico en cada país,

así como la participación real en el proceso de participación legítima⁸⁸.

Más allá de los parámetros del Derecho Internacional de Inversiones, la transparencia en términos generales ha sido identificado como un principio necesario. La ONU ha hecho un llamado hacia la transparencia en una serie amplia de asuntos, para que medidas sean implementadas en una serie de asuntos, como controlar y poner fin al tráfico ilícito de armas⁸⁹, erradicación y eliminación de la pobreza⁹⁰, entre otros. La ONU ha reiterado la primacía de la transparencia en la Declaración del Milenio llevada a cabo en el Consenso de Monterrey sobre cuestiones Financieras para el Desarrollo⁹¹. Como parte del esfuerzo de otorgar una respuesta global a los retos en el financiamiento para el desarrollo, el texto final de los acuerdos y compromisos adoptados en la Conferencia Internacional para el Financiamiento de Desarrollo (*International Conference on Financing for Development*) declara:

“Recognizing that peace and development are mutually reinforcing, we are determined to pursue our shared vision for a better future, through our individual efforts combined, with vigorous multilateral action. Upholding the Charter of the United Nations and building upon the values of the Millennium Declaration, we commit ourselves to promoting national and global economic systems based on the principles of justice, equity, democracy, participation, *transparency*, accountability, and inclusion⁹²”.

⁸⁷ U.N. Conference on Trade and Development (“UNCTAD”), “Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making”, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5. 2007. En (i)-(iii), and (x).

⁸⁸ UNCTAD expresa que “[m]ost other approaches used in its BITs however, do not focus on transparency concerning investment opportunities, but rather on laws, regulations and administrative practices applicable to foreign investment in the host country. Transparency is conceived as a tool to foster a more predictable investment climate, in which investors can clearly assess the conditions and rules applying to their investments. *Ibid.* p. 77. It is also reported that certain BITs, such as the 2004 Canadian model BIT expands transparency with respect to investment-related rule-making to apply “not only to existing legislation, but also to draft laws and regulations.” *Ibid.* p. 78.

Finalmente, el Informe de UNCTAD explica que “[t]he emphasis of some BITs on using transparency provisions to strengthen the concept of due process of law is underlined by some supplementary obligations included in other agreements”.

⁸⁹ Véase “United Nations Millennium Declaration”. G.A. Res. 55/2. p. 3. U.N. Doc. A/RES/55/2. 2000. En: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f4ea3.html>.

⁹⁰ *Ibid.* p. 4 (“Success in meeting these objectives depends, *inter alia*, on good governance within each country. It also depends on good governance at the international level and on *transparency* in the financial, monetary, and trading systems. We’re committed to an *open*, equitable, rule-based, *predictable*, and non-discriminatory multilateral trading and financial system”).

⁹¹ International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexico, March 18-22, 2002, “Monterrey Consensus on Financing for Development”. pp. 9, 25, 53. U.N. Doc. A/CONF.198/11. 2003.

⁹² *Ibid.* p. 9.

De forma más específica, el texto de la ONU en el Consenso de Monterrey identificó la necesidad de un principio de transparencia en sectores tales como (i) la movilización de recursos públicos y su administración por parte de los gobiernos⁹³, (ii) la mejora de los mercados domésticos de acuerdo al desarrollo de los sistemas financieros⁹⁴, y (iii) en lo que respecta a inversiones extranjeras directas en países en desarrollo⁹⁵. En el mismo sentido, el Informe del Consejo de Seguridad de la ONU tiene como objetivo una transparencia legal y procedimental como regla de Derecho⁹⁶.

C. La aplicación de la norma de transparencia al proceso internacional de obtención de prueba

Tras analizar los instrumentos selectos del Derecho Internacional, se tiene que un principio general de transparencia puede ser rápidamente discernido. El término que se discierne, aparenta sugerir, u ordenar, una obligación afirmativa a que su pronunciamiento sea en la esfera privativa, y, por ende, hace un llamado por la ausencia universal de cualquier cuestión que pudiera conllevar a la confidencialidad. Sin embargo, si un principio de transparencia merece ser desarrollado y maximizar su contribución al Derecho Internacional, el mismo debe de estar investido con particularidades de un estándar. Basados en los múltiples usos de la transparencia en el Derecho Internacional, estas particularidades deben de estar impresas

en dos partes, la primera que consiste de los nueve elementos antes referenciados. La primera categoría conceptual sobre la cual debería estar investida una norma privativa de transparencia es una orden imperativa afirmativa de apertura/revelación/acceso a la información. Los nueve elementos de esta categoría han sido vistos por fuentes universalmente aceptadas del Derecho Internacional, que fueron anteriormente referenciadas.

La segunda categoría que constituye la norma de transparencia es la reciprocidad/paridad afirmativa. La teoría sobre la que se basa este primer paso embrionario estructural estriba en proporcionar un estándar por el cual la norma de transparencia pueda ser de aceptación universal a un nivel teórico, mientras que también preserve una aptitud práctica. Un estándar investido de ningún valor podría ser más conductivo hacia una cultura jurídica de convergencia. Adicionalmente, podría proporcionar, por ejemplo, reglas procedimentales transnacionales respecto a la obtención de prueba que puedan ser más uniformes en su aplicación, mediante la introducción simultánea de contenido sustantivo a sus términos principales.

Las Reglas de la IBA sirven como un modelo funcional útil⁹⁷. Quizás el estándar más importante de las Reglas IBA es el que se refiere a la relevancia del caso y del resultado del mismo⁹⁸. El estándar aparece en toda la arquitectura de las Reglas como un criterio

⁹³ *Ibíd.* p. 15.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 17.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 21 (“To attract and enhance in-flows of productive capital, countries need to continue their efforts to achieve a transparent, stable and predictable investment climate, with proper contract enforcement and respect for property rights, embedded in sound macroeconomic policies and institutions that allow businesses, both domestic and international, to operate efficiently and profitably and with maximum development impact [...]”).

⁹⁶ Véase THE SECRETARY GENERAL. “Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies”. p. 6. Delivered to the Security Council. U.N. Doc. S/2004/616. 2004. (“The ‘rule of law’ is a concept at the very heart of the Organization’s mission. It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced, even independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and **procedural and legal transparency**”). [El énfasis es nuestro].

⁹⁷ No está dentro del ámbito el comentar extensivamente sobre las Reglas del IBA. En vez de ello, el objetivo es resaltar los aspectos estructurales de dichas Reglas, solamente como un modelo, en el cual la transparencia normativa puede dar lugar a una más comprensiva y universal aplicación de dichas reglas.

⁹⁸ Encontramos en las Reglas de la IBA, artículo 2.3.a: “The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, any issue: (a) That the Arbitral Tribunal may regard as **relevant to the case and material to its outcome**” [El énfasis es nuestro].

recurrente⁹⁹. La utilización estratégica y uniforme del estándar de la relevancia al caso y a su aplicación material en su resultado (“relevant to the case and material to its outcome”), a la consulta, revelación de información por decisión propia de una de las partes, y a los procedimientos de revelación de información, enfatiza su importancia. Así, el estándar, parece representar una síntesis fundamental de las cuestiones referentes a los sistemas principales de derecho —el *civil law* y el *common law*¹⁰⁰—, y en ninguna parte se define dichos términos, principalmente los referidos a “relevante” y “material”.

De manera similar, los términos “evidencia” o “experto” no se encuentran definidos del todo. Mientras que el término “informe de experto” es definido como un escrito presentado por un experto designado por el Tribunal Arbitral o por una de las partes del proceso, se tiene que dentro de los términos incluidos en las Reglas IBA¹⁰¹ no existe un predicado significativo del que se pueda inferir el contenido del término de “experto”, dentro del propio régimen de las Reglas IBA. La calificación de un testigo como un experto es relegado, si no es del todo, a la potestad discrecional del tribunal arbitral.

En paralela importancia a la relevancia del caso y a la materialidad del resultado, se encuentra la introducción del requerimiento de **buena fe**, el cual es nuevo en la Reglas IBA 2010¹⁰². En relación a los términos “relevancia”, “materialidad” y “testigo experto”, se tiene que el término “**buena fe**” no se encuentra tampoco definido.

Ya sea por coincidencia o diseño, la ausencia de definiciones sustantivas, ya sea conceptualmente o en virtud a un estándar, enfatiza los retos que se tienen para legitimizar una congruencia cultural jurídica. Términos como **buena fe** o **relevancia** varían abruptamente dependiendo de la estructura legal que los acoja. El llegar a definiciones o estándares sustantivos para estos términos, en una perspectiva intercultural, conllevará

a cuestiones difíciles y que carecerán de utilidad.

Una aspiración más realista sería recurrir a la normativa de transparencia que probablemente pueda tener los parámetros de aplicabilidad en relación a conceptos como **materialidad** y **relevancia**. Los estándares categóricos que configuran la normativa de transparencia privativa y que el presente escrito propone como un esfuerzo preliminar podrá permitir a un tribunal poder testear los requisitos de accesibilidad y revelación de información. De manera similar, consideraciones de reciprocidad y paridad podrán facilitar análisis de **buena fe**. Podrá redundar en el mejor de los intereses de la comunidad del Derecho Internacional el estructurar una norma privativa de transparencia que comande los compromisos afirmativos, que en efecto resultan de la costumbre y uso convencional de la transparencia en el Derecho Internacional. Mientras que la utilización *ad hoc* de la palabra carente de un significado particular ha servido bien a las intenciones del Derecho Internacional, los beneficios que derivan del mismo producto de las múltiples aplicaciones del término general conllevan a que se conceptualice en la forma de una norma singular.

VI. CONCLUSIÓN

La demanda por una unificación o armonización entre las tradiciones jurídicas distintas nunca antes ha tenido tanta importancia como la tiene ahora por consecuencia de la globalización económica e informacional. A diferencia de su contraparte el Derecho Internacional del Comercio, se tiene que el Derecho Internacional de Inversiones, y particularmente el Derecho Internacional de Resolución de Controversias, se encuentran en proceso de desarrollo con la finalidad de mantener el paso con las necesidades económicas e informacionales que demanda la globalización. En consecuencia, los Arbitrajes Comerciales Inter-

⁹⁹ Véase IBA 2010 Rules. artículos 3, 3(a)-(b); 3, 11; 4, 9; 8, 5; y 2, 3(a).

¹⁰⁰ IBA 2010 Rules. Preámbulo. 2010. p. 1.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 5 (defining “expert report”).

¹⁰² El término “Buena fe” aparece solamente dos veces en las Reglas IBA — en el Preámbulo y luego al último párrafo — la simetría en la ubicación de dicho término en solo dos ocasiones es importante y sugestiva. Véase IBA 2010 Rules. Preámbulo. artículo 9, 7.

nacionales y el Arbitraje Inversor-Estado permanecen como soluciones interesantes, hasta que se lleguen a constituir tribunales judiciales transnacionales que puedan tener competencia sobre controversias que se susciten tanto en los contextos internacionales públicos y/o privados.

Quizás el más pronunciado hecho que divide a los dos principales sistemas –*common law* y *civil law*– y las culturas jurídicas que lo acogen, se encuentran en la diferencia entre el estilo de obtención de prueba del Derecho Civil y el estilo americano denominado *Discovery*. A pesar de los innumerables esfuerzos, tales como las Reglas IBA, que buscan acomodar ambas tradiciones y que representan avances materiales en este campo, se tiene que la división aún continúa y se vislumbra en un sentido de polarización. Una aproximación en el intento de armonizar las concepciones de ambos sistemas estriba en incorporar una norma que se base en la transparencia, la misma que a su vez ayudará a reconciliar estas diferencias. Una norma basada en la transparencia parece ser particularmente apropiada porque la estructura privativa/confidencial de los Arbitrajes Comerciales Internacionales, el mismo que tiene un legado histórico y una influencia dantesca en el Arbitraje Inversor-Estado. Las incertidumbres endémicas y estructurales sobre los Arbitrajes Comerciales Internacionales y los Arbitraje

Inversor-Estado también crean un espacio para esta normativa. A mayor abundamiento, numerosas fuentes de Derecho Internacional referentes a diversos campos que van desde los Derechos Humanos a la Protección de Inversiones Internacionales han adoptado de alguna u otra forma el concepto de transparencia, pero nunca lo han elevado al *status* normativo o de principio del Derecho Internacional. La transparencia normativa privativa delinea los propósitos para representar el primer paso hacia el esfuerzo de comprimir dos categorías conceptuales, ambas que surgen del uso general *ad hoc* de la transparencia, como término que aparece en las fuentes de Derecho Internacional. Árbitros, jueces, y demás actores del campo legal podrían llegar a acuerdos para lograr una mayor uniformidad y predictividad a los fundamentos internacionales, como los resultantes de las Reglas IBA, que de otra manera podrían dejar de lado las indefiniciones en este campo que al final del día tienen consecuencias prácticas en la resolución de conflictos.

Irónicamente, el uso habitual de la palabra transparencia en el contexto del Derecho Internacional es menos que claro. Su propia naturaleza conlleva a proporcionar una normativa teórica con la finalidad de maximizar una transparencia uniforme y de aplicación práctica.

MIRANDA & AMADO
ABOGADOS



Av. Larco 1301 Piso 20, Torre Parque Mar
Miraflores - Lima 18, Perú
Tel. (511) 610 - 4747 / Fax. (511) 610 - 4748

www.mafirma.com.pe

APUNTES SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL EN IBEROAMÉRICA Y ESPAÑA

Julio González Soria*

El Arbitraje, desde los inicios del Derecho hasta el día de hoy, ha demostrado ser una forma rápida, económica y especializada de resolver los conflictos de los particulares, que evitan, así, tener que comparecer ante un juez. En el mundo de hoy, las ventajas del Arbitraje se vuelven particularmente importantes para resolver conflictos de índole comercial en un mundo globalizado.

En el presente artículo, el autor hace un análisis de la legislación española e iberoamericana en general, referida a la aplicación y reglamentación del Arbitraje Internacional. Hace especial énfasis en la existencia de convenios internacionales sobre el tema, como los convenios de Nueva York y de Ginebra, y la importancia de su vigencia para resolver conflictos comerciales.

* Abogado. Presidente de Honor de la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional (CIAC). Ex Presidente Fundador de la Corte de Arbitraje de Madrid. Vicepresidente y Fundador del Club Español del Arbitraje. Miembro de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Si observamos el entorno mundial, vemos que la institución del Arbitraje ha venido, paulatinamente, consolidándose como el medio idóneo para resolver los conflictos comerciales, gracias a sus características de celeridad, menor costo, confidencialidad y especialización. Y ello es así porque el nuevo entorno mundial favorece y necesita de medios alternativos a la justicia estatal para resolver sus litigios. Las sociedades avanzadas se caracterizan por su grado de apertura. Son sociedades abiertas, como las definía Karl Popper. Abiertas a la libre circulación de las comunicaciones y de la información, abiertas al libre movimiento de los ciudadanos, abiertas también al libre comercio de bienes y servicios.

Esa apertura e internacionalización de la economía y la complejidad de las transacciones han forzado a los agentes económicos a buscar vías alternas que sean capaces de garantizarles la adecuada seguridad jurídica a sus operaciones sin sobresaltos y sorpresas. Por ello, partiendo del hecho de que en los negocios internacionales se aplican, ante todo, usos, terminologías y costumbres establecidas por los comerciantes respecto a la materia, condiciones, y formas de sus transacciones, lo deseable es que sean ellos mismos los que establezcan las reglas del mecanismo que sirva para resolver eventuales conflictos, lo que sólo es posible si se recurre al Arbitraje.

En el mundo actual, esos agentes económicos han creado sus propias reglas autónomas de comportamiento que integran la nueva *lex mercatoria*, a las cuales los miembros de la *societas mercatorum* reconocen un carácter y una aceptación universales. Ese desarrollo del Derecho de usos de comercio transnacional ha producido la creación y florecimiento de lo que pudiéramos llamar una jurisdicción transnacional que encuentra en la institución arbitral su instrumento idóneo, que se ha convertido, así, en el sistema adecuado para resolver las discrepancias que puedan surgir de los contratos internacionales.

Iberoamérica no ha sido ajena a esa realidad, aunque es cierto que se ha incorporado con retraso y está todavía en periodo de consolidación. Como ejemplo ilustrativo de su evolución, cabe señalar que en octubre del año 1992, se celebró en Madrid la XI Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, organizada por la Comisión Interamericana de

Arbitraje Comercial (CIAC), que tuvo el honor de presidir.

Con motivo de esa Conferencia, la Cámara de Comercio de Bogotá publicó un libro titulado “Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana sobre Arbitraje Comercial”, en el que, como conclusión, se señalaba que “no puede afirmarse que el Arbitraje Internacional es sólido y próspero en América Latina, pues, no obstante tantos instrumentos de Derecho Internacional suscritos y/o ratificados por los países, sigue pesando en un buen número de ellos, el arraigado concepto de la **soberanía nacional que, en últimas, ha determinado con frecuencia la inaplicabilidad de los tratados existentes en un malabar jurídico que no puede ser fácilmente entendido**” [El énfasis es nuestro].

Puede explicarse esta situación por el hecho de que América Latina, tradicionalmente, tuvo una actitud general de reticencia, incluso podría hablarse de hostilidad, hacia el Arbitraje Internacional. Esa reticencia estuvo basada, entre otras posibles explicaciones, en la llamada doctrina Calvo, de tanto arraigo en América, que no permitía a los inversores extranjeros utilizar el Arbitraje Internacional, autorizándoles únicamente acudir a los Tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local a efectos de obtener una reparación por cualquier violación contractual suscitada.

También es preciso tener presente que América fue tributaria de códigos procesales de Derecho continental europeo que regulaban el Arbitraje nacional y no el internacional, con un fuerte énfasis en los aspectos formales de procedimiento, una gran injerencia de la justicia estatal en todas las instancias del proceso arbitral, una limitada autonomía de la voluntad de las partes para someter cuestiones a arbitraje y convenir el procedimiento arbitral, y un diverso número de recursos para impugnar el laudo. Y, a la hora de suscitarse un arbitraje internacional, lo que se hacía, en general, era trasladar y aplicar a éste las normas del Arbitraje nacional que, en muchas ocasiones, podrían resultar inapropiadas para esa modalidad de solución de diferencias.

Afortunadamente, esta situación se ha modificado sustancialmente y hoy nos encontramos con una modernización de la

legislación del Arbitraje Internacional en Iberoamérica que ha sido consecuencia de diversos factores y circunstancias.

En primer término, cabe mencionar la ratificación de convenios, instrumentos internacionales y regionales en materia de Arbitraje por parte de los Estados latinoamericanos y del Caribe. En materia de tratados internacionales, la mayoría de los países americanos adoptaron la Convención de Nueva York del año 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, así como la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, conocida como Convención de Panamá, suscrita en el año 1975. Los últimos países americanos que ratificaron la Convención de Nueva York fueron Brasil y República Dominicana en 2002, y Nicaragua en 2003; como anteriormente lo habían hecho Honduras en 2001, El Salvador y Paraguay en 1998, Venezuela y Bolivia en 1995, Argentina en 1989, Perú y Costa Rica en 1988, Panamá en 1985, Guatemala en 1984, Uruguay en 1983, Colombia en 1979, Chile y Cuba en 1975, México en 1971, y Ecuador en 1962. En lo que se refiere a la Convención de Panamá ha sido igualmente ratificada por todos los Estados citados anteriormente, con la excepción de Cuba.

El otro acuerdo cuya adopción ha resultado de gran relevancia en la práctica arbitral americana es el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, conocido bajo las siglas inglesas de MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency). Este organismo pertenece al grupo del Banco Mundial y su objetivo es apoyar el flujo de recursos extranjeros de inversión entre sus países miembros en vías de desarrollo. También otros acuerdos de ámbito regional y subregional vigentes en América, como pueden ser los del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Pacto Andino (Acuerdo de Cartagena), Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA) y los múltiples Acuerdos Bilaterales de Inversión conocidos como BIT's (Bilateral Investment Treaties), seleccionan al Arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

No obstante el avance que supuso la incorporación de los instrumentos internacionales indicados en los diversos ordenamientos jurídicos locales, persistía una

legislación interna inadecuada en materia de Arbitraje que adolecía de los graves defectos a los que nos referimos antes y es así que, a partir del año 1993, comienza en Iberoamérica un proceso de revisión de las leyes de Arbitraje Internacional. Desde entonces hasta hoy, han sido numerosos los países americanos que han modernizado sus legislaciones nacionales sobre Arbitraje Internacional.

México fue pionero cuando, precisamente en 1993, sin promulgar una nueva ley de Arbitraje, introdujo cambios sustanciales a su regulación sobre Arbitraje doméstico e internacional en el Código de Comercio, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal y de Territorios. Desde entonces, se han aprobado nuevas regulaciones del Arbitraje en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Los únicos países de la región que no han podido, hasta ahora, implementar con éxito procesos de modificación de la legislación vigente sobre Arbitraje Comercial Internacional son Argentina y Uruguay, si bien hay que señalar que en ambos países se han presentado al proceso de discusión y aprobación parlamentaria sendos proyectos de ley. Y, para complementar el panorama iberoamericano antes de referirnos a España, tenemos que señalar que Portugal también modernizó su regulación del Arbitraje con la Ley 31/1986 de 27 de diciembre de 1986 que contiene la Ley sobre el Arbitraje Voluntario.

Este proceso de actualización e implementación de leyes especiales relativas al Arbitraje Internacional no ha sido casual. La globalización de la economía fue un factor desencadenante para que ello sucediese, a lo que debe sumarse la influencia de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), y la importante labor realizada por el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Como resultado del nuevo marco, ha aparecido y se ha consolidado una red importante de cortes y centros de arbitraje, muchos de ellos ubicados en el seno de las cámaras de comercio e industria de los diferentes países, que ofrecen unos servicios de alta calidad tanto en medios

físicos cuanto humanos, con árbitros de una gran valía y reconocimiento personal.

Pero este andamiaje legislativo y físico tiene, necesariamente y para ser realmente efectivo, que estar acompañado de una actitud positiva de los órganos judiciales de cada país hacia el Arbitraje, ya que es el elemento que puede condicionar el fin último del Arbitraje que no es otro que la posibilidad de ejecutar lo resuelto en el laudo. Y es en esta faceta en la que todavía queda camino por recorrer en Iberoamérica como, desgraciadamente, han puesto de manifiesto ciertas decisiones judiciales en Argentina, Brasil, Colombia, Panamá, México y Venezuela.

En lo que se refiere a la situación del Arbitraje en España, parece oportuno señalar, en primer lugar, que el Arbitraje en España tiene una larga tradición que se inicia en el Derecho Romano, en el que la institución del Arbitraje tuvo una amplia regulación y utilización y que tuvo su continuación en el Derecho histórico español, estando presente en el primer libro jurídico considerado hispánico, como es el Breviario de Alarico, en el que, aunque de una manera fragmentaria, se reflejan determinados aspectos característicos de la institución en el Derecho Romano post-clásico. Seguimos encontrando la institución del Arbitraje en los principales instrumentos jurídicos, tanto en el ámbito que podríamos llamar estatal cuanto en los fueros reguladores del Derecho local, muy importantes en España y en los que encontramos, sistemáticamente, una referencia al Arbitraje.

Y es interesante observar que las ventajas y funciones que modernamente se atribuyen al Arbitraje se encuentran ya de manera clara en el Derecho histórico español, funciones que eran, por un lado, como nos dice la Ley de Madrid de 1502, intentar alcanzar una solución de las controversias jurídicas más pacífica y amigable que el proceso oficial y, por otro, sustituir el proceso oficial por otro privado, a fin de eludir determinados defectos técnicos propios del proceso oficial como son el exceso de gastos, la lentitud y el excesivo formalismo procesal o la incompetencia técnica de los que juzgan, como nos dicen muy

elocuentemente las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que justifican el arbitraje forzoso entre los Socios de una compañía mercantil para evitar "pleitos largos y costosos capaces de arruinar a todos como la experiencia ha demostrado".

Pero son, sin duda, Las Partidas¹ las que presentan la más extensa regulación de la institución, regulación que con sus modificaciones posteriores estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que estableció un nuevo sistema de Arbitraje que quedó como único aplicable tras la promulgación del Decreto de Unificación de Jurisdicciones de 1878, que derogó el especial sistema mercantil contenido en la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830. Incluso puede decirse que España es, sin duda alguna, uno de los pocos países en que el Arbitraje fue considerado como un derecho fundamental y elevado al rango constitucional en la Constitución de Cádiz de 1812.

Toda esa larga tradición tuvo su antepenúltima manifestación en la Ley de Arbitraje Privado de Diciembre de 1953, que vino a regular la institución en conexión con las normas aplicables sobre la materia recogidas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esa ley, que en el momento de su publicación podría estar justificada, con el paso del tiempo se convirtió en una auténtica ley contra el Arbitraje.

Afortunadamente, y gracias a los esfuerzos de los diferentes estamentos interesados y muy especialmente de las cámaras de comercio e industria españolas, se promulgó una nueva Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, que aportó un nuevo marco jurídico para el desarrollo de la institución. La citada ley supuso y posibilitó el amplio desarrollo de la institución arbitral en nuestro país pudiéndose afirmar que el Arbitraje ha tenido a lo largo de los quince años de vigencia de la Ley del 88 hasta la promulgación de la nueva Ley 60/2003, una amplia utilización como medio de resolver los litigios y discrepancias entre los agentes económicos. Y como muy acertadamente señala la Exposición de

¹ Nota del Editor: Las Siete Partidas (o las Partidas) son un cuerpo normativo que data del siglo XIII. A lo largo del tiempo, se han ido reformando, de tal forma que su vigencia se extendió a Hispanoamérica hasta el siglo XIX. Su valor es aún vigente, pues contiene regulación de diversas disciplinas.

Motivos de la Ley de 2003, ha aumentado en gran medida el tipo y número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se ha asentado el Arbitraje institucional; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable; y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del Arbitraje.

A este respecto, es de justicia señalar que a ese extraordinario desarrollo ha contribuido, de una manera muy significativa, el tratamiento jurisdiccional que, dentro de sus respectivos ámbitos, han dado al Arbitraje tanto el Tribunal Constitucional cuanto el Tribunal Supremo y las audiencias provinciales, así como los jueces de primera instancia en las funciones que la Ley les había encomendado. La nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, vino a consolidar ese desarrollo del Arbitraje y a posibilitar aun más el desarrollo del Arbitraje Internacional en nuestro país. Este es, quizás, el objetivo más claro que pretendía la nueva ley y que ha inspirado, condicionado y moldeado su texto.

Así, vemos que la Ley 2003, como una de sus innovaciones más significativas, opta por una regulación unitaria del Arbitraje interno y del Arbitraje Internacional, de forma que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se aplican por igual a uno u otro, siguiendo así el sistema monista. Partiendo de esta premisa, la ley está inspirada básicamente en la Ley Modelo de 21 de junio de 1985 de la UNCITRAL/CNUDMI que, aunque está concebida fundamentalmente para el Arbitraje Comercial Internacional, el legislador español, siguiendo el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, ha considerado que su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la mayoría de los casos, para el Arbitraje interno, ya que son pocas y muy justificadas las normas en las que se requiere una regulación distinta.

Con ello aspira, como se desprende de la propia Exposición de Motivos, a que en las muy importantes relaciones internacionales, en particular en el área iberoamericana, los agentes económicos puedan incrementar la utilización del Arbitraje sin tener que recurrir a instituciones de otro contexto cultural e idiomático.

Esta aproximación trajo, como primera consecuencia, un cambio importante, cual es la inversión de la presunción que la Ley 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad en defecto del acuerdo de las partes, dando preferencia al Arbitraje de Derecho, con lo que se sigue la orientación más generalizada en el Derecho comparado. Cabe también señalar que la Ley 2003, según su Exposición de Motivos, aspira a representar un salto cualitativo respecto a la anterior de 1988 y ha querido incorporar elementos que favorezcan la rapidez, antiformalismo y eficacia, que son factores imprescindibles de la institución, junto a la aspiración de que la institución sea lo más autónoma y autosuficiente posible.

En ese sentido, puede citarse la recuperación, siguiendo el criterio de la Ley de 1953, de la posibilidad de ejecución provisional del laudo, sin perjuicio de que el ejecutado pueda solicitar la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo. Con ello, se contribuye a reducir la presentación de acciones de anulación del laudo que respondan exclusivamente al objeto de demorar la ejecución del mismo, dañando de manera grave a la institución que tiene, como uno de sus objetivos, el resolver la controversia en el plazo más corto posible.

Igualmente, merece destacarse la regulación de las medidas cautelares que pueden adoptar, a petición de las partes, indistintamente los árbitros y el Juzgado de Primera Instancia competente. Y, por supuesto, y lo más importante, el mantenimiento de la limitación de los motivos de la anulación del laudo, contenidos en el artículo 41 de la Ley 2003, que sigue la regulación de la Ley Modelo en esta materia y que excluye la revisión del fondo del laudo, salvo en lo que se refiere al orden público, supuesto éste que la jurisprudencia recaída a lo largo de estos últimos años ha situado en sus justos términos.

En consecuencia, el régimen de la impugnación del laudo, configurado como verdadero proceso de anulación y no como recurso, sigue teniendo como base una tabla cerrada de causas o motivos de impugnación y que se enumeran en el artículo 41 de la Ley, en virtud del cual contra un laudo definitivo podrá ejercerse la acción de nulidad, exclusivamente:

- Cuando el convenio arbitral no existe o no es válido (inciso 1, literal a).
- Cuando una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (inciso 1, literal b).
- Cuando el nombramiento de los árbitros o el desarrollo de la actuación arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de la ley, o, a falta de dicho acuerdo, no se haya ajustado a la Ley de Arbitraje (inciso 1, literal d).
- Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubieren sido, no pueden ser objeto de arbitraje (inciso 1, literales c y e).
- Cuando el laudo fuese contrario al orden público (inciso 1, literal f).
- Los motivos contenidos en los párrafos b, e y f podrán ser apreciados de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está atribuida.
- En el caso de apreciación de los motivos c y e, la anulación afectará solo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

La acción de nulidad habrá de ejercerse dentro de los dos meses siguientes al de la notificación del laudo o en el caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del mismo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla.

De acuerdo con la Ley 2003, la acción de nulidad había que sustanciarla por los cauces del juicio verbal ante la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiera dictado el laudo. En virtud de la modificación introducida por la Ley 11/2011, el tribunal competente ha pasado a ser la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del lugar donde se hubiera dictado el laudo. No obstante, la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en la misma, se expondrán los fundamentos que sirvan para apoyar el motivo o motivos

de anulación invocados, proponiéndose la prueba que sea necesaria y pertinente. Y deberá ir acompañada de los documentos justificativos del convenio y del laudo arbitral. Por su parte, la Sala dispondrá los apremios necesarios para compeler a los árbitros a la entrega de las actuaciones arbitrales, si fueren necesarias y el recurrente no las hubiere podido obtener.

Aun cuando un altísimo porcentaje de los laudos son ejecutados de manera voluntaria, para asegurar la eficacia de la institución es imprescindible que la legislación positiva contemple los medios coercitivos necesarios para asegurar, en su caso, la ejecución forzosa de los laudos, que se rige por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 44 y 45 de la Ley de Arbitraje. En su virtud, el laudo arbitral es eficaz desde su notificación a las partes, por lo que, si transcurrido el plazo para ser solicitada su anulación éste no ha sido cumplido, podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el Juez de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado.

Como hemos señalado anteriormente, el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación. No obstante, el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución siempre que ofrezca caución suficiente por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución. El Tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución, sin que quepa recurso alguno sobre la decisión.

En lo que a los laudos arbitrales extranjeros se refiere, la Ley de 2003 entiende como laudo arbitral extranjero aquel que no haya sido dictado en España. El *exequátur* de laudos extranjeros se regirá por el Convenio de Nueva York de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión.

A este respecto, hay que señalar que, en su aplicación en España, la Convención de Nueva York implica que no existe ninguna limitación *relatione personae* y ese mismo criterio es aplicable, con carácter general, en los convenios bilaterales suscritos por España, en los que la nacionalidad o el domicilio de las partes en el acuerdo arbitral, o el de los interesados en la ejecución del laudo es,

desde el punto de vista de la determinación del ámbito de aplicación, irrelevante.

La Convención de Nueva York mantiene también el criterio, que ya encontrábamos en la Convención de Ginebra, relativo a la *ratione materiae*. Ha mantenido la facultad de los Estados de **reservar su aplicación a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el Derecho interno**, pero ha ampliado el ámbito de aplicación al señalar que esos litigios pueden derivarse tanto de una relación jurídica contractual, que era lo que prevean los textos ginebrinos, como de una relación jurídica no contractual (artículo I.3).

La posibilidad de reserva para los temas no comerciales fue incluida en la Convención, ya que se consideró que de otra manera sería imposible para algunos países, que distinguen entre las relaciones comerciales y no comerciales, adherirse a la Convención. Esta reserva ha sido utilizada por algo menos de la mitad de los Estados contratantes. España no se acogió a esta reserva, por lo que en nuestro país es de aplicación el Convenio de Nueva York a todas las sentencias que sean fruto de arbitrajes concertados para resolver diferencias surgidas sobre cualquier clase de relaciones jurídicas, sean estas contractuales o no. Y tampoco ha hecho uso de la otra reserva prevista en la Convención, **la reserva de reciprocidad**, por lo que en la práctica, puede decirse que es posible solicitar en España el *exequatur* de cualquier laudo arbitral no dictado en España.

En lo que se refiere a los convenios bilaterales que tiene firmados España, tampoco contienen limitaciones de *ratione materiae* y, por tanto, son aplicables sea o no contractual, mercantil o no mercantil la relación litigiosa objeto del laudo.

Es evidente que cuando un Estado ha suscrito, por una parte, un Convenio multilateral, como el de Nueva York y, por otra, tratados bilaterales cuyos campos de acción se superpongan, sus normas se encontrarán en una situación de concurrencia que produce problemas de elección de la normativa aplicable. En el caso de España, el hecho que, como hemos visto,

se haya adherido al Convenio de Nueva York en los términos más amplios, al no hacer uso de las reservas que ofrecía el Convenio, hacen que esa zona de coincidencia sea total, ya que se produce una superposición con los tratados bilaterales, puesto que los países signatarios y los supuestos abarcados en los tratados están también dentro del ámbito de la Convención de Nueva York¹.

En estos supuestos, la relación entre ambos instrumentos debe determinarse atendiendo a: (i) Lo previsto al respecto por la Convención de Nueva York, (ii) la regla de conflicto de los tratados y (iii) lo establecido al respecto por el otro tratado coincidente.

En lo que se refiere a lo establecido por la Convención de Nueva York, hay que señalar que la misma adopta una posición muy liberal en lo que se refiere a sus relaciones con otros tratados. En efecto, en el artículo VII.1 encontramos dos previstos.

El primero conocido, como el *more favourable right provision*, reconoce la libertad de una parte para basar su solicitud de ejecución de un laudo arbitral en una ley nacional o en otros tratados en lugar de en la Convención de Nueva York. El otro previsto, llamado de *compatibilidad*, establece una afirmación general de compatibilidad de sus preceptos con cualesquiera otros acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias concertados por los Estados contratantes, al señalar que la Convención no afecta a la validez de otros tratados multilaterales o bilaterales.

En cuanto a la aplicación de la regla de conflicto de los tratados, los dos principios fundamentales tradicionales son los de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*, a los que, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia, han añadido un tercer principio que es la *regle d'efficacité maximale* o regla de **máxima eficacia**. Este principio de máxima eficacia, que sustituiría, en su caso, a los otros dos tradicionales, significa la posibilidad de aplicar las disposiciones convencionales legales más favorables en cada caso concreto de cara al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, o, dicho en otras palabras,

¹ GONZALEZ-SORIA, Julio. "Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 modificada por Ley 11/2011". Madrid: Thompson Reuters. 2011.

significa que si un laudo no es ejecutable bajo un tratado que pudiera serle aplicable, pero sí lo es bajo otro que también pudiera aplicarse, se aplicará este último con independencia de si se trata de un tratado anterior o posterior o de ámbito general o específico.

A este respecto, hay que señalar, con satisfacción que el Tribunal Supremo español ha venido aplicando sistemáticamente el citado principio de máxima eficacia siendo buen ejemplo de ello el auto de 18 de abril 2000 (RJ200, 3239), en el que se reitera en anteriores pronunciamientos, en el mismo sentido, entre otros, AATS de 16 de abril 1966, 17 febrero 1998 (RJ1998, 760) y 7 de Julio 1998 (RJ1998, 6235).

El Convenio de Nueva York enumera taxativamente las causas que pueden dar lugar a la concesión o denegación del reconocimiento y homologación solicitados lo que significa una determinación taxativa de los poderes del juez del *exequátur*.

El artículo V de dicho Convenio excluye la revisión del fondo del laudo, que no procede en ningún caso, y establece las causas de denegación, que se dividen en dos grandes grupos: (i) A instancia de parte, a la que corresponderá la carga de la prueba y (ii) apreciables de oficio por la autoridad competente, que también podrán ser aducidas por la parte, en cuyo caso recaerá sobre ella la carga de la prueba.

Son apreciables a instancia de parte:

- La inexistencia o nulidad del convenio arbitral conforme a la ley que le resulte aplicable.
- Cuando la parte contra la que se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento o no haya podido, por cualquier otra causa, hacer valer sus medios de defensa.
- Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley que resulte aplicable.
- Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (incongruencia).
- Cuando el laudo no es aún obligatorio

o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país conforme a cuya ley ha sido dictado.

Son causas de denegación apreciables de oficio:

- La no arbitrabilidad del objeto de la controversia
- Incompatibilidad del laudo con el orden público

El *exequátur* se sustancia según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para las sentencias judiciales extranjeras. No es propiamente un procedimiento de ejecución, sino de homologación de decisiones extranjeras que, a través del mismo, se convierten en título ejecutivo y quedan equiparadas a las sentencias españolas y pueden, entonces, ser ejecutadas de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 11/2011 que, como veremos más adelante, vino a modificar la Ley 60/2003, establece en su artículo 46.2 que el *exequátur* se regirá por el Convenio de Nueva York, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales; y, que el procedimiento para sustanciarle se determinará de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento procesal civil para las sentencias extranjeras. Y en su artículo 8.6 establece que el órgano jurisdiccional competente para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras será la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma. Y que será competente para la ejecución de los laudos o resoluciones extranjeras el Juzgado de Primera Instancia, con arreglo a los mismos criterios. Estos cambios de competencia han quedado recogidos en el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Disposición Final Primera de la Ley 11/2011.

Por todo lo anterior, puede decirse, en definitiva, que la Ley 2003, desde su promulgación, ha servido a su objetivo de ofrecer un marco adecuado para el desarrollo del Arbitraje en España, tanto interno cuanto internacional.

No obstante, el legislador consideró que había capacidad de mejora y margen para realizar ajustes en algunas cuestiones que estaban planteando problemas interpretativos o que

sencillamente la práctica aconsejaba retocar con el fin último de potenciar la designación de España como sede de arbitrajes internacionales, y que el camino para ello era introducir modificaciones en la Ley vigente 60/2003. Ello se ha materializado en la Ley 11/2011 de 20 de Mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

La Ley 11/2011, como se desprende de su título, a través de su Disposición Adicional Única, ha venido también a regular las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Con ella se busca incorporar a la Administración General del Estado los beneficios de los medios alternativos de resolución de conflictos. La idea básica es reconducir aquellos pleitos entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, ya sean los que la Ley 6/1997 regula como las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público, a una Comisión especial del Gobierno denominada Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, que decidirá sobre el conflicto concreto, evitando su judicialización. Aun cuando es evidente que esta regulación no puede considerarse como arbitraje, al estar incluida en la Ley de Reforma del Arbitraje, parece obligatorio poner de relieve esta circunstancia.

La reforma, finalmente, ha quedado reducida a centrarse en unos cuantos puntos básicos. Sin embargo, hay que señalar que el proyecto de ley fue objeto de numerosas propuestas de enmiendas, y su debate parlamentario fue largo y complicado, lo que, en mi opinión personal, debe interpretarse como algo muy positivo ya que refleja una actitud muy pro arbitraje tanto de la sociedad civil cuanto de los poderes legislativo y ejecutivo.

Por estas razones, he creído interesante referirme en detalle a esos cambios aunque no sean todos ellos, en sí mismos, de una gran trascendencia e importancia.

En primer lugar, se reubican algunas de las funciones asociadas al Arbitraje y los órganos jurisdiccionales. Se intenta elevar el rango de los órganos jurisdiccionales para que exista menos dispersión en las decisiones jurisdiccionales y al tiempo se reconoce más importancia a la

materia arbitral pues son órganos de mayor rango los que tratan estos temas.

Es cierto que, en cuanto al reconocimiento del *exequatur*, es decir, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, podía haberse recuperado, como proponíamos muchos, la opción de atribución al Tribunal Supremo, que durante todo el tiempo que ha tenido asignada esa misión ha realizado una labor de extraordinario valor, produciendo una jurisprudencia acertada y absolutamente en línea con los criterios más avanzados dentro del entorno de los países con mayor desarrollo en el Arbitraje.

Sin embargo, parece ser que, en el momento de la promulgación de la Ley 11/2011, el legislador era más favorable hacia un Tribunal Supremo como verdadero tribunal de casación liberado de cualquier otra función distinta a esa. Por ello, la reforma opta por atribuir la función a la Sala de lo Civil y Penal de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, con el pretexto de conseguir un doble objetivo: Mantener al Tribunal Supremo como una verdadera Corte de Casación y elevar a los Tribunales de mayor rango en cada Comunidad Autónoma una cuestión tan transcendental como es la del reconocimiento de laudos extranjeros. Quedaría, pues, en cualquier caso, pendiente algún ajuste futuro en la legislación procesal que permita que el Tribunal Supremo revise algunos asuntos en esta materia, permitiéndole fijar doctrina.

Otra de las cuestiones que más debate ha suscitado en la tramitación del proyecto fue la supresión del Arbitraje de equidad en el Arbitraje interno. La cuestión fue muy discutida en la fase de anteproyecto y ya en fase parlamentaria se constituyó como una de las cuestiones que centraron el debate. La idea inicial del legislador era derivar el Arbitraje de equidad hacia la institución de la mediación con el razonamiento que tienen características similares que las acercan. Afortunadamente, una serie de circunstancias y dificultades imposibilitaron que la opción pre-legislativa tuviera, finalmente, reflejo legislativo.

Un cambio que parecía menor, pero que tiene enorme trascendencia desde la perspectiva de la adecuación a las reglas uniformes y a nuestro sistema monista, es la supresión

de la regla de pertenencia a la profesión de abogado para poder ser designado árbitro en los arbitrajes internos.

La redacción final emanada de las cortes mantiene la restricción a un determinado tipo de profesión o, al menos, a la de unos conocimientos. Las cortes entendieron que resultaba necesario tener conocimientos jurídicos para el ejercicio de la función de árbitro. Sin entrar en si dicha restricción pueda o no alejarnos de las reglas internacionales, y quizás de las legislaciones más modernas en el ámbito del Arbitraje, la introducción del término “jurista” supone un avance pues permite la designación como árbitros de profesionales no necesariamente abogados colegiados, dando entrada a otros profesionales con conocimientos en Derecho. Lo que queda claro, pues no ha podido ser alterado salvo que así se hubiera dicho expresamente, es la imposibilidad que se mantiene para aquellas personas que, por su normativa especial, son incompatibles y de cuyo cumplimiento las instituciones arbitrales deberán velar al designar. Por el hecho de haber pasado al término “jurista” sólo se elimina el requisito de la colegiación y, por tanto, de la profesión de abogado *strictu sensu*, no el resto de incompatibilidades que puedan afectar a los distintos profesionales o funcionarios sujetos a su propia legislación especial.

Tema relevante en la negociación parlamentaria fue la cuestión de los votos particulares. El proyecto, intentando una vez más otorgar mayor seguridad jurídica al Arbitraje e incentivar su uso, suprimía, o al menos no recogía expresamente, la posibilidad de que los árbitros emitiesen votos particulares. La justificación que se daba era que si el laudo es una decisión colegiada que requiere al menos adopción por la mayoría de miembros del órganos arbitral o, en su defecto, por el Presidente, no parece que el voto particular aporte mucho a ese laudo, cuyo contenido es el que aprueba, generalmente, la mayoría, salvo el de aportar fundamentos para una posterior acción de anulación.

Este fue uno de los temas más debatidos en la fase pre-legislativa y parlamentaria, lo que, en principio, demuestra la importancia para el mundo arbitral de la cuestión de los

votos particulares. Ciertamente, el debate fue muy interesante, pues la cuestión de la admisión de los votos particulares y su participación en la conformación de la decisión colegiada admite diversas posiciones. Finalmente la redacción del proyecto se modificó y se incluyó un inciso en el que expresamente se permite, no el voto particular en cuanto decisión particular motivada y desarrollada que forma parte del laudo, sino la constancia de su voto en contra del laudo adoptado por la mayoría.

Otro de los asuntos novedosos, y que desde la configuración del proyecto se entendió como esencial para potenciar el Arbitraje, fue lo que bajo la rúbrica “Arbitraje Estatutario” regulan los nuevos artículos 11 bis y ter.

Es de señalar, en primer lugar, que esta reforma de 2011 ha venido a confirmar definitivamente la arbitrabilidad de las disputas societarias y engarza así con una tradición iniciada por el Cogido de Comercio de 1829 pero que se vio interrumpida y cuestionada, durante largos periodos, por lo que nos parece interesante referirnos, aunque sea brevemente, a esa evolución y comentar los puntos más sobresalientes de la nueva regulación. En efecto, el artículo 323 del Código de Comercio de 1829 imponía que todas las disputas entre los socios y las sociedades mercantiles debían obligatoriamente resolverse a través del arbitraje, incluso si los estatutos no lo preveían, y esa fue la formula obligatoria para dirimir disputas societarias en España durante la mayor parte del siglo XIX.

Sin embargo, la situación cambió con el Código de Comercio de 1885, que abandonó la imposición de un arbitraje societario, si bien, como no contenía ninguna previsión sobre la materia, en la práctica los estatutos de las compañías continuaron incorporando convenios arbitrales, con lo que hasta la promulgación de la primera Ley de Sociedades Anónimas en 1951, nunca se puso en duda la validez del Arbitraje Estatutario.

La nueva Ley de 1951 creó un procedimiento judicial especial para la impugnación de acuerdos sociales y a partir de 1956 el Tribunal Supremo entendió que, creado el procedimiento especial de impugnación, el

Arbitraje quedaba totalmente excluido². Sólo en 1998, la jurisprudencia por fin cambió y pasó a apoyar el Arbitraje aunque fuera tímidamente. El cambio se materializó en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en una Sentencia de 18 de abril de 1998 del Tribunal Supremo.

Sin embargo, tanto la resolución cuanto la sentencia del Tribunal Supremo dejaban un margen de duda respecto a la arbitrabilidad societaria, ya que si bien se consideraba posible el arbitraje en relación a las cuestiones relativas a la nulidad de la junta de accionistas y a la impugnación de acuerdos sociales, se establecía una excepción, como señalaba la propia sentencia citada al decir **sin perjuicio, que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo.**

Así las cosas, en 2003, el legislador promulgó la actual Ley de Arbitraje, la primera marcadamente pro-arbitraje y con una clara perspectiva internacional, que tampoco contiene referencia alguna al Arbitraje Societario, quizás por dos razones:

- Por un lado, porque adoptó el esquema de redacción de la Ley Modelo de UNCITRAL que tampoco menciona el Arbitraje Societario; y
- Por otro, porque el legislador quizá pensaba que con la jurisprudencia favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, el Arbitraje Societario ya estaba consolidado.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje no logró disipar todas las dudas y oscuridades que rodeaban al Arbitraje Societario ya que:

- Una parte importante de la doctrina siguió poniendo en duda que ciertos tipos de sociedades (cerradas/abiertas), cierto tipo de disputas (aprobación de cuentas, convocatoria forzosa de la junta) o ciertas causas de impugnación (acuerdos nulos/anulables/contrarios al orden público) pudieran ser arbitradas, o que

- ciertas personas (socios disidentes, administradores) quedaran vinculados; Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 estableció (aplicando aún la Ley de Arbitraje de 1988) que una cláusula de arbitraje introducida o ampliada por acuerdo de la mayoría de socios, no vinculaba a los disidentes.

De esta forma se llega a mayo de 2011, cuando se decidió novar la Ley de Arbitraje de 2003, y entre las materias reformadas se incluyó, como hemos dicho, el Arbitraje Estatutario en las sociedades de capital, porque –como explica la propia Exposición de Motivos– el legislador era consciente de que en esta materia permanecían dudas y así pretendía aclararlas.

Como hemos señalado, la reforma se plasma en dos nuevos artículos, que se adicionan a la Ley de Arbitraje, con los numerales 11 bis y 11 ter. Y estos dos nuevos preceptos enuncian un principio general y tres reglas especiales.

El principio general es breve y enormemente claro: Las sociedades de capital pueden someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. La voluntad del legislador no ofrece duda: Establece por fin, y de forma clara e indubitada, la arbitrabilidad de todos los conflictos que surjan en el seno de una sociedad de capital, mencionando expresamente la impugnación de acuerdos sociales.

La primera regla especial viene a establecer el régimen de mayorías necesarias para la introducción de un convenio arbitral en los estatutos de una sociedad ya existente, exigiendo que la introducción del convenio arbitral se adopte por dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divide el capital social. En consecuencia, y por aplicación del régimen de adopción de acuerdos en las sociedades de capital, los socios disidentes, los ausentes, así como los que votaron en blanco o nulo, también quedarán vinculados por el acuerdo adoptado.

La segunda regla especial se refiere a las impugnaciones de acuerdos sociales y en estos casos la ley: (i) Impone que el

² Sentencia del Tribunal Supremo de España de 15 de Octubre de 1956.

procedimiento esté administrado por una institución arbitral; y además (ii) impone que la designación de los árbitros se encomiende a dicha institución.

Existe, finalmente, una tercera regla especial que va dirigida a los Registradores Mercantiles. Recaído un laudo que anula un acuerdo social inscrito, debe cancelarse la inscripción registral –posibilidad regulada en relación con las sentencias judiciales firmes– y que el legislador ha extendido con buen criterio a los laudos arbitrales. La reforma de la Ley de Arbitraje ha venido a solventar esta dificultad, y ahora proclama que los laudos deben gozar del mismo tratamiento.

En cuanto al ámbito subjetivo del Arbitraje Estatutario, la Ley de Arbitraje se refiere en el primer párrafo del artículo 11 bis, a “sociedades de capital”. Aunque los siguientes párrafos no vuelven a repetir el concepto, del contexto se deduce que todo el artículo está pensado para ser aplicado a dicho tipo social. El ámbito subjetivo que el legislador ha querido otorgar al Arbitraje Estatutario definido en el artículo 11 bis queda, pues, circunscrito a las sociedades de capital, es decir, a las anónimas, limitadas y comanditarias por acciones reguladas por la Ley de Sociedades de Capital y que tengan nacionalidad española.

La Ley de Arbitraje añade un requisito de carácter formal: La cláusula de sumisión a arbitraje debe estar incluida en los estatutos sociales de la sociedad de capital. Así, se garantiza que adquiera publicidad registral, que se presuma conocida por socios y administradores, y que su efecto se pueda extender no solo a los existentes en el momento de su adopción, sino también a los que les sucedan en el futuro.

La anterior conclusión no implica que un convenio arbitral pactado fuera de los estatutos –por ejemplo en un acuerdo parasocial– carezca de validez. La tendrá siempre que la materia sobre la que verse la controversia sea de libre disposición conforme a Derecho. Pero ese convenio arbitral no quedará sujeto al artículo 11 bis y circunscribirá sus efectos a las partes que lo hayan consentido.

En cuanto a las sociedades cotizadas, nada impide la aplicación del sistema arbitral

previsto en el artículo 11 bis a estas sociedades anónimas. En este punto, el legislador español ha seguido una vía distinta que el italiano: La reforma italiana del Arbitraje Societario excluye expresamente a las sociedades cotizadas. La reforma española, por el contrario, no acoge esta limitación y extiende la posibilidad del Arbitraje Estatutario a todas las sociedades de capital.

Hay que señalar que existen otras leyes estatales y autonómicas que también permiten expresamente a ciertas sociedades dirimir sus conflictos societarios a través del Arbitraje (por ejemplo, la Ley de Sociedades Profesionales y la de Cooperativas). Y aún fuera de estos casos tipificados, no existe inconveniente en que todas las sociedades, civiles o mercantiles, de nacionalidad española, y todas las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, sometan los conflictos que surjan en su seno a la Ley de Arbitraje ya que todas estas controversias versarán **sobre materias de libre disposición conforme a Derecho** y por lo tanto son arbitrables.

Cuestión diferente es preguntarse si, en estos casos, se aplicará el artículo 11 bis. A nuestro juicio la contestación debe ser en sentido negativo. El precepto está reservado para las sociedades de capital, y sus especialidades están pensadas específicamente para este tipo de sociedades. Las sociedades que no sean de capital (y las restantes personas jurídicas) ni se benefician ni se perjudican como consecuencia del artículo 11 bis: La aprobación de la cláusula de sumisión a arbitraje no se registrará por la mayoría de dos tercios del capital (sino por el régimen que le sea propio), y no se obligará a que el arbitraje sea institucional y con designación de los árbitros por la institución. Los conflictos que surjan en el seno de estas sociedades y personas jurídicas se resolverán, por tanto, mediante un procedimiento ordinario, sujeto a la regulación general de la Ley de Arbitraje.

Resulta igualmente de interés la reforma que supone la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre. Esta regla es imperativa de la Directiva Europea de Servicios y supone un cambio general en la regulación de prestación de servicios. La idea es que el usuario esté cubierto ante

las posibles negligencias de aquellos que los prestan como fórmula que garantice la indemnidad frente a los daños causados. No obstante, esta obligación no puede suponer una desventaja competitiva frente a otros ordenamientos aumentando los costes o planteando trabas al ejercicio del arbitraje.

De nuevo, se observa la introducción de una reforma con vistas al Arbitraje interno que se expande hacia el Arbitraje Internacional y que no era necesaria ya que, como es lógico, la generalidad de las Cortes de Arbitraje y los árbitros ejercientes como tal tienen ya su seguro suscrito.

En cualquier caso, la concreción de esta medida exige una norma reglamentaria en la que se fijarán las cuantías y alternativas al seguro, norma que no se ha producido hasta la fecha. Por otra parte, la propia reforma exime de ese seguro a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas. La norma reglamentaria fijará los entes concretos que quedan excluidos teniendo en cuenta la finalidad de la norma, que no es sino proteger frente a instituciones puramente privadas que no gozan del prestigio y control derivado de su naturaleza de base pública o relaciones con ésta.

Por último, citar la Disposición adicional única que regula las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Esta Disposición incorpora a la Administración General del Estado, los beneficios de los medios alternativos de resolución de conflictos. La idea básica es reconducir aquellos pleitos entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, ya sean los que la Ley 6/1997 regula como las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público, a una Comisión especial del Gobierno denominada Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, que decidirá sobre el conflicto concreto evitando su judicialización. No parece tener mucho sentido que distintos entes públicos de la Administración General del Estado judicialicen sus conflictos, incurran en costes innecesarios y demoren la solución si el gobierno del que dependen pueden solucionar la controversia. En este punto, no resulta tan importante la categorización de la institución sino la relevancia práctica

de la misma. No es un arbitraje en sentido estricto pero no cabe duda de que es el medio alternativo para solucionar la controversia. La puesta en práctica del sistema y entrada en vigor requiere de un Reglamento que al menos establezca la estructura organizativa de la institución. Las reglas básicas y los elementos subjetivos y objetivos quedan suficientemente fijados por la norma que suponen un avance definitivo en la apuesta del Gobierno a favor de la incorporación de medios alternativos en todos los ámbitos en que sea posible.

Después de esta rápida revista de la situación en Iberoamérica y de la legislación positiva española, me gustaría referirme a una de las cuestiones básicas a las que las partes se enfrentan en el momento de la decisión de someter a arbitraje la solución de sus diferencias: El lugar que deben elegir como sede del arbitraje, ya que es un elemento fundamental para el objetivo que se persigue, que no es otro que la ejecución del laudo que se dicte.

Categorícamente, puede decirse que España cumple de manera sobresaliente todos los requisitos para ser elegida como sede de los arbitrajes internacionales.

En efecto, UNICITRAL, en sus Notas para la Organización de Procedimientos Arbitrales, señala que son cinco los factores claves que deben tenerse en cuenta para la elección de una sede idónea de un procedimiento arbitral: (i) El desarrollo de la legislación de Arbitraje Comercial del lugar del arbitraje; (ii) la existencia de un tratado bilateral o multilateral para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales; (iii) la conveniencia logística para las partes y los árbitros; (iv) la disponibilidad y el coste de los servicios de soporte; y (v) la ubicación de la materia objeto del arbitraje y la proximidad de los medios de prueba al lugar de arbitraje de prueba.

Es evidente que el más importante de estos cinco factores es el segundo, ya que afecta directamente a la ejecución de los laudos. Sin embargo, el rotundo éxito de la Convención de Nueva York, que ha sido ratificada por más de ciento cincuenta países, ha limitado la relevancia de ese factor como elemento diferenciador al haber sido adoptada la Convención por la inmensa mayoría de las naciones envueltas en el tráfico internacional.

En consecuencia, el factor que cobra mayor relevancia es el desarrollo de la legislación interna sobre Arbitraje Comercial del país en donde se plantea celebrar el arbitraje sin que ello signifique que deban olvidarse los otros tres factores que, aunque puedan calificarse de carácter práctico, también tienen su importancia y deben ser considerados.

Pues bien, como adelantaba, Madrid y España obtienen una nota muy alta del examen de los citados factores, como veremos a continuación.

España es parte no solamente del Convenio de Nueva York, sino también del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra y tiene suscritos numerosos Convenios bilaterales sobre la materia y, además, como hemos visto más arriba en detalle, en su adhesión no ha hecho uso de ninguna de las reservas del Convenio de Nueva York y su aplicación por los tribunales ha sido siempre extremadamente favorable y homologable a la de los países más avanzados en el Arbitraje.

En cuanto a la siguiente cuestión, el desarrollo de la legislación arbitral de España, que debe analizarse bajo la doble perspectiva de la legislación actual y de la actitud de sus tribunales hacia el Arbitraje Comercial, también el resultado es altamente positivo.

En relación al primer aspecto, como hemos visto, España cuenta con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada recientemente por la Ley 11/2011 de 20 de Mayo, que vino a sustituir a la Ley 36/1988, que ya permitió un importante desarrollo del Arbitraje en España.

Esta Ley, basada en la Ley Modelo UNCITRAL, hace que España tenga una legislación

uniforme con aquellas naciones que también han adoptado legislación basada en la citada Ley modelo y ofrezca un marco legal favorable para el desarrollo del Arbitraje.

En cuanto a la actitud de los tribunales españoles hacia el Arbitraje, puede afirmarse que es muy positiva como trasciende de la jurisprudencia, incluso desde la Ley de 1988, que ha sido siempre protectora del Arbitraje Comercial como instrumento para fomentar el Comercio Internacional. A este respecto, es también importante señalar que el acceso a dicha jurisprudencia es muy sencillo para árbitros y abogados, lo que no ocurre en muchos países.

Finalmente, en cuanto a los otros factores prácticos, hay que señalar que Madrid, por ejemplo, es la capital con mayor número de vuelos con los países de Iberoamérica y una amplísima red de vuelos a todas las grandes ciudades europeas; tiene una gran oferta hotelera, de restauración y de servicios de todo tipo con una relación precio/calidad muy favorable. Y, por último, dispone de instituciones arbitrales consolidadas y de gran prestigio que ofrecen instalaciones y servicios de primer nivel a los usuarios del Arbitraje, y abogados con una altísima reputación profesional.

Si a todo ello unimos el hecho de que España es el principal inversor en Iberoamérica, comparte su idioma y su cultura, y es, además, puente geográfico entre Europa e Iberoamérica, la conclusión clara es que España tiene a su favor todos los factores para convertirse en un centro arbitral idóneo para resolver las divergencias entre empresas multinacionales europeas y empresas iberoamericanas, y de estas últimas entre ellas, como de hecho ya está sucediendo.



Cuando la experiencia es creativa, no tiene fronteras

El Estudio EcheCopar está asociado a Baker & McKenzie, la primera firma global de servicios legales y la mejor posicionada en los rankings internacionales más destacados.

Con esta asociación, brindamos una plataforma única para acompañar a nuestros clientes en sus proyectos internacionales y continuar siendo la opción elegida por los nuevos inversionistas en nuestro país.

Asimismo, ofrecemos una excelente oportunidad para el desarrollo profesional de nuestros abogados, quienes con su experiencia han hecho posible que seamos la primera firma global del Perú.

ESTUDIO ECHECOPAR

ASOCIADO A BAKER & MCKENZIE INTERNATIONAL

LOS RETOS ACTUALES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: VISIÓN LATINOAMERICANA

AUTORES

NACIONALES

- Guillermo Bracamonte
- Enrique Cavero
- Claudia Fernandini
- Gonzalo Ferrero
- Gustavo M. Rodríguez
- Alex Sosa Jorge Córdova
- Augusto José Villarón

INTERNACIONALES

- Ricardo Antequera VENEZUELA
- Juan Berton Moreno ARGENTINA
- Marissa Lasso de la Vega PANAMÁ
- Gabriel F. Leonardos Aline Ferreira BRASIL
- Andrés Melossi CHILE
- Ricardo Metke COLOMBIA
- Jorge Molet Liliana Arellano MÉXICO
- Horacio Rangel MÉXICO
- Elizabeth Siemsen Rafael Atab BRASIL
- Juan E. Vanrell URUGUAY



THEMIS

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Precio de Introducción: S/ 40.00

publicaciones@themis.pe

Teléfonos: 626-2000 | Anexo: 5391

TEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

UNA AGENDA NACIONAL RENOVADA: LOS DESAFÍOS DESDE EL EXTERIOR PARA UN PAÍS DE RENTA MEDIA

Jorge Valdez Carrillo*

¿Cuáles son los retos que enfrenta la política exterior peruana en la actualidad? ¿En qué medida el progreso obtenido por el país en estos últimos años tiene incidencia en el plano internacional? ¿La bonanza económica significará también el progreso paralelo de nuestra diplomacia? En otras palabras, ¿Cuánto ha cambiado el paradigma de la política internacional en el Perú?

En el presente artículo, el autor hace un análisis—desde la posición del país—acerca de temas específicos y de coyuntura, como la expectativa en torno al fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el litigio que mantenemos con la República de Chile, así como las nuevas perspectivas de integración y cooperación regional.

* Diplomático de carrera con la categoría de Embajador en el Servicio Diplomático del Perú. Director Ejecutivo de la Fundación Unión Europea, América Latina y el Caribe (Fundación EU-LAC). Ha sido viceministro de Relaciones Exteriores, representante ante las Naciones Unidas, Embajador ante el Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, y Jefe de la Misión del Perú ante la Unión Europea, entre otros cargos de su carrera profesional. Miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

I. EL FIN DE UN CICLO DE MÚLTIPLES VARIABLES

Esperamos el próximo fallo de la Corte Internacional de Justicia en el proceso iniciado por petición del Perú para una real delimitación marítima con Chile y su consiguiente implementación. La expectativa suscita la esperanza de obtener con ello, además de un resultado justo, un salto importante a una nueva agenda bilateral fundada en la cooperación y el beneficio para la población de ambos países y de la región en su conjunto, lo que se sumaría a un conjunto de cambios de los que no escapa la gestión externa del país.

Más, en todo caso, esta circunstancia contribuye a reforzar la importancia de la reflexión en torno al significado y potencialidad del momento que atravesamos, en el que se inscribe este acontecimiento, junto con otros de la vida nacional, para configurar uno de esos momentos en la historia en los que parece abrirse una nueva etapa en la vida de los pueblos. Como suele suceder, el cierre de capítulos importantes supone también el inicio de otros, con nuevas agendas que respondan a nuevos –y también antiguos– desafíos.

El cierre actual de una etapa en el ámbito externo se desprende de la convicción con que el Perú se empeñó desde finales de la traumática Guerra del Pacífico en la consolidación de lo que debiera ser su perfil territorial. Esa fue la lógica que impulsó a que el país se enfrascara en definir su espacio territorial mediante la aceptación del mismo por sus vecinos. Ello dio lugar a múltiples misiones que buscaron en archivos eclesiásticos, en los Archivos de Indias en Sevilla y en otros repositorios los elementos documentales que sustentaran los derechos de un país que, hasta poco antes de la guerra, estaba principal y fundamentalmente dedicado a resolver pugnas internas y establecer su propio Estado. Ese proceso de búsqueda y acumulación documental, que hoy se conserva en el Archivo de Límites, fue acompañado por acciones específicas que progresivamente

permitieron entendimientos limítrofes con nuestros vecinos y que alcanzaron su etapa culminante en los Acuerdos de Paz suscritos con el Ecuador en octubre de 1998.

Por tanto, y como resulta obvio, el asunto ante la Corte Internacional no es derivación de ese desmembramiento de las unidades político-administrativas del período virreinal. Es, más bien, resultado de factores relativamente contemporáneos, como son la evolución tecnológica –que permite valorizar económicamente espacios que antiguamente carecían de ese significado–, o la evolución del Derecho Internacional, en especial a partir del nuevo Derecho del Mar expresado en la Convención del Mar de las Naciones Unidas.

Pero en el caso particular de Chile, resulta imposible no reconocer que el doloroso episodio de la Guerra del Pacífico ha sido para las relaciones entre ambos países un **“condicionante de la conducta humana”**¹, limitando el importante potencial de la cooperación entendida en el sentido más amplio y constriñendo comportamientos mutuos en otros ámbitos, lo que se espera que el fallo que ambos países aguardan contribuya a superar. Por esta razón, y no obstante la naturaleza diferencial en su origen y naturaleza, el próximo fallo y su implementación debiera ser vista como parte, a la vez que consolidación del final, de ese prolongado ciclo que inició el Perú entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Pero ese no es el único proceso que cierra el Perú en estos tiempos. Junto con el resto de América Latina, el país vivió la crisis económica de la década de los años 80, también conocida como la **década perdida de América Latina**. La combinación de hiperinflación, desequilibrios fiscales, deuda externa y estancamiento económico que vivió América Latina en su conjunto –y el Perú con peculiar intensidad– fue en gran medida producto de la coincidencia del final de un ciclo de desarrollo, cuando no se habían establecido los fundamentos para el inicio de un nuevo ciclo². De esta manera, si juzgamos

¹ BÁKULA, Juan Miguel. “Perú: Entre la Realidad y la Utopía. 180 años de Política Exterior”. Lima: Fondo de Cultura Económica y Fundación Academia Diplomática del Perú. 2002. p. 267.

² CARDOSO, Fernando Henrique y Eduardo GRAEFF. “Political Leadership and Economic Reform: The Brazilian Experience in the context of Latin America”. En: SANTISO, Javier y Jeff DAYTON-JOHNSON. “The Oxford Handbook of Latin America Political Economy”. Nueva York: Oxford University Press. 2012. p. 19.

por las evidentes incertidumbres que ofrece el contexto internacional en la actualidad, pareciera no existir claridad en torno al diseño del próximo ciclo o, más propiamente, del que pareciera haberse iniciado, que no es por cierto el período expansivo que hemos vivido en los últimos años, predominantemente caracterizado por los altos precios de materias primas como resultado de la demanda asiática, aunque no pueda dejar de destacarse la importante recuperación que ha tenido en el Perú la demanda interna. De esa manera, la definición de la dirección o alcances de ese nuevo ciclo de desarrollo sería un proceso en marcha, aunque algunos de sus elementos básicos saltan a la vista en el marco de las cambiantes incertidumbres del contexto.

En ese marco, no es menor el progreso logrado por el Perú desde el final de la década perdida. Ello lo evidencia el haber pasado de una virtual quiebra a inicios de los años noventa a lograr el llamado grado de inversión dos décadas más tarde, como resultado de un conjunto de medidas y reformas de lo que se podría llamar un modelo en construcción. Parte de ese modelo se ha sentado en pilares importantes, como son la aplicación de políticas que preserven equilibrios fiscales, estabilidad macroeconómica y promuevan el desarrollo institucional, dando paso a la búsqueda de eficiencia en la economía como necesidad para alcanzar la competitividad productiva; todo ello dentro de una economía que ha optado por abrirse al mundo como opción distinta a un modelo esencialmente endógeno –y por períodos hasta autárquicos– de crecimiento. El avance, sin embargo, está lejos de ser el necesario para sostenerse a sí mismo, como veremos más adelante.

Parte importante de ese proceso ha sido también una apertura comercial hoy asimilada por una opinión pública que en importantes sectores no tuvo reparos para movilizarse contrariamente cuando el Perú emprendía ese camino, aspecto que pareciera finalmente superado. Ese cambio en la percepción de la sociedad es demostrativo de los beneficios de la expansión económica vivida en estos años. Pero es también el reconocimiento que para una economía relativamente pequeña, como lo es la del Perú, la apertura comercial

y financiera resulta decisiva para asegurar el crecimiento.

Por su tamaño, el país carece de la capacidad para impactar niveles de precios de bienes y servicios a nivel internacional. Por lo tanto, la posibilidad de importarlos a precios más bajos conduce a beneficios para productores y consumidores que los emplean como bienes de capital, intermedios o insumos, ganando eficiencia productiva que puede, debidamente aprovechada, encausarse hacia crecimiento de largo plazo³. Pero se incurriría en error si se asumiera que un modelo productivo basado únicamente en la eficiencia puede, por sí solo, conducir a la sostenibilidad del crecimiento. La eficiencia, como motor de la producción, está destinada al agotamiento si no incorpora a la innovación como elemento central que impulse el proceso productivo; y ello llama a una serie de factores que, aunque trascienden el alcance que pretende este artículo, intentaré esbozar más adelante.

La apertura comercial, por otra parte y como he señalado, no es el único componente que ha incidido en el avance y cambio nacional. Se ha registrado un relativo aunque importante salto en desarrollo institucional, que hace posible una economía política nacional que quiere dejar de lado la deformación producida por prismas ideológicos o modelos maximalistas que tantas turbulencias produjeron en el pasado al oscilar, según el momento, entre buenos revolucionarios o apóstoles del liberalismo extremo. Ello sacudió al país y sus ciudadanos entre paradigmas económicos estructuralistas, marxistas, o neoliberales, que muchas veces chocaban con nuestra propia realidad, para ir progresivamente dando paso a una fórmula que hoy parece querer apuntar a aproximaciones pragmáticas que buscan responder ante todo a la propia realidad a partir de estabilidad macroeconómica y –aunque todavía tibiamente– a la inclusión social y al desarrollo industrial. Sin embargo, el estado de avance hacia ese escenario general es aun débil, dando lugar a que subsista espacio para sobresaltos, como se pudo apreciar muy recientemente en torno al debate sobre la gestión empresarial del Estado.

Estos temores no dejan de encontrar también asidero en el marco de la creciente

³ KRUGMAN, Paul. "Strategic Trade Policy and the New International Economics". Cambridge: MIT Press. 1986.

diferenciación en América Latina, cuyo ascenso como región en los últimos años es por todos reconocido, aunque viene acompañado de una mayor heterogeneidad y diferenciación entre los países de la región. Esa diferenciación se ha dado en el desempeño económico entre países, pero también acentuando diferencias en aspectos esenciales como son la gobernanza democrática, el ejercicio de los derechos de ciudadanía, e indicadores de pobreza y de desigualdad.

Más allá de esta heterogeneidad regional, que no deja de ser un factor de incidencia menor, un riesgo que el Perú vive es el de quedar atrapado en la llamada **trampa de renta media**. El crecimiento registrado determina que hoy el Perú alcance niveles de ingreso *per capita* que nos sitúan en un grupo de países que viven el riesgo que representa, de una parte, no estar en condiciones de competir en productos que respondan a determinados estándares con otras economías de bajos ingresos, como sucedería por ejemplo con el caso de Bangladesh, de reciente trágica notoriedad. Por otra parte, tampoco puede el país competir con economías intensivas en bienes y servicios tecnológicos, pues nos falta el desarrollo institucional nacional que haga posible dar el salto a un desarrollo económico industrial de alta tecnología mediante políticas industriales orientadas a ese propósito.

De esta manera, corremos el riesgo de una precariedad productiva que se ve, además, agravada por una natural tendencia a la re-primarización de la producción, como lo expresa la decreciente participación de manufacturas en el Producto Bruto Interno.

Para un país que no tiene un mercado interno de envergadura suficiente para solventar su propio crecimiento de manera sostenible y

en el largo plazo, evitar quedar atrapado en esa trampa de ingreso medio constituye tal vez el mayor desafío que pueda confrontar. Ello llama, entre otros aspectos, a políticas públicas nacionales que incidan en el fomento de una mayor cohesión de la sociedad, a una revaloración del territorio y del desarrollo local⁴, a procesos de mejora en la calidad y cobertura de la enseñanza primaria, media y superior y a una inversión significativa, pública y privada, en investigación, desarrollo e innovación⁵, todos estos factores indispensables para una mejora de la productividad, un indicador que muestra la mayor resistencia al cambio pues no se mueve con el ciclo de la economía sino más bien con los cambios en la estructura de la sociedad.

Todo ello resulta así indispensable para un posicionamiento del país respecto de las corrientes globales de inversión comercio y conocimiento, a la vez que es también tributario y requisito para el logro de una sociedad más cohesionada y equilibrada.

Por otra parte, sin una diversificación y actualización de la estructura productiva, la apertura de la economía se verá constantemente amenazada por la precariedad que supone una pérdida de competitividad, en especial en sectores no tradicionales de la economía que son, en última instancia, los llamados a beneficiarse de la apertura. En otras palabras, poca será la utilidad en el tiempo de la densa trama de accesos comerciales negociados en decenas de acuerdos de libre comercio, si ello derivará finalmente en una estructura productiva que solamente ofrezca productos mineros y de la pesca pues son esos sectores los que no confrontan barreras ni restricciones.

Éste es el marco dentro del que tendría que situarse la reflexión acerca de los desafíos externos que deberá confrontar la política exterior del Perú en los próximos años. Ésta,

⁴ La concepción y la práctica del desarrollo local a la que se alude no guarda relación con las nociones predominantes durante mucho tiempo en las ciencias sociales, cuando se le identificaba como objeto de protección pública para salvaguardar comunidades tradicionales que se veían amenazadas y/o avasalladas por el avance destructor de los procesos de modernización. La noción de desarrollo local que se emplea no comporta apreciación del localismo y de la comunidad autárquica. Muy por el contrario, se conceptualiza y promueve en el ámbito de los actuales procesos de globalización, es decir como proceso abierto que a partir de lo local se proyecta hacia lo global.

⁵ Según el Banco Mundial el Perú destina a gasto en investigación y desarrollo apenas el 0.109% del PBI (2000) mientras que en América Latina el promedio, según CEPAL, es de 0.6% del PBI regional. Brasil, el país de América Latina que más invertiría llega a poco más del 1% de su producto. Sin embargo, este porcentaje es superior al 2% en la Unión Europea, cuya meta es llegar al 3% para el 2020, así como en los Estados Unidos, que invierte casi el 3% de su PBI.

después de todo, debe reflejar las auténticas prioridades que surjan de las necesidades nacionales y situarse en el contexto internacional en el que se desenvuelve.

Pero no es solamente la política exterior la que tendrá que ajustarse a esos parámetros. Nuestra apertura comercial, por ejemplo, exige de mayor número de profesionales del Derecho conocedores de las particularidades del Comercio Internacional, capaces de interpretar y aconsejar a agentes económicos que estarán cada vez más expuestos a la aplicación de normas y reglamentos que en no pocas ocasiones se querrán emplear como barreras de protección distorsionando así principios de competencia inherentes al Comercio Internacional. Lo mismo sucede en otros campos en los que ya hoy es perceptible el déficit de profesionales que existe en el país, como es el caso de ingeniería y otras carreras de aplicación productiva.

De esta manera, nuestra diversificación requerirá de una mejor dotación en el recurso humano, con escuelas y universidades, que vinculen la formación académica con la formación profesional y aseguren la calidad del egresado. Pero requerirá también de una mayor coordinación y alineamiento entre Estado, Empresa y Universidad, en una suerte de triángulo virtuoso que deje atrás percepciones unívocas del poder, visiones rentistas de corto plazo y efímeras torres de marfil, para dar paso a visiones realistas que reflejen una apuesta por un futuro seguro de relativo bienestar y busquen una prosperidad de largo plazo.

II. EL CONTEXTO INTERNACIONAL: OTRO CICLO EN DEFINICIÓN

George Kennan, arquitecto de la llamada **Política de Contención** practicada por los Estados Unidos respecto de la Unión Soviética durante los inicios de la Guerra Fría, uno de los autores del Plan Marshall y en general una sombra que se ha proyectado sobre la política exterior de los Estados Unidos en la mayor parte del siglo XX, afirma al inicio de sus memorias que la política exterior es como la jardinería, por cuanto requiere de paciencia y cuidado al detalle si es que se quiere lograr resultados esperados.

La analogía que traza Kennan, sin embargo, debe también extenderse al hecho que en la jardinería, a diferencia de otras actividades, no se tiene ni se pretende tener un control absoluto de factores, al igual que como sucede en la cabal ejecución de una política exterior. La tarea o cometido que se emprenda en ambos casos se ve afectada por una multiplicidad de aspectos que van más allá del control de quien practica esta política exterior. El producto del esfuerzo, en uno u otro, no se anticipa con exactitud matemática, sino más bien debe ser medido en la habilidad para adaptarse, de pensar creativamente y de asumir, cuando corresponde y con la humildad requerida, la necesidad de intentar nuevos métodos o aproximaciones.

Esta reflexión no busca otra cosa que introducir en estas líneas una referencia a la multiplicidad de variables que confronta cualquier política exterior para lograr sus propósitos y, ciertamente, el contexto dentro del que ésta se desenvuelve resulta de importancia capital, en tanto pueda ofrecer márgenes de seguridad relativa. Por ello, poco o ningún sentido tendría pretender anticipar nuevos contenidos de una política exterior, de su agenda y desafíos, si no se tiene en cuenta el contexto internacional en el que ésta habrá de desenvolverse. Se trata, después de todo, de los factores que, más allá de las propias capacidades, imprimen los principales con-dicionantes y oportunidades para alcanzar objetivos pre-establecidos.

En lo que concierne al contexto que atravesamos, es evidente que estamos también ante el fin de otro ciclo que empezó a cerrarse hace casi un cuarto de siglo sin que aún pueda anticiparse dónde habrá en definitiva de derivar o, inclusive, si es que en algún momento llegará a hacerlo para cumplir así con esa suerte de consigna de la Historia Universal por la que el fin e inicio de cada uno de sus ciclos ha estado marcado por un hecho que simboliza esa etapa. En este caso, podemos coincidir en cuándo concluyó, pero no en el momento que empezó el siguiente.

La caída del Muro de Berlín significó el término de lo que el gran historiador Eric Hobsbawm llamó el "corto siglo XX"⁶. Con el

⁶ HOBSBAM, Eric. "The Age of Extremes. A History of the World, 1914-1991". Londres: Pantheon Books. 1994.

siglo, desapareció uno de los factores que alimentó y cobijó todo el entorno dentro del que se desarrolló nuestro país desde finales de la II Guerra Mundial. Se trató de un período en el que transitamos desde los espacios que se nos abrían —o se nos cerraban— en la polarización de la Guerra Fría, a los de relativa independencia —o búsqueda de mayor autonomía— que pretendíamos encontrar en el Movimiento No Alineado.

Pero a partir de la caída del Muro de Berlín y el colapso de la Unión Soviética, hemos atravesado por una serie de circunstancias en las que los cambios han sido múltiples y que han comprendido desde comportamientos propios de un sistema internacional jerarquizado, con una potencia central que pretendía ordenar el sistema, hasta situaciones de relativa autonomía regional que hacen posible incluso actitudes de desafío relativo a esa potencia, llevándonos hoy a la emergencia de un sistema aparentemente multipolar en el que aparecen nuevos actores en la forma de potencias emergentes que aspiran a desempeñar un rol de liderazgo regional y global.

En ese marco, América Latina, como señalara anteriormente, pareciera haber ascendido por el crecimiento de los últimos años, aunque es importante reconocer que otras regiones del Mundo han tenido en esos años tasas de crecimiento iguales o mayores en sus respectivas economías.

Simultáneamente, las economías industrializadas confrontan dificultades para sostener tasas de crecimiento necesarias, que las conducen a inevitables ajustes y que, en su relacionamiento con América Latina permiten pensar en la

atenuación de asimetrías. En ese complejo y dinámico escenario surgen nuevas potencias, especialmente en el Asia, que pasan a convertirse en verdaderos motores de la demanda global. Se trata, entonces, de un cambio radical cuyo destino final no puede aún anticiparse, pero que deja en claro que el mundo que vivimos hoy no es más aquel sobre el que se construyó la institucionalidad para la gobernanza global y, por lo tanto, que ese sistema ha dejado de ser funcional a las necesidades del planeta y que se está a la búsqueda de nuevos paradigmas.

Ello, por sí solo, está dando paso a la revisión de algunos de los supuestos centrales sobre los que ha venido operando —algunas veces inercialmente— nuestra política exterior. Es el caso de lo que ocurre con las nuevas dinámicas de integración regional, por citar solamente un ejemplo, aunque resulta evidente que en ese campo es mucho aun el espacio que queda por recorrer.

En la misma medida, no siempre nuestros alineamientos externos parecieran tener el sentido pragmático que hemos alcanzado en otras esferas de la política y nos cuesta reconocer que en algunas oportunidades nuestro interés puede residir en la cercanía de quienes otrora veíamos al otro lado de la negociación y, simultáneamente, estar más alejado de quienes en otros tiempos habrían sido nuestros compañeros de viaje.

Es una visión que reposa en el realismo y que requiere consensuar rápidamente los vectores principales que determinen su orientación en temas centrales al interés nacional, algunos de los que he querido mencionar en este artículo que en modo alguno pretende ni puede ser exhaustivo en tan vasta materia.

FACILITACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL: UN PROPÓSITO PERMANENTE Y UNA PRÁCTICA NECESARIA

Alexis Meza Mitacc*

El gran avance que ha tenido el Comercio Internacional en las últimas décadas ha sido –y es– impresionante. Para lograr ello fue de vital importancia la presencia y el rol que asumieron los organismos internacionales, pues de esa manera se obtuvo una mejor comunicación entre los Estados comerciantes.

El presente artículo destaca la labor positiva que tuvieron estas organizaciones en el desarrollo del Comercio Internacional, las recomendaciones para su práctica efectiva, y el desarrollo en las investigaciones que ayudaron a grandes avances de modernización en este sector.

* Abogado. Miembro del Staff del Estudio García Bustamante, Salas Rizo Patrón y Margary Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

Si revisamos los datos estadísticos publicados por la Organización Mundial del Comercio en “Estadísticas del Comercio Internacional 2012”, respecto del comercio mundial de mercancías, se tiene que en el año 1948 se registró 121 mil millones de dólares americanos entre importaciones y exportaciones, en tanto que en el año 2011 se alcanzó 32,893 mil millones de dólares americanos. Es decir, en dicho período, el comercio mundial del año 2011 se ha incrementado 270 veces más que la de 1948. Es más, no solo se trata del crecimiento del valor de las mercancías importadas y exportadas a nivel mundial sino también de una mayor cantidad de países, tipos de mercancías y operadores que hacen del Comercio Internacional un escenario dinámico y característico de la economía mundial.

Una serie de factores contribuyeron a este crecimiento, vinculados al movimiento de las mercancías, la tecnología, los capitales, las personas y la logística vinculada a la distribución física internacional y, como parte de ello, el rol de los organismos gubernamentales y no gubernamentales vinculados al Comercio Internacional, que vienen desplegando esfuerzos en forma independiente o conjunta con el propósito de reducir barreras al comercio, eliminar sobrecostos de transacción y disminuir los tiempos de demora en el tráfico internacional de las mercancías.

Creemos que la incorporación como normas vinculantes de las disposiciones emanadas por diversos organismos internacionales y la difusión de sus recomendaciones con el concurso de otros organismos internacionales intergubernamentales, han influido decisivamente en el tratamiento normativo y la incorporación en los procedimientos a nivel de cada uno de los países. Esto es, muchos de los avances en materia de política comercial y de la normatividad aduanera que se viene aplicando en cada país, se explican por la adopción de los compromisos asumidos en los convenios multilaterales.

Al respecto, podemos mencionar la labor de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su antecedente, el General Agreement of Tariffs and Trade (GATT); la Organización Mundial de Aduanas (OMA); la Comisión de

las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); la Organización Marítima Internacional (OMI); la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI); y, tratándose de organismos privados, como la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otros.

Particularmente, en lo que respecta a la facilitación del Comercio Internacional, cabe destacar el trabajo de dos organismos internacionales: La Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de Aduanas. El trabajo de estos dos organismos nos servirá de base para el análisis en el presente artículo, el que nos permita conocer la situación actual en materia de facilitación del comercio. Es cierto que, a nivel de los compromisos asumidos por los Estados a través de los Tratados de Libre Comercio, se pueden apreciar medidas sumamente claras e importantes referentes a la facilitación del Comercio Internacional; sin embargo, en ésta oportunidad no lo abordaremos dada la amplitud de sus disposiciones.

Una de las dificultades que se presenta, a fin de identificar los avances en materia de facilitación del comercio, es precisamente conceptualizar o de alguna forma delimitar sus alcances. Esto, en el entendido que el Comercio Internacional es un asunto que comprende aspectos complejos, fenómenos diversos y múltiples partícipes; siendo así, es comprensible que nos enfrentemos ante un objeto de análisis que nos muestra un mayor grado de dificultad para abordarlo. Si bien encontraremos diversas posiciones sobre el particular, también podemos señalar que existen aspectos comunes vinculados a asuntos aduaneros, normas técnicas, aspectos logísticos, servicios vinculados a las transacciones comerciales y procedimientos operativos en el tráfico internacional de las mercancías.

Bajo este alcance, cuando se hace referencia a la facilitación del comercio —en esencia— se trata de la acción de simplificación, y armonización de las regulaciones y aspectos procedimentales en las transacciones internacionales de las mercancías de manera que se logre el crecimiento del Comercio Internacional. Esto es, se trata de las acciones que simplifiquen el proceso en el tráfico internacional de mercancías y lograr

su crecimiento; aunque, para ser precisos, debemos señalar que esta relación de causalidad reduce el alcance del propósito de lo que se entiende por facilitación del comercio y solamente asumimos esta posición para efectos de una mejor comprensión del asunto que nos ocupa. Esto, porque la perspectiva del verbo **facilitar** bajo el término **simplificar** tiene que ver con la práctica operacional y los resultados empíricos que nos ofrece; pero, en sí es más que ello, pues significa también armonizar o normalizar políticas y más precisamente voluntades, sobre todo de las entidades reguladoras, que se traduzcan en acción para desarrollar el Comercio Internacional.

Debemos tener en cuenta que la facilitación del Comercio Internacional se enfoca en el ámbito del comercio legal y seguro. Muchas veces, encontraremos posiciones que pretenden poner como propósitos contrapuestos la acción de control y la facilitación del comercio. Sin embargo, conviene precisar que las acciones que propugnan la facilitación, en modo alguno significan relajar o menoscabar las acciones de control de las autoridades, pues precisamente un control eficiente y eficaz permitirá distinguir el comercio legal del ilegal, y de esa manera se logrará concentrar la acción de control en las operaciones que no cumplen con los requisitos y formalidades exigidas.

Creemos que el “control por el control” afecta el comercio legal y seguro; por ello, las regulaciones deben establecerse con la debida transparencia y en la medida que resulten necesarias; de otro modo, se generan barreras burocráticas, requisitos innecesarios, y se distraerían recursos que finalmente afectarían el libre flujo de las mercancías que efectivamente cumplen con las formalidades exigidas.

Cuando pretendemos especificar los aspectos y/o problemática vinculada a la facilitación del comercio, es posible que se haga referencia a diversos temas, pero en lo que todos concuerdan es que los asuntos aduaneros son un tema central en materia de facilitación del comercio. Sin perjuicio de lo anterior –y sin ánimo de señalar una lista definitiva de asuntos vinculados a la facilitación–, además de los asuntos aduaneros, podemos mencionar las normas técnicas, las medidas sanitarias y fitosanitarias, el transporte internacional en sus diversas modalidades y la infraestructura, la propiedad intelectual,

servicios vinculados al comercio, el comercio electrónico, servicios asociados a los pagos, y los seguros relacionados con las transacciones internacionales, entre otros.

II. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO

No cabe duda que la Organización Mundial del Comercio, desde sus antecedentes del General Agreement on Tariffs and Trade, viene cumpliendo un rol y soporte fundamental para la facilitación del comercio. Una de las razones para ello es que la Organización Mundial del Comercio es una instancia de negociación de alcance mundial, siendo sus decisiones vinculantes para los países miembros; y, dado que el tráfico internacional de mercancías no conoce fronteras, de una manera u otra, ha involucrado a todos los países del orbe.

Podemos decir que los resultados de las diversas rondas de negociación del General Agreement on Tariffs and Trade, y luego la Organización Mundial del Comercio, tuvieron y tienen repercusión en materia de facilitación del Comercio Internacional.

Sin embargo, es en 1996, en la Conferencia Ministerial de Singapur, que se da inicio a una acción estructurada e intencionada a fin de alcanzar acuerdos sobre facilitación del Comercio Internacional. En ese entonces se encarga al Consejo del Comercio de Mercancías (CCM) de la Organización Mundial del Comercio la realización de trabajos de investigación y análisis sobre la materia que nos ocupa. Se constituyeron cuatro grupos de trabajo para abordar los temas de transportes, aduanas, requisitos financieros para el comercio, y la utilización de medios electrónicos y automatizados para el intercambio de información comercial. Todo esto teniendo en cuenta la identificación de los siguientes problemas: Requisitos de documentación excesivos; insuficiente automatización y escaso uso de tecnologías de información; poca transparencia, y requisitos para la importación y exportación ambiguos y no especificados; procedimientos inadecuados, especialmente los referidos a lo precario de los controles de auditorías y de técnicas de evaluación de riesgos; y falta de modernización de las aduanas y de otros organismos gubernamentales, además de poca cooperación y coordinación entre ellos.

En la reunión del Consejo del Comercio de Mercancías de septiembre de 1998 se trataron temas relacionadas a los procesos en la importación y exportación de mercancías, las acciones de control en las fronteras, entre otros.

Posteriormente, en diciembre de 1998, se consideró los temas relacionados al transporte y libre tránsito, los procedimientos de pagos, seguros y requisitos financieros relacionados al tráfico internacional de mercancías.

La siguiente reunión de la Comisión fue en abril de 1999. En ésta oportunidad se abordaron aspectos relacionados al uso de las tecnologías de información y su importancia en la facilitación del comercio internacional. Asimismo, aspectos vinculados a la cooperación y asistencia técnica para alcanzar la simplificación de los procedimientos comerciales. Posteriormente, en junio de 1999, tuvo como objetivo evaluar la posibilidad de establecer normas en la Organización Mundial del Comercio en la esfera de la facilitación del comercio a partir de los trabajos analíticos realizados.

La Conferencia Ministerial de Seattle de la Organización Mundial del Comercio se realizó en los días 1, 2 y 3 de diciembre de 1999, no habiéndose concretado ningún avance en dicha oportunidad.

El Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio realizó tres reuniones informales sobre el tema de la facilitación del comercio durante el año 2000, las que fueron celebradas en los meses de junio, julio y octubre. En estas reuniones participaron las secretarías de la Organización Marítima Internacional, de la Cámara de Comercio Internacional, de la United Nations Conference on Trade and Development y de la Organización Mundial de Aduanas.

A partir del año 2001, en la Organización Mundial del Comercio se dio un mayor énfasis a asuntos relacionados a los programas de asistencia técnica otorgados por los distintos organismos internacionales en materia de facilitación del comercio, dirigidos en su mayoría a los países en desarrollo.

Durante el año 2002, el Consejo del Comercio de Mercancías se reunió en cuatro oportunidades abordando aspectos relacionados a los Artículos V (libertad de

tránsito), VIII (derechos, y formalidades referentes a la importación y la exportación) y X (publicación y aplicación de los reglamentos comerciales) del General Agreement on Tariffs and Trade, las necesidades de los países miembros en materia de facilitación del comercio, y la asistencia técnica.

El Grupo de Negociación sobre la Facilitación del Comercio formalizó la primera versión del Texto de Negociación en Diciembre del 2009. Desde entonces, se tiene en la actualidad la versión revisada número quince, del 27 de marzo del 2013, respecto del cual comentaremos brevemente los aspectos más importantes:

- La necesidad de publicar y disponer la disponibilidad de información sobre la reglamentación en materia de importación, exportación y tránsito a través de medios como Internet. Al promulgar dichas regulaciones se busca que se contemple un mecanismo de consultas previas a fin de facilitar la opinión de las partes interesadas y los operadores del comercio.
- La legislación de cada país contemple la posibilidad de expedir resoluciones anticipadas emitidas por las administraciones aduaneras en materia de clasificación arancelaria de la mercancía, valoración aduanera, origen de las mercancías, entre otros asuntos.
- Se considere el procedimiento en materia de impugnación de los actos administrativos, considerando los recursos administrativos y jurisdiccionales. En el mismo se debe establecer un debido procedimiento en materia sancionadora, teniendo en cuenta con precisión los hechos materia de infracción y la proporcionalidad en la sanción aplicada.
- Establecer un procedimiento que contemple el levante o despacho aduanero, mediante la tramitación previa a la llegada, remitiendo información y documentación mínima necesaria para tal fin, de manera que se agilice el proceso de despacho; en este caso, se recomienda contemplar la utilización del sistema de garantías previas.

- En este propósito de agilizar el tiempo del despacho aduanero, como un mecanismo de control, se considera la posibilidad de establecer y publicar los plazos promedio de levante.
- El control aduanero en la importación, exportación y tránsito, adoptando las medidas de control en el despacho aduanero en base a un sistema de gestión de riesgo.
- Se consideren regulaciones mediante las cuales se adopten medidas de facilitación para los operadores que cumplan determinadas condiciones de fiabilidad y solvencia, de manera que tengan un trato especial en el procedimiento aduanero de importación, exportación y tránsito de las mercancías. Se considera la posibilidad que este mecanismo permita tener un reconocimiento mutuo con otros países.
- Se implemente un mecanismo de levante rápido para la carga aérea de los envíos de entrega rápida, contemplando la presentación de la información antes de la llegada de los envíos mediante la presentación de un manifiesto único de los envíos de bajo valor los cuales estén inafectos de los tributos a la importación. Se busca que el tratamiento de los envíos de entrega rápida sea en un plazo razonable, sin considerar límite de peso ni valor y con la aplicación de un sistema de gestión de riesgo.
- No contemplar en las regulaciones alguna exigencia que implique cumplir con formalidades para certificar la documentación comercial mediante el servicio consular.
- Se contempla y fomenta la necesidad de cooperar y coordinar actividades de control de los organismos responsables del control en las fronteras de las administraciones aduaneras de los países fronterizos, de manera que se logre compatibilizar horarios de atención, formalidades, el uso de servicios comunes, etcétera.
- Establecer mecanismos que permitan reducir al mínimo, y dentro de lo necesario, las formalidades de importación, exportación y tránsito.
- Disponer de una ventanilla única que permita a los comerciantes presentar la documentación y/o información exigidas para la importación, la exportación o el tránsito de mercancías en un lugar común.
- Que se considere y evalúe la pertinencia de no exigir la participación obligatoria de los agentes de aduana en los procedimientos de despacho aduanero.
- Establecer condiciones que faciliten y permitan la libertad de tránsito, incluso mediante infraestructuras fijas.
- Constituir un Comité de Facilitación del Comercio con participación abierta de todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio, así como un comité nacional para facilitar la coordinación interna y la aplicación del Acuerdo.
- Para efectos de la aplicación del texto negociado se consideran disposiciones relativas al trato especial y diferenciado, así como se establecen categorías para el período de aplicación del Acuerdo: Categoría A, de aplicación inmediata; Categoría B, de aplicación en una fecha posterior a un período de transición; Categoría C, además de la postergación de un período de aplicación que se realicen actividades de asistencia técnica y apoyo a las capacidades de los países menos adelantados.

Lo antes reseñado, en términos de una apreciación general, considerando los avances logrados a través de los compromisos asumidos por nuestro país mediante la suscripción de los Tratados de Libre Comercio, nos permite afirmar que el texto desarrollado por el Grupo de Negociación de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio estaría sistematizando y formalizando las disposiciones señaladas en dichos Tratados, y que gran parte de los cuales se viene cumpliendo.

III. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS Y LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

El ámbito aduanero de la facilitación del Comercio Internacional viene siendo abor-

dado por la Organización Mundial de Aduanas. Al respecto, debemos señalar que en la década de los noventa del siglo pasado apreciamos una corriente importante de las administraciones aduaneras para lograr su modernización, profesionalización, y conducta ética y transparente de los funcionarios aduaneros.

Debemos destacar que la Organización Mundial de Aduanas es el principal propulsor de un instrumento sustancial e importante en materia de armonización de la legislación aduanera, la que se tiene en el conocido Convenio Simplificación y Armonización de Procedimientos Aduaneros de la Organización Mundial de Aduanas –Convenio de Kioto, en sus diversas versiones revisadas. En este Convenio se establecen los criterios sustanciales del procedimiento aduanero y la aplicación de los regímenes aduaneros.

Otro de los aportes actuales de la Organización Mundial de Aduanas, en materia de facilitación de comercio, está referido al mecanismo del Operador Eco-nómico Autorizado. En junio de 2005, el Consejo de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), en su periodo de sesiones en Bruselas, aprobó normas destinadas a garantizar y facilitar la circulación cada vez mayor de mercancías que se observa en el Comercio Internacional, considerando los criterios de seguridad en la cadena de suministro en la parte correspondiente de la logística del comercio internacional. Las normas emitidas por la Organización Mundial de Aduanas están contenidas en el denominado Marco Normativo SAFE (“Marco SAFE”), documento básico que contiene los principios fundamentales con respecto a la seguridad y facilitación de la cadena mundial de suministro.

Siguiendo estos criterios diversas administraciones aduaneras, entre ellas la peruana, han implementado la certificación de manera progresiva del Operador Económico Autorizado (OEA).

La **Ventanilla Única de Comercio Exterior** es un sistema integrado que permite a las partes involucradas en el comercio exterior y transporte internacional gestionar a través de medios electrónicos, y por un solo punto, los trámites requeridos por las entidades de control competentes para el tránsito, ingreso o salida del territorio nacional de mercancías. Este sistema

permite la información electrónica en un punto de contacto, reduciendo los costos y el tiempo en el trámite aduanero, y generando mayor certidumbre en el cumplimiento de los requisitos especialmente de las mercancías restringidas. Esta propuesta está vinculada al Modelo de Datos de la Organización Mundial de Aduanas.

Otro de los aspectos en los cuales interviene la Organización Mundial de Aduanas, está referido a la gestión de la destinación aduanera de las mercancías con anterioridad a la llegada de las mercancías, y la posibilidad de utilizar los mecanismos de garantía previa como formas de facilitar el flujo de las mercancías y reducir los tiempos de liberación de las mercancías.

En este sentido, se propugna el uso de las plataformas electrónicas y sistema de información que privilegian la información electrónica en la destinación aduanera de las mercancías. Al respecto, se ha venido incorporando el uso del Sistema Electrónico de Intercambio de Datos, las facilidades del pago electrónico, así como la posibilidad que ofrece la factura electrónica –se tiene en proyecto, a instancias de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional, la implementación de la Guía Aérea electrónica–, así como la posibilidad de la digitalización de los documentos que sustentan las Declaraciones.

En este punto cabe mencionar el importante crecimiento del comercio electrónico y sobre todo la participación de los usuarios finales en este tipo de comercio, constituyéndose en un segmento de gran potencial de desarrollo a nivel del Comercio Internacional.

Debemos mencionar también el importante trabajo de la Organización Mundial de Aduanas, en cuanto a la gestión y aplicación del Sistema armonizado de designación y codificación de mercancías de manera que la posición arancelaria a nivel de los seis dígitos permita clasificar la mercancía de manera común en todos los países que utilizan este Sistema. En este campo especializado, también se tiene la legislación relacionada al sistema de valoración aduanera que en la actualidad viene aplicándose siguiendo lo establecido por el Artículo VII del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio.

La Organización Mundial de Aduanas, teniendo como base los criterios señalados en

la Declaración de Arusha, ha desarrollado trabajos relacionados a los códigos de conducta de los funcionarios aduaneros, que incluyen mecanismos de transparencia en el trabajo de los funcionarios aduaneros mediante políticas e instrumentos de regulación nacional que incluya la participación del sector privado.

Finalmente, podemos mencionar que la mayoría de las administraciones aduaneras vienen gestionando el control previo, concurrente o posterior, considerando procedimientos de procesamiento previo de información, perfiles de riesgo y la verificación de las mercancías de mayor riesgo. A este respecto, conviene señalar la necesidad de incorporar una importante fuente de información como es la proveniente de inteligencia comercial como parte integrante del sistema de gestión de riesgo.

IV. CONCLUSIONES

Consideramos que debemos entender la facilitación del Comercio Internacional bajo dos perspectivas:

- a. Como voluntad política y como criterio de política comercial de los Estados, esto es, un propósito permanente para contribuir al crecimiento del comercio, alcanzar menores costos y mayor rapidez en el flujo de las transacciones comerciales, y lograr un comercio legal y seguro.
- b. Como práctica, a fin de simplificar los procedimientos operativos y el proceso logístico del Comercio Internacional, involucrando el interés, y la participación directa e indirecta de todos los operadores del Comercio Internacional, a nivel de autoridades gubernamentales y de las organizaciones privadas.

Por ello, el propósito permanente a nivel de política comercial, y la urgente necesidad de una práctica comercial sencilla y rápida son los soportes sustanciales de una acción integral en materia de facilitación del Comercio Internacional.



VEINTE AÑOS DESPUÉS:
¿REFORMA CONSTITUCIONAL?

Nuevos Alcances de la Libre
Competencia y Propiedad Intelectual



**1er ENCUENTRO DE ESTUDIANTES
DE DERECHO LABORAL** SPTSS



**DERECHOS HUMANOS HOY:
NUEVAS PERSPECTIVAS Y RETOS**



**LEY GENERAL DEL TRABAJO:
EN BÚSQUEDA DE UNA
REGULACIÓN LABORAL UNIFORME**



**CONSULTA PREVIA:
DE LA NORMA A LA REALIDAD**



CÓDIGO CIVIL 1984:
Perspectivas y propuestas de reforma

LAS ISLAS Y SUS EFECTOS PARA LA DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR*

Pablo Moscoso de la Cuba**

Resolver temas limítrofes siempre ha implicado asomarse por terrenos escabrosos, debido a la complejidad de la materia y la sensibilidad que se requiere para dictar una medida equitativa y acorde a Derecho. El Derecho Internacional, así como varias ramas del Derecho que recurren a otras materias para tratar de perfeccionar su sistema aplicativo, necesita –entre otros– de conceptos geológicos y geográficos, a fin de reservar un mejor desarrollo jurisprudencial y doctrinal de cara a eventuales conflictos limítrofes.

En esta oportunidad, el autor ha desarrollado un curioso e interesante estudio sobre el tema limítrofe marítimo de las islas que, por sus cualidades geográficas, pretende quitarnos mucho análisis y reflexión.

* Este artículo ha sido escrito a título estrictamente personal y no representa o compromete la opinión o posición de ninguna entidad estatal. Las traducciones son libres.

** Abogado. Magíster en Derecho Internacional Público por la Universidad de Leiden, Países Bajos. Docente del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente trabaja en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Mar contemporáneo contiene una definición de “isla”, establece con qué zonas marítimas cuenta y diferencia entre las islas en general y una subcategoría de las mismas que no cuenta con la totalidad de esas zonas marítimas. Igualmente, establece normas y principios para delimitar los espacios marítimos de cualquier territorio terrestre que genere tales espacios, incluidas las islas, pero no establece criterios únicos sobre cómo efectuar esas delimitaciones.

La Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar han resuelto diversos casos sobre delimitación marítima entre Estados, en los cuales han tenido que considerar repetidas veces qué efectos otorgar a la presencia de una isla para la delimitación, o efectuar la delimitación en sí de las zonas marítimas que genera una isla. El propósito de este trabajo es determinar cuáles son esos efectos y cómo se efectúan tales delimitaciones.

Con ello en mente, el trabajo comenzará con un análisis de la definición legal de isla y de sus elementos. Seguidamente, se evaluará el efecto de la ausencia de un régimen especial para la atribución de zonas marítimas a las islas. Luego, se plantearán los escenarios en los que una isla podría tener efectos para la delimitación. Finalmente, se analizarán los casos de delimitación pertinentes y se culminará con una parte dedicada a las conclusiones.

II. DEFINICIÓN LEGAL DE ISLA

De acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CONVEMAR) de 1982 una “isla” se define legalmente como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se

encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”¹. Esta definición de origen convencional ha alcanzado también carácter consuetudinario². Puede afirmarse entonces que son cuatro los elementos de la definición legal de isla: Que sea una extensión de tierra, que tenga un origen natural, que esté rodeada de agua y que se encuentre sobre el nivel del agua en pleamar³. Veamos a continuación y separadamente estos cuatro elementos:

A. Una extensión de tierra

La CONVEMAR emplea el término “tierra” en su definición de “isla”, pero no en su acepción de “[m]aterial desmenuzable de que principalmente se compone el suelo natural”, sino tierra entendida como la “[p]arte superficial del planeta Tierra no ocupada por el mar”⁴. En otras palabras, para los efectos de esta definición es tierra todo aquello no ocupado por el mar, al margen del material del cual se componga.

En su sentencia de noviembre de 2012 sobre la controversia de *Nicaragua v. Colombia*, la Corte Internacional de Justicia debía decidir acerca de si una formación natural de coral llamada “QS 32” podía ser considerada una isla. Al respecto, señaló lo siguiente:

“La afirmación de Nicaragua, que QS 32 no puede ser considerada como una isla dentro del marco de definición establecida por el Derecho Internacional consuetudinario, por estar compuesta de restos de coral, no tiene mérito. El Derecho Internacional define una isla en referencia a si es una ‘extensión natural’ y si se encuentra sobre el nivel del mar en pleamar, no en referencia a su composición geológica. La evidencia fotográfica muestra que QS 32 está compuesta de material sólido, adherido al sustrato, y no de residuos sueltos. El hecho que la formación esté compuesta de coral es irrelevante”⁵.

¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. 1982. artículo 121.1 y “Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua”. 1958. artículo 10.1.

² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre y marítima (*Nicaragua v. Colombia*)”. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. párrafo 139. En: <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf>.

³ TANAKA, Yoshifumi. “The International Law of the Sea”. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. pp. 63-64.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima segunda edición. Tercera y segunda acepción de la palabra “tierra”. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=tierra>.

⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Op. cit. párrafo 37. Esta isla fue calificada por la Corte más adelante como roca.

No existe una extensión mínima, o máxima, con la que deba necesariamente contar una extensión de tierra para que sea considerada como isla. Gran Bretaña, Groenlandia y Madagascar están, por tanto, comprendidas en esta definición y son legalmente islas⁶.

Pero la Convención del Mar señala que “[s]alvo lo dispuesto”⁷ para las “rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia”⁸, “una isla” contará con mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental “de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres”⁹. De ello se deriva que tales “rocas” constituyen una clase particular de islas, una “excepción parcial”¹⁰ del régimen que se les aplica ya que “no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental” como señala la Convención¹¹, pero sí, consecuentemente, mar territorial y zona contigua. Todas las rocas, entonces, son islas, pero no todas las islas son rocas.

No existe una definición legal de “islote”, ni de “cayo”, términos que se utilizan varias veces en la jurisprudencia que será analizada. Una formación así denominada será una “isla” si cumple con la definición legal de la misma. Será una “roca” si además se verifican en ella los criterios arriba señalados.

Vale la pena notar que las Convenciones de Ginebra de 1958 que fueron elaboradas durante la Primera Conferencia de las Na-

ciones Unidas sobre el Derecho del Mar no hacían esta distinción entre islas en general y “rocas” que gozan de menos espacios marítimos. Según la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de ese año todas las islas contaban con un mar territorial, pero de una anchura sin especificar ya que la propia Convención no estableció tal anchura para ningún caso¹². Por su parte, la Convención sobre Plataforma Continental les otorgaba a todas las islas una plataforma pero tal como estaban definidas las plataformas continentales en ese tratado, es decir “hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales”¹³.

En este contexto, se puede entender que la creación de la subcategoría legal de “rocas” en la Convención de 1982 fue la fórmula que se encontró para mantener sin modificaciones el concepto legal general de isla de 1958, pero a su vez evitando que todas las islas, sin excepción, puedan gozar de la extensa plataforma continental y zona económica exclusiva consagradas en la CONVEMAR¹⁴. Ello hubiese sido considerado excesivo y hubiese reducido considerablemente la alta mar y la zona internacional de los fondos marinos, que es patrimonio común de la humanidad¹⁵. Así, aunque algunas delegaciones se opusieron –como es el caso de Argelia y Turquía–, el artículo 121 se llegó a aprobar como una “solución sencilla y de buen sentido”¹⁶.

⁶ CHURCHILL, Robin y Vaughan LOWE. “The law of the sea”. Tercera edición. Manchester: Manchester University Press. 1999. p. 49.

⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 121.2.

⁸ *Ibíd.* artículo 121.3.

⁹ *Ibíd.* artículo 121.2.

¹⁰ CHURCHILL, Robin y Vaughan LOWE. Op. cit. Loc. cit.

¹¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 121.3. Para la Corte “incluso una isla que cae en la excepción indicada en el artículo 121 párrafo 3 de la CONVEMAR tiene derecho a un mar territorial”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Op. cit. párrafo 176.

¹² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua”. 29 de abril de 1958. artículo 10.

¹³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental”. 1958. artículo 1.

¹⁴ CRAWFORD, James. “Brownlie’s Principles of Public International Law”. Octava edición. Oxford: Oxford University Press. 2012. p. 262; REMIRO BROTONS, Antonio. “Derecho Internacional. Curso General”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. p. 535.

¹⁵ TANAKA, Yoshifumi. Op. cit. p. 62.

¹⁶ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Decimoquinta edición. Madrid: Tecnos. 2011. p. 396.

B. De origen natural

De acuerdo a su definición legal, una isla debe ser necesariamente una formación natural. Sólo de esa manera una superficie no cubierta por el mar podrá gozar de las zonas marítimas que el Derecho Internacional atribuye a las islas.

Ello no implica que no se haya previsto legalmente la existencia de islas artificiales; por el contrario, la propia CONVEMAR las prevé y regula respecto de las diferentes zonas marítimas¹⁷. Pero estas “no poseen la condición jurídica de islas”, por lo que “[n]o tienen mar territorial propio” y, más aún, “su presencia no afecta la delimitación del mar territorial, de la zona económica exclusiva o de la plataforma continental”¹⁸.

C. Rodeada de agua

La definición legal de “isla” recoge en este aspecto un elemento central de su definición corriente¹⁹. Como se sabe, el hecho que una isla esté completamente rodeada de agua es lo que diferencia a una isla de una península, la cual está unida a una extensión mayor de tierra²⁰. Las penínsulas, sin embargo, no han merecido una regulación jurídica particular, ni cuentan con una definición legal de carácter convencional. No ha sido necesario, ya que para todos los propósitos se les aplica el régimen legal de cualquier espacio terrestre que genera zonas marítimas sobre las que un Estado puede ejercer competencias.

De acuerdo a este elemento de la definición, una isla puede perder tal condición si deja de estar rodeada de agua, por causas naturales o artificiales, como la construcción de una vía que la conecte al continente²¹.

D. Que se encuentre sobre el nivel del agua en pleamar

La pleamar es el nivel más alto de la marea. Es lo opuesto a la bajamar, la cual es empleada para trazar las líneas de base de los Estados ribereños²². En tanto una isla debe encontrarse permanente sobre el nivel del agua, se distingue de las elevaciones en bajamar, las cuales sólo quedan sumergidas en la pleamar²³.

El régimen legal de tales elevaciones difiere considerablemente del que se aplica a las islas. Estas elevaciones no generan por sí solas zonas marítimas, pero sí pueden utilizarse para establecer las líneas de base del Estado ribereño, siempre que se encuentren a menos de doce millas marinas de sus costas. Si se encuentran más allá de esas doce millas no se pueden utilizar para ese propósito. La CONVEMAR señala que en esos supuestos no contarán con “mar territorial propio”²⁴, vale decir, que no podrán ser utilizadas para establecer líneas de base y proyectar el mar territorial y otras zonas marítimas que corresponden a su Estado.

III. LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL PARA LA ATRIBUCIÓN DE ZONAS MARÍTIMAS A LAS ISLAS

Tal como se ha indicado, salvo el caso de las “rocas”, la Convención del Mar indica que las islas cuentan con espacios marítimos “de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres”²⁵. Igualmente, es un hecho que durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no tuvieron éxito algunas propuestas iniciales para diferenciar la atribución de espacios marítimos de las islas de acuerdo a su tamaño,

¹⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 11 (en el mar territorial), 60.1.a (en la zona económica exclusiva), 80 (sobre la plataforma continental) y 87.1.d (en altamar).

¹⁸ *Ibid.* artículo 60.8.

¹⁹ REALACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit. Primera entrada de la palabra “isla”. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=isla>.

²⁰ *Ibid.* Única entrada del término “península”. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=peninsula>.

²¹ TANAKA, Yoshifumi. Op. cit. p. 64.

²² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 5 y 7.

²³ *Ibid.* artículo 13.1.

²⁴ *Ibid.* artículo 13.2.

²⁵ *Ibid.* artículo 121.2.

población, contigüidad al territorio principal o por ubicarse sobre la plataforma continental de otro Estado, entre otros²⁶.

En tal sentido, no se llegó a crear un régimen diferenciado para las islas, separado del régimen general de los demás espacios terrestres. Por tal motivo, puede afirmarse que “todas las islas, tal como están definidas [legalmente], cuentan como territorio terrestre”²⁷.

La Corte Internacional de Justicia ha llegado a la misma conclusión. En su sentencia sobre el fondo del asunto en el caso sobre delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin (en el año 2001) la Corte señaló que:

“De acuerdo con el artículo 121, párrafo 2, de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, el cual refleja el Derecho Internacional consuetudinario, las islas, sin importar su tamaño, en este aspecto disfrutan del mismo estatuto, y, por consiguiente, generan los mismos derechos marítimos, que otros territorios terrestres”²⁸. Ya que en términos generales, salvo para las “rocas”, no se distingue entre las zonas marítimas que generan las islas y las zonas marítimas que generan otros espacios terrestres; ¿cuál es la necesidad de contar con una definición legal de isla? ¿No hubiese bastado con distinguir entre las “rocas” no aptas para mantener vida humana o una vida económica propia y todos los demás espacios terrestres?

La respuesta parece ser que la Convención del Mar emplea el término “isla” en diferentes

escenarios y para propósitos diversos, por lo que era conveniente brindar una definición de qué constituye exactamente una isla para esos otros propósitos de la Convención²⁹.

IV. ISLAS Y DELIMITACIÓN MARÍTIMA

Toda isla genera entonces, por lo menos, un mar territorial. Si esa u otra zona marítima que proyecta una isla se superpone a la zona o zonas marítimas que genera cualquier territorio de otro Estado, entonces surge la necesidad de delimitar o establecer un límite marítimo entre Estados. Tal como señaló el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en 2012, “la delimitación presupone un área de derechos que se superponen”³⁰ por lo que “la tarea de delimitar consiste en resolver los derechos que se superponen mediante el trazado de una línea de separación entre las áreas marítimas involucradas”³¹.

Debe tenerse en cuenta que el hecho de que las islas puedan proyectar zonas marítimas no significa que necesariamente las vayan a mantener intactas en caso se superpongan a las zonas que proyecta otro Estado. Por el contrario, la delimitación implica necesariamente un reparto de la zona de superposición.

Respecto del mar territorial, la delimitación se efectúa, en principio, mediante el empleo de “una línea media” (salvo acuerdo en contrario, derechos históricos, o por otras circunstancias especiales)³², en el caso de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, la delimitación deberá tener como objeto “llegar a una solución equitativa”³³,

²⁶ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Op. cit. pp. 395-396.

²⁷ CRAWFORD, James. Op. cit. p. 295.

²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Sentencia de Fondo. 2001. p. 97, párrafo 185.

²⁹ Existen, por ejemplo, disposiciones sobre las líneas de base de islas situadas en atolones o islas bordeadas por arrecifes (artículo 6), sobre las líneas de base rectas en caso de una franja de islas a lo largo de la costa (artículo 7.1), sobre cómo medir una bahía en caso existan islas (artículo 10.3), sobre la presencia de elevaciones en bajamar cercanas a una isla (artículo 13), sobre la no existencia de un derecho de paso en tránsito en un estrecho formado por una isla de un estado ribereño del estrecho cuando haya otra ruta de alta mar (artículo 38.1), sobre islas como parte de la definición de los Estados archipelágicos (artículo 46), entre otras.

³⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia concerniente a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (*Bangladesh v. Myanmar*)”. Sentencia de 14 de marzo de 2012. párrafo 397.

³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre y marítima (*Nicaragua v. Colombia*)”. Op. cit. párrafo 141.

³² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 15.

³³ *Ibid.* artículos 74 y 83.

sin especificar el tipo de línea que se debe emplear. En ambos casos, la línea media o la solución equitativa puede significar recortar considerablemente las zonas marítimas que la isla genera. Exactamente lo mismo ocurre con cualquier otro espacio terrestre que genere zonas marítimas que se superponen a las de otro Estado.

Pero la Convención del Mar no especifica de qué forma se debe llegar a esa solución equitativa o qué “circunstancias especiales” pueden afectar el trazado de la línea media que delimita un mar territorial. Ello depende de la voluntad de las partes o, de ser el caso, de la Corte o Tribunal Internacional que efectúa la delimitación.

La Corte Internacional de Justicia ha desarrollado un método de delimitación, empleado también por el Tribunal del Mar, cuyos aspectos principales se han venido utilizando al margen de qué espacio marítimo se esté delimitando. Ese método consiste en aplicar tres pasos separados y según la Corte fueron “explicados a grandes rasgos en el caso concerniente a la **Plataforma Continental**” entre Libia y Malta y que “han sido en décadas recientes especificados con precisión”³⁴. A continuación los detallamos:

“Primero, la Corte establece una línea de delimitación provisional utilizando métodos que son geográficamente objetivos y además apropiados para la geografía del área en la que la delimitación tiene lugar. En lo que se refiere a la delimitación entre costas adyacentes, una línea equidistante será trazada a menos que existan razones imperiosas que hagan esto impracticable en el caso concreto [...] En lo que se refiere a costas opuestas, la delimitación provisional consistirá en una línea media entre las dos costas”³⁵.

Nótese que la Corte prefiere el término “línea equidistante” para costas adyacentes y “línea media” para costas situadas frente a frente. Luego del anterior paso, se

debe tener en cuenta en cuenta que: “La orientación de la línea final debe lograr una solución equitativa (artículos 74 y 83 de la CONVEMAR). Por lo tanto, la Corte en el siguiente paso, considerará si existen factores que requieran el ajuste o cambio de la línea equidistante provisional para llegar a una solución equitativa [...]”³⁶.

Por último, “en un tercer paso, la Corte verificará que la línea (una línea equidistante provisional que puede o no haber sido ajustada tomando en cuenta las circunstancias relevantes) no conduzca, tal como se encuentra, a un resultado inequitativo debido a una marcada desproporción en la relación de las respectivas longitudes de costa y la proporción entre el área marítima relevante de cada Estado en referencia a la línea de delimitación [...]”³⁷.

Si se toma como referencia este método de delimitación jurisprudencial, el efecto a otorgar a una isla en una delimitación podría evaluarse en razón a qué papel tuvo la isla en esos pasos. Para los propósitos de este trabajo, nos interesan en particular los dos primeros pasos, ya que el tercer paso es una verificación *a posteriori* y la desproporción de costas en sí es tomada en cuenta en el segundo paso como una forma de ajustar la línea provisional. Entonces, el efecto de la isla se podrá determinar en base a si fue empleada para el trazado de la línea provisional (primer paso) o si, más bien sirvió o no para ajustar tal línea (segundo paso).

V. ANÁLISIS DE CASOS

A la fecha (abril de 2013), la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar han resuelto el fondo de doce casos sobre delimitación marítima entre Estados. La totalidad de tales casos ha involucrado a islas, por lo que todas las sentencias sobre el fondo se han pronunciado de una u otra forma sobre el tema. Tales casos serán vistos a continuación en orden cronológico.

³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima en el Mar Negro (*Rumanía v. Ucrania*)”. Sentencia de 3 de febrero de 2009. p. 101, párrafo 116.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibid.* párrafo 120.

³⁷ *Ibid.* p. 103, párrafo 122.

A. Casos de la plataforma continental del Mar del Norte (*República Federal de Alemania v. Dinamarca, y República Federal de Alemania v. Países Bajos*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de febrero de 1969

En estos dos casos, unidos a petición de las partes en un solo procedimiento y una sola sentencia, a la Corte no se le pidió que establezca un límite, sino que determine qué “principios y normas de Derecho Internacional son aplicables a la delimitación entre las partes respecto a las áreas de plataforma continental en el Mar del Norte que corresponden a cada una de ellas”³⁸. La delimitación en sí quedaría a ser efectuada por las partes mediante un acuerdo sobre la base de esta decisión.

En la costa de los tres Estados sobre el Mar del Norte se encuentran las Islas Frisias o Islas Frisonas, una cadena de numerosas pequeñas islas que forman parte de los territorios de los tres Estados³⁹. Ni los acuerdos especiales celebrados entre las partes para someter la controversia a la Corte, ni la sentencia de ésta las mencionan expresamente. Sin embargo, en la sentencia se indica que tanto Dinamarca cuanto los Países Bajos argumentaron que las consideraban como “circunstancias especiales” para los efectos de la regla del artículo 6 de la Convención sobre Plataforma Continental de 1958: “[S]ólo la presencia de un accidente geográfico especial, menor en sí mismo –tal como un islote o una pequeña protuberancia– pero ubicado en tal lugar que produzca un desproporcionado efecto distorsionador en lo que de otra manera sería una línea limítrofe aceptable [...]”⁴⁰.

Si bien la Corte no desarrolló más esa noción y consideró que no podía aplicar la aludida regla de la Convención de 1958 por no formar parte del Derecho consuetudinario (Alemania Federal no era parte de ese tratado)⁴¹, sí determinó en la parte dispositiva de la sentencia que “la delimitación se deberá efectuar por acuerdo de conformidad con principios equitativos y tomando en consideración **todas las circunstancias relevantes**”⁴² [El énfasis es nuestro]. En tal sentido, la Corte indicó que “en el curso de las negociaciones, los factores a ser tomados en consideración incluyen: [...] La configuración general de las costas de las partes, así como la presencia de cualquier accidente geográfico especial o inusual”⁴³.

La Corte también señaló, a modo de precisión, que se debe distinguir entre la delimitación de plataformas continentales de Estados con costas adyacentes y de Estados con costas situadas frente a frente. En este segundo caso, la delimitación, afirmó, ofrece “menor dificultad”, por lo que se puede establecer una línea media “ignorando la presencia de islotes, rocas y proyecciones costeras menores, cuyo desproporcionado efecto distorsionador puede ser eliminado por otros medios”⁴⁴. Al margen que esta aclaración no tenía efectos prácticos en este caso, ella evidencia que la Corte vislumbraba por lo menos un caso expreso en el que tales accidentes geográficos pueden ser ignorados para establecer una línea media.

El 28 de enero de 1971 la República Federal de Alemania concluyó tratados separados con los dos Estados estableciendo los límites de sus plataformas continentales

³⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental del Mar del Norte”. Sentencia. 1969. p. 6. Ver los artículos 1 de los acuerdos especiales de 1967 entre Dinamarca y Alemania Federal, y entre Países Bajos y Alemania Federal.

³⁹ “Diccionario Enciclopédico Salvat”. Volumen 12. Barcelona: Salvat. 1985. pp. 1675-1676.

⁴⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental del Mar del Norte”. Op. cit. p. 20, párrafo 13. De acuerdo con el artículo 6.1 de la Convención sobre Plataforma Continental de 1958: “Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados cuyas costas estén situadas una frente a la otra, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se determinará por la línea media [...]”. Debe tenerse en cuenta que no existe una definición legal de “islote” pero si uno así llamado cumple con los elementos de la definición legal entonces es considerado una isla.

⁴¹ *Ibid.* p. 25, párrafo 26 y p. 46, párrafo 83.

⁴² *Ibid.* p. 53, párrafo 101. En otro párrafo la Corte había usado la expresión “circunstancias especiales jurídicamente relevantes”. *Ibid.* p. 20, párrafo 14.

⁴³ *Ibid.* pp. 53-54, párrafo 101.

⁴⁴ *Ibid.* p. 36, párrafo 57.

en aplicación expresa de la sentencia⁴⁵. Ninguno de los tratados menciona qué valor se otorgó, de haber sido el caso, a las Islas Frisias para el establecimiento del límite⁴⁶.

B. Caso concerniente a la plataforma continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 24 de febrero de 1982

En este caso, las partes también solicitaron a la Corte que declare qué principios y normas del Derecho Internacional se deben aplicar para la delimitación de sus plataformas continentales, dejando la delimitación en sí a ser efectuada entre ellas mediante un acuerdo posterior que incorpore lo decidido por la Corte⁴⁷. Sin embargo, a diferencia del caso del Mar del Norte, en esta sentencia de la Corte se mencionó expresamente: “Ambas partes han por supuesto incluido entre los elementos que, afirman, deben ser tomados en cuenta como ‘circunstancias relevantes que caracterizan el área’, el factor que fue referido en la Sentencia de la Corte en los casos de la **Plataforma Continental del Mar del Norte** como ‘la configuración general de las costas de las partes, así como la presencia de cualquier accidente geográfico especial o inusual’ [...] En su petitorio, Túnez ha especificado como parte de las circunstancias relevantes la presencia de islas, islotes y elevaciones de bajamar que forman parte del frente costero oriental de Túnez [...]”⁴⁸.

La primera de esas formaciones es la isla de Djerba, situada muy cerca a la costa Tunesina, con una superficie de 514 kilómetros cuadrados y una considerable población permanente⁴⁹. Una segunda es el grupo

llamado islas de Kerkennah, que se encuentra más al norte, unas once millas al este de la costa continental de Túnez, a la altura del pueblo de Sfax. Ese grupo de islas tiene unos 180 kilómetros cuadrados de área y está rodeado de un cinturón de elevaciones de bajamar que tiene un ancho de entre nueve y veintisiete kilómetros⁵⁰.

La Corte no estuvo de acuerdo en excluir *a priori* esas islas, como lo solicitó Libia⁵¹, pero sí hizo una diferenciación importante entre ellas: “El método práctico para la delimitación a ser desarrollado por la Corte a continuación es tal que, en la parte del área a ser delimitada, en la que sería relevante la isla de Djerba, existen otras consideraciones que prevalecen sobre el efecto de su presencia; la existencia y posición de las islas de Kerkennah y las elevaciones de bajamar que las rodean, por otro lado, son pertinentes”⁵².

Djerba, al encontrarse tan cerca a la costa, y proyectando zonas marítimas sobre las áreas donde la costa continental tunesina limítrofe a Libia también se proyectaba, fue simplemente ignorada por la Corte⁵³. En cambio, las islas de Kerkennah, al estar ubicadas más al norte y algo más alejadas de la costa, sí fueron tomadas en cuenta. Pero la Corte redujo su efecto sobre la delimitación ya que otorgarles un efecto completo “significaría, en las circunstancias del caso, equivalente a darles un peso excesivo”⁵⁴.

La Corte consideró que ello era congruente con la práctica estatal, la cual muestra muchos casos “en los que sólo se ha dado un efecto parcial a las islas situadas cerca a la costa”. Así, la Corte decidió aplicar a las islas

⁴⁵ SCHULTE, Constanze. “Compliance with Decisions of the International Court of Justice”. Oxford: Oxford University Press. 2004. p. 139.

⁴⁶ Los tratados pueden ser consultados en: <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/DEU.htm>.

⁴⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia)”. Sentencia. 1982. pp. 21-22, párrafos 1-2.

⁴⁸ *Ibid.* p. 62, párrafo 76.

⁴⁹ TANAKA, Yoshifumi. “Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation”. Oxford: Hart Publishing. 2006. p. 192.

⁵⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia)”. *Op. cit.* p. 89, párrafo 128.

⁵¹ *Ibid.* p. 63, párrafo 79.

⁵² *Ibid.* p. 64, párrafo 79.

⁵³ *Ibid.* p. 85, párrafo 120.

⁵⁴ *Ibid.* p. 89, párrafo 128.

de Kerkennah el método del “medio efecto”⁵⁵, presente en la práctica estatal, y así lo señaló en su sentencia. Las partes finalmente establecieron el límite mediante un tratado concluido en agosto de 1988⁵⁶.

Se desprende del caso que el efecto a otorgar a una isla o grupo de islas en una delimitación estaría vinculado a su posición geográfica en relación a las demás costas de su Estado y del otro Estado. Ese efecto no tiene que ser completo, puede ser parcial.

C. Caso concerniente a la delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine (*Canadá v. Estados Unidos de América*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 12 de octubre de 1984

Este fue el primer caso en el que se solicitó a la Corte que establezca el límite marítimo, en lugar de tan sólo indicar los principios y normas aplicables a la delimitación; y fue el primer caso que involucró no sólo la plataforma continental, sino también la delimitación del agua que la cubre, denominada en este caso “zona de pesquería”. Ello está vinculado a la aparición de nuevos espacios marítimos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada en 1982, pero no todavía en vigor. Por otro lado, al igual que los dos casos anteriores, fue sometido a la Corte de común acuerdo mediante la notificación del “compromiso” o acuerdo especial de las partes (artículo 40, inciso 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Las costas del Golfo de Maine son notables por la presencia de un gran número de pequeñas islas y rocas cercanas a la costa. Al respecto, la sentencia llega a resaltar “las desventajas inherentes a cualquier método que emplee pequeñas islas, rocas inhabitadas o elevaciones en bajamar, a veces ubicadas a una distancia considerable de la tierra firme, como puntos de base para el trazado de una línea” que reparta una zona, ya que “[s]i cualquiera de esos accidentes geográficos posee algún grado de importancia, nada impide que sub-

secuentemente se les conceda un limitado efecto correctivo”⁵⁷.

Así, la Corte decidió trazar una primera línea de delimitación, una línea media, con carácter provisional, la cual no tomó en cuenta a los referidos accidentes geográficos. Luego la Corte tomó nota de “la presencia, frente a Nueva Escocia, de la isla de la Foca y ciertos islotes cercanos a ella”, determinando que: “La isla de la Foca (junto con su vecina menor, la isla Mud), por razones tanto de sus dimensiones y, más aún, de su posición geográfica, no puede ser ignorada para el presente propósito [corregir la línea media provisional]. De acuerdo con la información disponible [...] tiene unas dos millas y media de extensión, se eleva a una altura de cincuenta pies sobre el nivel del mar y está habitada todo el año. Es aún más pertinente observar que, como resultado de su situación frente al Cabo Sable, a sólo unas nueve millas de la línea de cierre del Golfo, la isla ocupa una posición imponente en la entrada del Golfo”⁵⁸.

Debido a lo anterior, la Corte otorgó “medio efecto” a la isla de la Foca, modificando la línea media provisional consecuentemente. Si bien no se detalla exactamente por qué otorgar “medio efecto” a esta isla, en lugar de algún otro tipo de efecto (lo mismo ocurrió en *Túnez v. Libia*), ni tampoco se va más allá en el examen de la práctica estatal, se puede observar que va emergiendo un patrón: En un primer momento se traza una línea media o equidistante sin tener en cuenta accidentes geográficos que puedan generar una distorsión en la línea y, seguidamente, se modifica esa línea para darle algún efecto a aquellos accidentes geográficos como islas que requieran ser tomadas en cuenta.

D. Caso concerniente a la plataforma continental (*Jamahiriyá Árabe Libia v. Malta*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de junio de 1985

La República de Malta es un Estado compuesto por las islas de Malta (con un área de

⁵⁵ *Ibíd.* p. 89, párrafo 129.

⁵⁶ SCHULTE, Constanze. *Op.cit.* p. 162.

⁵⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine”. Sentencia. 1984. pp. 329-330, párrafo 201.

⁵⁸ *Ibíd.* pp. 336-337, párrafo 222.

246 kilómetros cuadrados), Gozo (sesenta y seis kilómetros cuadrados), Comino (2,7 kilómetros cuadrados) y Cominotto (menos de un kilómetro cuadrado). Además cuenta con la roca inhabitada de Filfla, pocos kilómetros al sur de la isla de Malta⁵⁹. A pesar de su configuración, Malta no se ha declarado en ningún momento como “Estado archipelágico” para los efectos del moderno Derecho del Mar⁶⁰.

La entonces llamada Jamahiriya Árabe de Libia se encuentra en el Norte de África, y cuenta con una extensa costa a lo largo del Mediterráneo Central⁶¹. La distancia entre el punto más al sur de Malta y el punto más cercano de Libia es de unos 340 kilómetros (183 millas marinas)⁶². Por ello, si los dos Estados proyectasen plataformas continentales de hasta doscientas millas marinas de extensión, éstas necesariamente se superpondrían.

El asunto fue sometido conjuntamente a la Corte Internacional de Justicia, en virtud a un acuerdo especial de mayo de 1976⁶³. Adviértase que el caso sólo involucró la delimitación de plataformas continentales (los mares territoriales de las partes no se superponían) y las partes no habían proclamado aún zonas económicas exclusivas⁶⁴. El Derecho aplicable era la Costumbre Internacional⁶⁵.

La Corte tomó nota que las “partes están de acuerdo en que los derechos sobre la plataforma continental son los mismos para una isla que para el territorio continental”⁶⁶. También indicó que el hecho que Malta constituye un “Estado insular” le otorgue un “estatus especial en relación a sus derechos sobre una plataforma continental [...]”

Simplemente, ya que Malta es independiente, la relación de sus costas con las costas de sus vecinos es diferente de lo que sería si fuese parte del territorio de uno de ellos. En otras palabras, bien podría ser que los límites marítimos en esta región serían diferentes si las islas de Malta no constituyeran un Estado independiente”⁶⁷.

Para la determinación de la línea de delimitación, la Corte una vez más partió por establecer una línea media de carácter provisional. Pero, para el trazado de esa línea provisional, la Corte ignoró la roca inhabitada de Filfla ya que debía cuidarse de “eliminar el efecto desproporcional” que ella generaba. En tal sentido, consideró que “es equitativo no tener en cuenta a Filfla en el cálculo de la línea media provisional entre Malta y Libia”⁶⁸.

La Corte luego tomó en cuenta que la costa relevante libia tenía 192 millas de extensión y la costa relevante de Malta, veinticuatro. Esa “diferencia es tan grande”, señaló la Corte, “que justifica el ajuste de la línea media para atribuir una mayor área de plataforma a Libia”⁶⁹. Para establecer cuánto modificar la línea provisional, la Corte tomó en cuenta que tan sólo a cuarenta y tres millas marinas al norte de Malta⁷⁰ se encuentra la mucho más extensa isla de Sicilia, que forma parte de Italia. La Corte Internacional de Justicia indicó lo siguiente: “Supóngase, en aras de la discusión, que las islas maltesas fueran parte del territorio italiano y que se estuviesen delimitando las plataformas continentales de Libia e Italia [...] Por lo menos alguna consideración se tendría de las islas de Malta e, incluso si se les diera un efecto mínimo, el límite de las plataformas continentales entre Italia y Libia se encontraría algo más al sur de la línea media entre las

⁵⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (*Jamahiriya Árabe Libia v. Malta*)”. Sentencia. 1985. p. 20, párrafo 15.

⁶⁰ TANAKA, Yoshifumi. “The International Law of the Sea”. Op.cit. p. 109.

⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (*Jamahiriya Árabe Libia v. Malta*)”. Op. cit. p. 20, párrafo 15.

⁶² *Ibid.* pp. 20-21, párrafo 16.

⁶³ *Ibid.* pp. 15-16, párrafos 1-2.

⁶⁴ *Ibid.* p. 22, párrafo 17.

⁶⁵ *Ibid.* p. 29, párrafo 26 y p. 55, párrafo 77.

⁶⁶ *Ibid.* p. 42, párrafo 52.

⁶⁷ *Ibid.* p. 42, párrafo 53.

⁶⁸ *Ibid.* p. 48, párrafo 64.

⁶⁹ *Ibid.* p. 50, párrafo 68.

⁷⁰ *Ibid.* p. 20, párrafo 16.

costas de Sicilia y Libia. Ya que Malta no es parte de Italia, sino un Estado independiente, no puede ser el caso que, respecto de sus derechos sobre la plataforma continental, se encuentra en una peor posición debido a su independencia. Por tanto, es razonable asumir que un límite equitativo entre Libia y Malta debe ubicarse al sur de la hipotética línea media entre Libia y Sicilia [...]”⁷¹.

De esta forma, la presencia de Sicilia, un factor geográfico ajeno a Libia y Malta, determinó que la línea a trazar no se acerque tanto a Malta como para perjudicarla por ser un Estado independiente. En base a la decisión de la Corte las partes concluyeron un tratado el 10 de noviembre de 1986⁷².

El hecho que la Corte haya ignorado la roca llamada “Filfla” para el establecimiento de la línea equidistante provisional muestra que no se tienen que emplear necesariamente las líneas de base establecidas por el Estado ribereño en un proceso de delimitación marítima. Por otro lado, que Malta sea un “Estado insular” sólo se tomó en cuenta para determinar que por ello no se perjudique al contar con costas menos extensas que las costas relevantes de Libia.

E. Caso concerniente a la controversia terrestre, insular y marítima (*El Salvador v. Honduras; Nicaragua interviniente*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 11 de septiembre de 1992

En este asunto, la Corte tuvo que determinar el curso del límite terrestre entre El Salvador y Honduras, establecer a qué Estado correspondía la soberanía sobre ciertas islas en el Golfo de Fonseca y determinar la condición jurídica de los espacios marítimos correspondientes. La Corte determinó que el Golfo de Fonseca constituía una bahía histórica y que, hasta que las partes dispongan algo distinto, la soberanía sobre sus aguas

debía ser disfrutada de forma conjunta por El Salvador, Honduras y Nicaragua (este último había sido admitido como Estado interviniente en el caso), salvo una estrecha franja de tres millas marinas a lo largo del litoral de cada uno de los Estados⁷³.

Debido a lo especial de este caso, las zonas marítimas que proyectan las islas ubicadas dentro del Golfo de Fonseca tienen un *status* muy particular y su delimitación no serviría como antecedente para otros casos que involucren islas en circunstancias normales.

F. Caso concerniente a la delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen (*Dinamarca v. Noruega*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de junio de 1993

Este caso, iniciado por una demanda de Dinamarca, fue el primer caso presentado en el que sólo se tenían que delimitar las zonas marítimas de dos islas. Curiosamente, ambas islas eran dependencias de Estados que se encuentran alejados y no había otras proyecciones marítimas de ellos o terceros a tener en cuenta. El Derecho aplicable para la delimitación de la plataforma continental era la Convención de 1958 sobre la materia; la Costumbre Internacional se aplicaba para la delimitación de la “zona de pesquería”, correspondiente a las aguas entre ambas islas⁷⁴. Es de notar que la aplicación de ambos regímenes produjo el mismo resultado.

Las dos islas, ubicadas en el Océano Atlántico al norte de Islandia, están separadas por unas 250 millas marinas de mar⁷⁵. Las costas de cada una que proyectan zonas marítimas que se superponen –las “costas relevantes” para los efectos de la delimitación– presentan una marcada desproporción. Mientras que Jan Mayen tiene 57,8 kilómetros de costas relevantes orientadas hacia Groenlandia, esta segunda cuenta con 524 kilómetros, siendo la relación de uno a 9,2 en favor de Groenlandia⁷⁶.

⁷¹ *Ibíd.* p. 51, párrafo 72.

⁷² SCHULTE, Constanze. *Op. cit.* p. 181.

⁷³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre, insular y marítima (*El Salvador v. Honduras; Nicaragua interviniente*)”. Sentencia. 1992. pp. 616-617, párrafos 431-432.

⁷⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen”. Sentencia. 1993. p. 52, párrafo 31 y p. 57, párrafo 42.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 44, párrafo 11.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 65, párrafo 61.

La Corte partió por establecer una línea media provisional, a ser modificada por la presencia de “circunstancias relevantes” que lo hagan necesario. Uno de los temas en discusión fue si se le debía otorgar efecto pleno a Jan Mayen, teniendo en cuenta las grandes diferencias entre ella y Groenlandia (no tenía una población permanente, sino un equipo técnico de veinticinco personas que habitaba y trabajaba temporalmente ahí)⁷⁷. Si bien Dinamarca no llegó a alegar que Jan Mayen calificase como una “roca”, sí se oponía a darle efecto pleno para la delimitación. La Corte encontró que “no hay razón para considerar la naturaleza limitada de la población de Jan Mayen o factores socio-económicos como circunstancias a ser tomadas en cuenta”⁷⁸ para la delimitación.

La sentencia confirma que Jan Mayen, por el simple hecho de poseer costas, tenía derecho a proyectar zonas marítimas: “La Corte observa que la atribución de zonas marítimas al territorio de un Estado, la cual, por su naturaleza, está destinada a ser permanente, es un proceso legal basado únicamente en la posesión de una costa por parte del territorio concernido”⁷⁹.

En este caso se puede observar cómo cuando se delimitan sólo zonas marítimas provenientes de islas, la delimitación se efectúa como la de cualquier otro espacio terrestre con acceso al mar; la condición jurídica de isla pierde toda relevancia y lo que se toma en cuenta son criterios exclusivamente geográficos como la extensión y proporción de las costas relevantes.

G. Caso concerniente a la delimitación marítima y otras cuestiones territoriales (Qatar v. Baréin), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 16 de marzo de 2001

Este fue un caso complejo que involucró una gran cantidad de islas, rocas y elevaciones en bajamar, pertenecientes a dos pequeños

Estados, uno de los cuales está completamente compuesto por tales formaciones (Baréin), siendo el territorio principal del otro la península de Qatar. Las proyecciones marítimas de ambos se superponían en una zona relativamente pequeña del Golfo Pérsico, que estaba, a su vez, rodeada por las proyecciones marítimas de otros Estados. Debido a las cortas distancias entre las costas correspondientes en la zona donde se ubican las pequeñas islas y otras formaciones mencionadas, en esa zona sólo se delimitaron mares territoriales⁸⁰.

El Derecho aplicable era el Derecho consuetudinario en tanto ninguno de los dos Estados era parte de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y sólo Baréin había ratificado la CONVEMAR⁸¹.

Es de notar que Baréin llegó a afirmar ante la Corte que si bien no se había declarado un Estado archipelágico para los efectos de la Parte IV de la Convención del Mar, *de facto* lo era y esto era un factor que la Corte debía tomar en cuenta⁸². Al margen de si tal situación podía ser oponible a Qatar, que no era parte de la Convención del Mar, las consecuencias de tal determinación hubieran podido afectar considerablemente el resultado de la delimitación. Ello porque los Estados archipelágicos pueden trazar “líneas de base archipelágicas” que unan los puntos de las islas y los arrecifes más alejados del archipiélago, proyectando sus mares territoriales y demás zonas marítimas a partir de esas líneas⁸³. La Corte Internacional de Justicia, sin embargo, consideró que no tenía por qué determinar si Baréin era un Estado archipelágico ya que no era un punto formal del petitorio que se le había presentado, por lo que procedió a delimitar sin tener en cuenta esa potencial situación. El Estado de Baréin, por cierto, no se ha declarado archipelágico con posterioridad a la sentencia⁸⁴.

⁷⁷ Ibid. p. 46, párrafo 15.

⁷⁸ Ibid. p. 74, párrafo 80.

⁷⁹ Ibid. p. 74, párrafo 80.

⁸⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Op. cit. p. 91, párrafo 169.

⁸¹ Ibid. p. 91, párrafo 167.

⁸² Ibid. p. 96, párrafo 181.

⁸³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 47.1 y 48.

⁸⁴ TANAKA, Yoshifumi. “The International Law of the Sea”. Op. cit. p. 109.

Además de las costas principales de las partes, la delimitación involucró al grupo de islas Hawar, a la isla Janan y a la isla Qit'at Jaradah, entre otras formaciones menores. Las islas Hawar, territorio de Baréin, se encuentran a unas diez millas marinas de la principal isla de ese Estado pero muy cerca de la península de Qatar, a unos 250 metros de distancia de su punto más cercano⁸⁵. Respecto a ellas, la Corte determinó que el límite debía pasar “entre las islas Hawar y la península de Qatar”⁸⁶ [El énfasis es nuestro], por lo que se entiende que les otorgó efecto pleno (no las ignoró) para el trazado de la línea media provisional, ni las enclavó en las aguas de Qatar.

El mismo efecto se le dio a la isla Janan, correspondiente a Qatar, de 700 metros de longitud y ubicada a 1,6 millas marinas de la principal isla del grupo Hawar de Baréin⁸⁷. Respecto a esta isla, la Corte trazó también una línea media entre ella y las islas Hawar⁸⁸. En cambio, la Corte no tomó en cuenta a la pequeña isla de Qit'at Jaradah, correspondiente a Baréin pero con una superficie en pleamar de doce por cuatro metros⁸⁹. Debido a su ubicación y tamaño, la Corte no la tomó en cuenta para el trazado de la línea provisional, pues consideró que si lo hacía “un efecto desproporcionado se estaría dando a un accidente marítimo insignificante”⁹⁰. Trazada así la línea media provisional, la Corte determinó que ninguna circunstancia hacía necesaria su modificación.

De este caso resalta que las pequeñas islas y grupos de islas correspondientes a las partes recibieron un tratamiento diferenciado en razón a su extensión y ubicación relativa respecto a los territorios principales de sus Estados. El hecho de que el principal territorio de Baréin sea también una isla (pero mucho más extensa que las demás

formaciones mencionadas) no tuvo ningún efecto a favor o en contra de ese Estado en el establecimiento del límite. La discusión sobre el “efecto de las islas” giró más bien en torno a las formaciones menores, que según su ubicación y extensión podían o no generar un “efecto desproporcionado” de ser tomadas en cuenta para el establecimiento de la línea media entre las partes.

H. Caso concerniente a la frontera terrestre y marítima (*Camerún v. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 10 de octubre de 2002

En este caso, las partes presentaron visiones muy distintas sobre qué efecto dar en la delimitación a la isla de Bioko, ubicada frente a las costas de Camerún pero parte del territorio de un tercer Estado (Guinea Ecuatorial). La Corte indicó que “las islas han sido a veces tomadas en consideración como una circunstancia relevante en la delimitación cuando tales islas se ubican en la zona a ser delimitada y se encuentran bajo la soberanía de una de las partes”. Y ya que la isla de Bioko no es territorio de las partes, su efecto “sobre la proyección marítima del frente costero de Camerún es un tema entre Camerún y Guinea Ecuatorial y no entre Camerún y Nigeria, y no es relevante para el asunto de delimitación ante la Corte”⁹¹. Por tal motivo, no se le consideró una circunstancia relevante a tener en cuenta para modificar la línea equidistante que la Corte trazó.

I. Caso concerniente a la controversia territorial y marítima en el Mar Caribe (*Nicaragua v. Honduras*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 8 de octubre de 2007

El Derecho aplicable en este caso fue el contenido en la Convención del Mar de 1982,

⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Op. cit. p. 52, párrafo 35; TANAKA, Yoshifumi. “Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation”. Op. cit. p. 204.

⁸⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Op. cit. p. 109, párrafo 222.

⁸⁷ *Ibíd.* p. 85, párrafo 149.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 109, párrafo 222.

⁸⁹ *Ibíd.* p. 99, párrafos 195-197.

⁹⁰ *Ibíd.* pp. 104-109, párrafo 219.

⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (*Camerún v. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente*)”. Sentencia. 2002. p. 446, párrafo 299.

ya que, al momento de la sentencia, ambos Estados la habían ratificado y se encontraba en vigor entre ellos⁹².

Cinco islas se ubicaban en el área relevante para la delimitación y, por tanto, su efecto fue evaluado para el trazado del límite marítimo. Esas islas se llamaban Cayo Bobel, Cayo Savanna, Cayo Port Royal, Cayo Sur y Cayo Edimburgo. Los cuatro primeros se encontraban bajo soberanía de Honduras; el último bajo la de Nicaragua. Todos se ubican más allá de los mares territoriales continentales de Nicaragua y Honduras, y cada uno de ellos no está separado por más de veinticuatro millas marinas de los demás. Los cuatro primeros se ubican más al sur de la línea de delimitación que solicitaba Nicaragua (una línea bisectriz desde la costa continental) pero más al norte de la pedida por Honduras (un paralelo de latitud)⁹³.

La particularidad de estas formaciones, que la Corte no dudó en calificar como islas, es que sólo generaban mares territoriales. Ello no porque la Corte las haya calificado como “rocas”, sino que simplemente tomó nota que las partes coincidían en que ellas “tienen derecho a generar sus propios mares territoriales en beneficio del Estado ribereño. La Corte recuerda que respecto de las islas en disputa, ninguna parte ha reclamado zonas marítimas distintas al mar territorial”⁹⁴. Así, sin un mayor análisis, la Corte se conformó con delimitar sólo lo que las partes reclamaban para sus islas.

Como estas islas no generaban zonas más allá de mares territoriales de doce millas marinas de extensión, la Corte diferenció entre las zonas de superposición de las áreas marítimas de las islas y la de las costas continentales⁹⁵. Las proyecciones marítimas de los dos Estados desde el continente

se extendían por 200 millas marinas e incorporaban toda la zona ocupada por las islas. En cambio, éstas últimas sólo generaban zonas que se superponían entre sí. La Corte decidió, entonces, hacer una diferencia entre el límite de los espacios proyectados desde el continente y el límite a ser trazado entre las islas. Como la primera línea fue trazada en dirección noreste (excepcionalmente una línea bisectriz en lugar de una línea equidistante) y pasaba por encima de las zonas de las islas, entonces se trazó una línea única que, partiendo de cerca del continente, se uniese a la de las islas al llegar a ellas y luego continúe al dejarlas atrás.

En lo que respecta a las islas, la Corte trazó un límite en base al artículo 15 de la Convención del Mar, una línea media, que separó las zonas de las cuatro islas hondureñas de la nicaragüense. La Corte no encontró que alguna circunstancia especial esté presente como para establecer un límite distinto⁹⁶.

Esta sentencia muestra cómo “cada delimitación es única”, pero también el “pragmatismo y la subjetividad”⁹⁷ inherentes a la delimitación marítima. En este caso, además que el límite de las zonas marítimas generadas por el territorio continental fue, por motivos que no pueden desarrollarse aquí, una bisectriz y no una línea equidistante, las islas fueron tratadas de manera completamente separadas y distintas a cómo se venían empleando; ellas no se utilizaron para trazar la inexistente línea media o equidistante ni para corregirla en tanto circunstancias especiales. Las islas sólo tuvieron un valor para la Corte en tanto entre ellas generaban mares territoriales que se superponían entre sí. El límite final fue entonces un añadido de dos límites trazados en base a distintos criterios.

⁹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (*Nicaragua v. Honduras*)”. Sentencia. 2007. p. 738, párrafo 261.

⁹³ *Ibid.* p. 702, párrafo 136 y pp. 738-739, párrafos 262-263.

⁹⁴ *Ibid.* pp. 738-739, párrafo 262.

⁹⁵ *Ibid.* p. 749, párrafo 299.

⁹⁶ *Ibid.* p. 760, párrafo 321 y p. 752, párrafo 304.

⁹⁷ CONDE PÉREZ, Elena. “Una bisectriz equidistante o la equidistancia a través de la bisectriz. El asunto de la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (*Nicaragua v. Honduras*). Sentencia de la CIJ de 8 de octubre de 2007”. En: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio; QUEL LÓPEZ, Francisco Javier y Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN (Editores). “El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)”. Bilbao: Universidad del País Vasco. 2010. p. 635.

J. Caso concerniente a la delimitación marítima en el Mar Negro (*Rumanía v. Ucrania*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2009

En este asunto las partes discutieron qué efecto otorgar para la delimitación a la isla de las Serpientes, territorio de Ucrania, ubicada unas veinte millas marinas al este del delta del Danubio, en el Mar Negro. Ella tiene una superficie aproximada de 0,17 kilómetros cuadrados y una circunferencia de aproximadamente 2000 metros⁹⁸. Los dos Estados eran partes de la Convención del Mar, por lo que sus disposiciones fueron el Derecho aplicable para la delimitación marítima.

Ucrania buscaba que la isla antes mencionada sea empleada como punto de base para el establecimiento de la línea equidistante provisional. Ello hubiera generado que Ucrania ganase todas las aguas entre sus costas continentales y la isla, a unas veinte millas marinas de distancia⁹⁹, y el límite se trace entre ella y la costa rumana. Rumanía buscaba que de ninguna manera se le otorgue a esa isla menor tal efecto para la delimitación. La Corte consideró que: “Contar a la isla de las Serpientes como parte relevante del litoral, equivaldría a insertar un elemento externo en la costa ucraniana; la consecuencia sería una remodelación judicial de la geografía, lo cual ni el Derecho ni la práctica de la delimitación marítima autoriza”¹⁰⁰.

La Corte había reconocido que la isla de las Serpientes generaba un mar territorial de doce millas marinas de extensión en virtud a un acuerdo previo entre las partes y notó que el arco generado por la isla se encontraba 2,5 millas marinas al norte de la línea equidistante provisional¹⁰¹. La cuestión era entonces determinar si también generaba plataforma continental y zona económica exclusiva que deban tomarse en cuenta para modificar tal línea provisional. Rumanía

ciertamente había argumentado que era una roca y que, por tanto, no generaba ninguna de esas zonas.

La Corte, sin embargo, evitó pronunciarse sobre si era una roca y, en lugar, afirmó que debido a la configuración particular de las costas y lo limitado del espacio sobre el cual podían generarse zonas marítimas, cualquier posible proyección de la isla más allá del mar territorial estaba subsumida en las proyecciones generadas por las costas continentales de Ucrania. Debido a ello, “la Corte concluye que la presencia de la isla de las Serpientes no genera la necesidad de ajustar la línea equidistante provisional”¹⁰².

K. Controversia concerniente a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala, Sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar de 14 de marzo de 2012

Éste, el primer y único caso de delimitación marítima hasta el momento resuelto por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, es también de interés pues muestra cómo el Tribunal basó su sentencia en la jurisprudencia previa de la Corte Internacional de Justicia y consideró a la isla presente en el caso en atención a los mismos criterios que venía empleando la Corte.

El hecho de que la sentencia provenga del Tribunal del Mar es ya una indicación de que el Derecho aplicable a las partes es el contenido en la CONVEMAR; en tanto, en principio, el Tribunal es competente para resolver controversias de los Estados partes respecto de la Convención (artículos 20 y 21 del Estatuto del Tribunal). En este caso, ambos Estados además habían aceptado la competencia del mismo¹⁰³.

La isla de San Martín, parte del territorio de Bangladesh, tiene un área de ocho kilómetros

⁹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima en el Mar Negro (*Rumanía v. Ucrania*)”. Op. cit. pp. 68-70, párrafo 16.

⁹⁹ *Ibíd.* p. 122, párrafo 187.

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 110, párrafo 149.

¹⁰¹ *Ibíd.* p. 110, párrafo 150.

¹⁰² *Ibíd.* pp. 122-123, párrafo 187.

¹⁰³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia concerniente a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (*Bangladesh v. Myanmar*)”. Op. cit. párrafos 46-47.

cuadrados y una población permanente de alrededor de siete mil personas. Se ubica casi a la misma distancia de las costas de los dos Estados, pero directamente al frente de la costa continental de Myanmar¹⁰⁴.

Debido a que la distancia entre la isla y Myanmar es menor a veinticuatro millas marinas, correspondía trazar entre ellas un límite exclusivamente para sus mares territoriales. Respecto al efecto que darle a la isla para tal límite, el Tribunal concluyó que: “[E]n las circunstancias de este caso, no existen razones imperiosas que justifiquen tratar a la isla de San Martín como una circunstancia especial para los propósitos del artículo 15 de la Convención o que eviten que el Tribunal le otorgue a la isla efecto pleno para el trazado de la línea de delimitación del mar territorial entre las partes”¹⁰⁵.

Consecuentemente, se trazó una línea equidistante que partió de las costas continentales de los dos Estados, giró y se ubicó entre la isla y la costa de Bangladesh y luego volvió a girar en torno a la isla y hasta el punto donde los mares territoriales de los dos Estados dejaron de superponerse¹⁰⁶.

El efecto de la isla respecto al límite de la zona económica exclusiva y la plataforma continental fue, sin embargo, muy distinto. Ya que se encuentra ubicada inmediatamente al frente del continente, al lado de Myanmar, del término del límite terrestre, su utilización para trazar la línea provisional “resultaría en una inmerecida distorsión de la línea de delimitación”, pues bloquearía la proyección de las costas de Myanmar¹⁰⁷.

Luego se evaluó si podría constituir una circunstancia relevante para modificar la línea provisional a favor de Bangladesh. Al respecto: “El Tribunal observa que el efecto a ser dado a una isla en la delimitación de la frontera marítima de la zona económica

exclusiva y la plataforma continental depende de las realidades geográficas y las circunstancias del caso específico. No existe una regla general al respecto. Cada caso es único y requiere un tratamiento específico, cuyo objetivo último es llegar a una solución equitativa”¹⁰⁸.

Si bien la isla es “un accidente importante que podría ser considerado como circunstancia relevante” para modificar la línea provisional de estas zonas, debido a su ubicación el Tribunal descartó esa posibilidad porque también “causaría una distorsión inmerecida de la línea de delimitación”, bloqueando la proyección de Myanmar¹⁰⁹.

L. Caso concerniente a la controversia territorial y marítima (*Nicaragua v. Colombia*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de noviembre de 2012

La delimitación marítima a ser efectuada por la Corte, en este caso, involucraba al conjunto de islas que conforman el archipiélago de San Andrés, así como una serie de rocas y elevaciones en bajamar correspondientes a Colombia, frente a las costas continentales de Nicaragua y una serie de islas y rocas vecinas de ese Estado.

La cercanía del archipiélago a Nicaragua hacía que las zonas marítimas proyectadas por Nicaragua, hasta una distancia de 200 millas marinas, cubran al archipiélago e incluso lo pasen y continúen en dirección al este. Las proyecciones marítimas del archipiélago se superponían a prácticamente la totalidad de las de Nicaragua, en todas direcciones. Colombia no es parte de la CONVEMAR por lo que era aplicable sólo el Derecho consuetudinario¹¹⁰.

La Corte consideró que las tres principales islas del archipiélago, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, generan mares

¹⁰⁴ *Ibid.* párrafos 143 y 149.

¹⁰⁵ *Ibid.* párrafo 152.

¹⁰⁶ *Ibid.* párrafo 164.

¹⁰⁷ *Ibid.* párrafo 265.

¹⁰⁸ *Ibid.* párrafo 317.

¹⁰⁹ *Ibid.* párrafo 318.

¹¹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre y marítima (*Nicaragua v. Colombia*)”. Op. cit. párrafo 137.

territoriales, zonas económicas exclusivas y plataformas continentales¹¹¹. Por su parte, las islas colombianas de Roncador, Serrana, los Cayos Albuquerque y los Cayos Este-Sudeste cuentan cada uno con por lo menos un mar territorial, pero la Corte no consideró necesario abordar la cuestión de “si cada una de estas islas cae en el marco de la excepción” prevista para las rocas en la CONVEMAR, ya que “cualquier derecho a espacios marítimos que puedan generar en el área relevante (fuera del mar territorial) se superpondría completamente al derecho a una plataforma continental y zona económica exclusiva generadas” por las tres islas principales del archipiélago¹¹².

Finalmente, la Corte determinó que una formación denominada Quitasueño, que corresponde también a Colombia, cuenta con una roca principal, llamada QS 32, que sólo proyecta un mar territorial por ser precisamente una roca. Sin embargo, a su alrededor hay una serie de elevaciones en bajar a menos de doce millas marinas de distancia, lo cual “significa que contribuyen a las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial” de la mencionada roca, de acuerdo con la norma reflejada en el artículo 13 de la Convención del Mar¹¹³.

Por otro lado, frente a las costas nicaragüenses existe una serie de islas y rocas bajo su soberanía, que incluyen las islas del Maíz en el sur y los cayos Miskitos en el norte. Las primeras se encuentran a unas veintiséis millas marinas de la costa continental pero entre los dos hay una cadena de “islotos” y “cayos” que generan “una cadena continua de mar territorial”. Los cayos Miskitos se ubican a diez millas marinas del litoral¹¹⁴. Por tales motivos, la Corte fue rápida en determinar que “las islas adyacentes a la costa nicaragüense son parte de la costa relevante y contribuyen a las líneas de base desde las que se miden” todas las zonas marítimas de Nicaragua¹¹⁵.

La Corte trazó la línea media provisional tomando en cuenta las islas nicaragüenses y colombianas más externas situadas frente a frente. Para este propósito sólo ignoró a la formación llamada Quitasueño, confirmando una vez más que la línea provisional puede ignorar puntos y líneas de base con los que cuenta cualquier isla para medir la anchura de su mar territorial¹¹⁶.

Seguidamente, la Corte consideró que las circunstancias relevantes para la modificación de la línea media provisional eran la disparidad en la extensión de las costas relevantes de las partes (que en una proporción de uno a 8,2 favorecía a Nicaragua) y “el contexto geográfico general, en el que la costa relevante colombiana consiste en una serie de islas, la mayoría de ellas muy pequeñas y ubicadas a distancias considerables unas de otras”¹¹⁷.

La Corte Internacional de Justicia determinó que no podía aceptar el pedido nicaragüense de enclavar cada isla colombiana en un pequeño mar territorial, menor incluso a las doce millas marinas, ya que “traería desafortunadas consecuencias para el manejo ordenado de los recursos marinos, la vigilancia y el orden público en general, todo lo cual estaría mejor servido con una más simple y coherente división del área relevante”¹¹⁸. Pero la Corte no agrupó a todas las islas juntas, sino que excluyó a Quitasueño y Serrana de las zonas marítimas compartidas por las principales islas colombianas, ya que “incluir estas islas y las aguas que las rodean permitiría que pequeños, aislados accidentes geográficos, que están localizados a una distancia considerable de las más extensas islas colombianas, tengan un efecto desproporcionado en el límite. La Corte, por tanto, considera que el uso de enclaves logra la solución más equitativa en esta parte del área relevante”¹¹⁹.

¹¹¹ *Ibíd.* párrafo 168.

¹¹² *Ibíd.* párrafo 180.

¹¹³ *Ibíd.* párrafo 183.

¹¹⁴ *Ibíd.* párrafo 143.

¹¹⁵ *Ibíd.* párrafo 201.

¹¹⁶ *Ibíd.* párrafos 201 y 202.

¹¹⁷ *Ibíd.* párrafo 229.

¹¹⁸ *Ibíd.* párrafo 230.

¹¹⁹ *Ibíd.* párrafo 238.

De esa forma, Colombia recibió tres grupos de zonas marítimas en el área de superposición, uno que agrupa a las principales islas del archipiélago y dos más al norte que forman enclaves de doce millas de diámetro para Quitasueño y Serrana. El límite del grupo principal fue ajustado, por cierto, hacia el este; para otorgar una mayor zona a Nicaragua, en atención, principalmente, de la disparidad de las costas relevantes.

VI. CONCLUSIONES

El análisis de casos que se ha efectuado permite realizar los siguientes grupos de afirmaciones generales.

A. Una isla podrá generar un efecto especial para la delimitación, siempre que no se trate del territorio principal cuyas proyecciones marítimas se están delimitando

Cuando la isla ha sido el territorio principal cuyas proyecciones marítimas se están delimitando, entiéndase porque es el único territorio terrestre que las genera para su Estado en el caso, o por ser el área terrestre de mayor extensión de su Estado en el caso, su condición de isla se vuelve irrelevante. Tal fue el caso de la isla de Malta, de Groenlandia y Jan Mayen, así como de la isla de Baréin. A ellas no se les dio ningún tipo de tratamiento especial. En el caso de Malta, es más, el hecho que junto con sus otras principales islas constituya un “Estado insular” no significó un trato distinto y preferente, sino que simplemente se entendió que esa condición no debía perjudicarla.

En el caso *Nicaragua v. Colombia*, la Corte tomó en cuenta que las principales islas del archipiélago de San Andrés, fuente principal de las proyecciones marítimas de Colombia en el caso, constituyen un archipiélago; y evitó separar sus proyecciones marítimas para que no queden enclavadas entre aguas nicaragüenses. Entendió que así se conseguía un resultado equitativo. Pero ello fue consecuencia de las particularidades geográficas del caso y de cómo la costa nicaragüense proyectaba zonas marítimas alrededor de las islas. Fue entonces un caso excepcional que no altera la afirmación general hecha previamente.

En cambio, cuando una isla –incluidas las rocas–, no es el territorio principal que genera

las zonas marítimas que se están delimitando, ésta podrá generar efectos particulares y distintos para la delimitación. Es que entonces la isla, dependiendo de dónde se ubique, de su extensión y de qué zonas marítimas genere, será un importante factor geográfico adicional a tener en cuenta.

La isla puede ubicarse entre las costas principales de las partes (Isla de las Serpientes), o directamente en frente de la costa del otro Estado (Isla de San Martín), o más alejada y generando proyecciones marítimas inesperadas a su Estado (islas de Kerkennah) y entonces, de pronto, la geografía del caso se complica y se vuelve necesario evaluar cómo tratar y qué valor dar o no a las zonas marítimas que estos espacios generan en la delimitación.

B. Para el trazado de la línea media o equidistante provisional, las islas podrán ser ignoradas si, por su ubicación, considerarlas les otorgaría un efecto desproporcionado a su importancia relativa en el caso

La jurisprudencia muestra muchos casos en los que no se ha otorgado ningún valor a una isla para el establecimiento de la línea media o equidistante provisional, según sea el caso, cuando esa isla no ha sido el territorio principal a delimitar (recuérdense las pequeñas islas del Golfo de Maine, la roca Filfla en Libia/Malta, Qit’at Jaradah en *Qatar v. Baréin*, la Isla de las Serpientes en el caso del Mar Negro, la Isla de San Martín para las zonas distintas al mar territorial en *Bangladesh v. Myanmar* y Quitasueño en *Nicaragua v. Colombia*).

Como se recuerda, el establecimiento de una línea media o equidistante provisional es el primer paso en la delimitación marítima según el método que ha desarrollado y consolidado la jurisprudencia internacional. Es un método completamente inventado por esa jurisprudencia, que incluso ha sido dejado de lado cuando en el caso particular se ha considerado inconveniente o impracticable emplearlo (piénsese en la línea bisectriz de *Nicaragua v. Honduras*).

Entonces, no existen normas que determinen cómo efectuar ese primer paso, ni mucho menos que ese paso se debe necesariamente efectuar. Pero cuando se emplea –que ha sido casi siempre– la Corte o Tribunal ha

considerado las circunstancias geográficas particulares del caso y frecuentemente ha ignorado cualquier accidente geográfico que de ser tomado en cuenta alteraría la línea provisional de una manera indeseada y desproporcional al accidente en sí.

Se puede afirmar entonces que el efecto de una isla para el trazado de la línea media o equidistante provisional responde a las circunstancias y factores principalmente geográficos de cada caso. Lo mismo ocurre con otros accidentes geográficos como una pequeña península en la costa o una escotadura en la misma.

Cada caso será distinto. En *Qatar v. Baréin* la Corte no ignoró a las Islas Hawar, muy próximas a la península de Qatar y alejadas de la Isla de Baréin, por lo que tuvieron un efecto importante en el establecimiento del límite. Otras alternativas posibles e igualmente válidas hubieran sido no tomarlas en cuenta para la línea provisional pero después considerarlas circunstancias que ameriten la modificación de esa línea para incorporarlas o incluso enclavarlas. En *Nicaragua v. Colombia*, la Corte tuvo en cuenta a las muchas pequeñas islas nicaragüense frente al litoral de su Estado. Pudo haberlas ignorado y luego igual modificado la línea media provisional para dar mayor valor a las mayores costas de Nicaragua. La Corte y el Tribunal cuentan entonces con un gran margen de maniobra para, según las circunstancias del caso y con el propósito de lograr un resultado equitativo, emplear o ignorar a una isla en el trazado de la línea provisional.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que considerar o no a una isla para el establecimiento de un punto de base sobre el cual trazar la línea media o equidistante provisional en un proceso de delimitación es una operación distinta y separada del establecimiento de puntos y líneas de base para medir las zonas marítimas de esa isla. La Corte puede o no emplear los puntos y líneas de base establecidos por un Estado en una isla pero ello no los invalida para los que el

estado los creó. Piénsese en la roca Filfla de Malta, ignorada para efectos de la línea media provisional sin que afecte el hecho que Malta la emplea para trazar líneas de base rectas alrededor de sus islas.

C. De acuerdo a las circunstancias del caso, la presencia de una isla puede ser considerada como una circunstancia especial o relevante que haga necesaria la modificación de la línea media o equidistante provisional

Para la delimitación de mares territoriales la norma convencional y consuetudinaria establece que salvo “circunstancias especiales” (o derechos históricos, o acuerdo en contrario) el límite deberá ser una “línea media”¹²⁰. La presencia de una isla puede constituir tal circunstancia especial. En *Qatar v. Baréin*, la Corte Internacional de Justicia evaluó esa posibilidad pero no encontró que alguna de las islas amerite establecer una línea distinta. En *Nicaragua v. Honduras*, ninguna circunstancia de ese tipo fue detectada en torno a las islas. En *Bangladesh v. Myanmar*, la Isla de San Martín fue descartada como circunstancia especial.

Respecto de la delimitación de plataformas continentales y zonas económicas exclusivas, la norma sólo señala que se deberá “llegar a una solución equitativa”¹²¹. La jurisprudencia es la que ha desarrollado el concepto de “circunstancias relevantes” que hagan necesario el ajuste de la línea media o equidistante provisional. Las islas siempre han sido consideradas como potenciales circunstancias relevantes. Piénsese en la isla de la Foca en el caso del Golfo de Maine, que generó la modificación de la línea, o de la isla de las Serpientes en el caso del Mar del Norte y de la isla de San Martín en *Bangladesh v. Myanmar*, que no ameritaron un ajuste similar.

Una vez más, las islas podrán generar este efecto dependiendo de las circunstancias particulares del caso, sobre todo de factores geográficos como la ubicación de la isla y el

¹²⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 15.

¹²¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 83 y 74, respectivamente.

tamaño relativo a las demás costas de las partes.

Nótese que parece existir una tendencia a que si la isla fue tomada en cuenta para el trazado de la línea provisional, entonces la presencia de la isla en sí ya no podrá ser una

circunstancia especial o relevante, aunque sí podrá serlo una desproporción en las extensiones de las costas relevantes de las partes, incluidas las de las islas, o el hecho que la isla forme parte de un archipiélago, como ocurrió con las islas colombianas principales del archipiélago de San Andrés.

MANDATARIOS AL BANQUILLO: LOS LEGADOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* Y DESAFÍOS ACTUALES PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL JUZGAMIENTO DE LOS JEFES DE ESTADO EN FUNCIONES

Michelle Reyes Milk*

En el presente artículo, la autora analiza el fenómeno político e internacional contemporáneo que ha empezado a darse de forma acelerada desde el final de Guerra Fría y con el reciente proceso denominado “la Primavera Árabe”: Los juicios realizados contra autócratas y dictadores incluso antes de ser derrocados, las implicancias que esos procesos han tenido en la jurisprudencia internacional y el impacto de estos mismos juicios en el funcionamiento de las instituciones judiciales, así como su legitimidad para proceder y sus alcances.

*Sobre el particular, la autora contrapone dos modelos institucionales que se retroalimentan pero, a su vez, son propensos a entrar en conflicto respecto de estos mismos casos: Los Tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional.*

* Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI).

I. LAS SITUACIONES DE DARFUR (SUDÁN) Y LIBIA: EL ROL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA REMISIÓN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante, Consejo de Seguridad) adoptó, de forma unánime, la Resolución 1970 (2011); la cual, entre otras acciones, “decide remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional”¹. Tan sólo unos días después, el 3 de marzo del mismo año, el entonces Fiscal de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte), el argentino Luis Moreno Ocampo, decidió abrir formalmente una investigación en Libia por los presuntos crímenes cometidos en el territorio de aquel Estado desde el 15 de febrero de aquel año, y que caerían bajo la competencia de la Corte. Así, sin mucha dilación, Libia se convirtió en la sexta situación ante la Corte Penal Internacional², y la Fiscalía procedió a identificar los presuntos responsables de los crímenes bajo competencia de la Corte³. El 16 de mayo de aquel año, Moreno Ocampo solicitó a los jueces de la Corte la emisión de tres órdenes de arresto contra quienes consideró albergaban la mayor responsabilidad penal por los crímenes internacionales cometidos en Libia en el contexto de la llamada Primavera Árabe: El entonces Presidente libio Muammar Gaddafi, su hijo Saif al-Islam Gaddafi, y su jefe de inteligencia Abdullah al-Senussi. En concreto, la Fiscalía solicitó la emisión de órdenes de

detención contra los tres individuos en torno a los cargos de homicidio y persecución, ambos como crímenes de lesa humanidad, según lo estipulado en el artículo 7 del Estatuto de Roma –el tratado fundacional de la Corte. El 27 de junio siguiente, la Sala de Cuestiones Preliminares I atendió la solicitud de la Fiscalía de modo favorable y emitió dichas órdenes de detención contra ambos Gaddafi (padre e hijo) y al-Senussi⁴.

Si bien Libia no es un Estado parte del Estatuto de Roma, la remisión de la situación de Libia por parte del Consejo de Seguridad brindó luz verde para activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los presuntos crímenes internacionales cometidos en Libia. La Corte, al igual que la mayoría de los tribunales nacionales, ejerce su jurisdicción, de manera ordinaria, en torno a los principios de territorialidad y nacionalidad, por lo que podrá ejercer su competencia por aquellos crímenes internacionales regulados en el Estatuto de Roma que se cometen en el territorio de un Estado parte o por el nacional de un Estado parte⁵. Estos conectores no tienen que operar conjuntamente, lo cual resulta en que la Corte, por ejemplo, pueda ejercer competencia por los crímenes cometidos por un nacional de un Estado no parte pero en el territorio de un Estado parte al Estatuto, y viceversa, según lo estipulado en el artículo 12 del Estatuto⁶.

Cabe aclarar que si bien la Corte Penal Internacional no es un órgano de las Naciones Unidas y que, además, se constituye como una orga-

¹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1970 de fecha 26 de febrero de 2011.

² A la fecha, la Corte Penal Internacional ha abierto 8 investigaciones en los siguientes países: República Democrática del Congo (abierta en el 2004), Uganda (abierta en el 2004), Darfur, Sudán (abierta en el 2005), República Centroafricana (abierta en el 2007), Kenia (abierta en el 2010), Libia (abierta en el 2011), Costa de Marfil (abierta en el 2011) y Mali (abierta en el 2013).

³ Adoptado el 17 de julio de 1998, y en vigor desde el 1 de julio de 2002, el Estatuto de Roma –el tratado fundacional de la Corte Penal Internacional– dota a dicha Corte la capacidad de juzgar a aquellos **individuos** presuntamente responsables por la comisión del crimen de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, de crímenes de guerra y del crimen de agresión, según lo estipulado en el artículo 5 de dicho tratado internacional. La Corte Penal Internacional no es retroactiva y, por lo tanto, únicamente puede ejercer su jurisdicción a partir del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto.

⁴ Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Muammar Mohamed Abu Minyar Gaddafi, 27 June 2011. Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Saif al-Islam Gaddafi, 27 June 2011. Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi, 27 June 2011.

⁵ A la fecha, el Estatuto de Roma cuenta con 122 Estados parte, lo cual se traduce en casi dos tercios de la totalidad de Estados en la Comunidad Internacional. Cabe resaltar que Sudamérica constituye la única región donde todos los Estados han reconocido la competencia de la Corte. En el caso de la Unión Europea, todos sus Estados miembros también son parte del Estatuto, aunque, en términos geográficos, no toda Europa occidental se encuentra representada, ya que Mónaco aún no ha ratificado el Estatuto.

⁶ Artículo 12.- “Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

a. El Estado que pase a ser parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

nización internacional por sí misma, desde sus orígenes ha tenido una relación estrecha con la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU). Ello se manifiesta en el Acuerdo de Relación firmado por ambas organizaciones en el 2004, que afianza la cooperación entre ambas organizaciones. La Corte y la ONU están dotadas de mandatos específicos en torno a la justicia internacional, aunque ello no significa que no haya coordinaciones frecuentes entre ambas organizaciones⁷. Una de esas coordinaciones radica, justamente, en el rol asignado al Consejo de Seguridad en el propio Estatuto de Roma, en torno a la capacidad del Consejo de Seguridad de remitir situaciones (y no casos concretos) a la Corte para su investigación, según los términos del artículo 13.b. Dicha remisión puede darse sin atender los conectores de territorialidad ni de nacionalidad⁸.

La relación entre el Consejo de Seguridad y el sistema instaurado por el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional responde a un fuerte contenido axiológico, en la medida que el Estatuto de Roma termina por consolidar y reafirmar la relación intrínseca entre dos valores esenciales para la convivencia internacional: La paz y la justicia. Lo que otrora se consideró (y, en ciertos escenarios, se sigue considerando) como dos intereses que no podían conciliarse mutuamente –pensemos en quienes alegaban que la investigación de la Corte en Sudán afectaría el proceso de paz en aquel país africano–, hoy se traduce en una creciente tendencia hacia la aceptación de que no existirá una paz duradera sin una justicia efectiva. Este vínculo esencial fue lo que justificó el establecimiento de los tribunales

militares internacionales tras la Segunda Guerra Mundial (Nuremberg y Tokio) pero, sobre todo, lo que justificó el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda en la década de los noventa.

De este modo, cabe recordar que el rol asignado al Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma se condice con el mandato fundacional de la propia ONU: La promoción de la paz y seguridad internacional. De acuerdo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, esta tarea le corresponde por excelencia al Consejo de Seguridad. Así, ante la barbarie cometida en Ruanda y la ex Yugoslavia durante la década de los noventa en el marco de los conflictos armados que se produjeron en cada uno de estos espacios, el Consejo de Seguridad se vio ante la urgente tarea de explorar qué medidas tomar para frenar aquellos actos, catalogados como crímenes internacionales, que arrojaron un número exorbitante de víctimas, pero también para prevenir la futura comisión de tales crímenes y para abordar los mismos desde un plano judicial. Fue así como el vínculo entre la paz y la justicia dejó de considerarse desde un plano teórico o utópico para incorporar una discusión con efectos empíricos y pragmáticos. Pues si bien no existía duda sobre el rol del Consejo en términos de paz y seguridad internacional, no existe un mandato específico para el Consejo de Seguridad, en torno al establecimiento de tribunales penales internacionales. La solución adoptada por el Consejo en 1993 y 1994 –establecer el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda a través de una resolución del Consejo de

- b. En el caso de los apartados a ó c del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:
- (i) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
 - (ii) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.
- c. Si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

⁷ Al respecto, puede revisarse el siguiente enlace: <http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=unicc&lang=es>.

⁸ Artículo 13.- “Ejercicio de la competencia

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto, si:
[...]

- b. El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes [...]”.

Seguridad— significó un precedente inigualable en el Derecho Penal Internacional y reafirmó la teoría de las competencias implícitas de la propia ONU y del Consejo de Seguridad: La capacidad de tomar las medidas necesarias para cumplir con su mandato⁹: En este caso, el establecer los tribunales penales *ad hoc* en favor de la paz y la seguridad internacional, bajo los parámetros del artículo 41 de la Carta de la ONU (medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada)¹⁰.

Al respecto, cabe aludir a lo precisado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso de Milosevic, al responder a la objeción preliminar presentada por la defensa del ex presidente yugoslavo en torno a la ilegalidad de la creación del tribunal: “In the Chamber’s view, the establishment of the International Tribunal with power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia [...] is, in the context of the conflict in the country at that time, pre-eminently a measure to restore international peace and security”¹¹.

La remisión de la situación de Libia a la Corte Penal Internacional por parte del Consejo de Seguridad no constituiría la primera vez que el Consejo hiciera uso de dicha facultad. En efecto, si bien aquella remisión fue la primera en contar con un acuerdo unánime entre los 15 miembros del Consejo —incluyendo a sus cinco miembros permanentes¹²—, aquel órgano de la ONU ya había hecho uso de

aquella facultad en el año 2005, al decidir remitir la situación de Darfur, Sudán (por los graves crímenes cometidos en esa zona) a la Corte¹³.

Ahora bien, los términos del Estatuto de Roma establecen claramente el mandato del Consejo de Seguridad de remitir una situación, mas no un caso concreto. Ello significa que le corresponde a la Fiscalía realizar la investigaciones correspondientes para poder identificar quiénes podrían ser objeto de una orden de comparecencia o una orden de detención (dependiendo de si existe el riesgo de que la persona no comparezca ante la Corte, ponga en peligro la investigación o para impedir que la persona siga cometiendo un crimen bajo la competencia de la Corte)¹⁴. Ello reafirma no sólo la independencia de la Fiscalía, sino que constituye una salvaguardia para impedir una politización de los casos concretos ante la Corte.

II. LOS CASOS DE BASHIR Y GADDAFI Y LA DESESTIMACIÓN DE INMUNIDADES ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 14 de julio de 2008, el antiguo Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte que emita una orden de detención contra el Presidente de Sudán, Omar Hasan al Bashir, por su presunta responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de genocidio¹⁵. La Sala de

⁹ La competencia del Consejo de Seguridad para establecer un tribunal penal internacional derivado de sus competencias implícitas fue analizado detenidamente por la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su Decisión Relativa a la Apelación de la Defensa concerniente a la Excepción Prejudicial de Incompetencia, emitida el 2 de octubre de 1995. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 de octubre de 1995. párrafos 33-36.

¹⁰ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido mediante la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, adoptada el 25 de mayo de 1993. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue establecido mediante la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, adoptada el 8 de noviembre de 1994. Cabe precisar que fue el propio Estado ruandés el que solicitó al Consejo de Seguridad el establecimiento de dicho tribunal.

¹¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Decisión del 8 de noviembre del 2001 (decisión sobre objeciones preliminares). párrafo 7.

¹² Cabe recordar que de los 5 miembros permanentes al Consejo de Seguridad, sólo 2 de ellos, el Reino Unido y Francia, son Estados partes al Estatuto de Roma.

¹³ La remisión de la situación de Darfur, Sudán a la Corte Penal Internacional tiene como antecedente legal la adopción de la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, emitida el 31 de marzo de 2005. En aquella ocasión, si bien no se contó con la unanimidad de todos los Estados Miembros, ningún miembro permanente utilizó su derecho al veto.

¹⁴ Véase el artículo 58 del Estatuto de Roma.

¹⁵ Summary of the Case, Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest under Article 58 against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, adoptada el 14 de julio de 2008. Véase en: www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf. Véase

Cuestiones Preliminares I emitió, en el año 2009, una orden de detención por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra¹⁶ y, tras analizar con detenimiento la evidencia presentada por la Fiscalía, emitió una segunda orden de detención por el crimen de genocidio¹⁷. En dichas órdenes de detención, a Bashir se le acusa, como autor mediato o coautor, por cinco cargos de crímenes de lesa humanidad (asesinato, exterminio, traslado forzoso de población, tortura y violación), dos cargos de crímenes de guerra (el crimen de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades, y el crimen de saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto), y tres cargos de genocidio (matanza de miembros de grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; y sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial)¹⁸.

Si bien Omar al Bashir continúa, a la fecha, en su cargo como Presidente de Sudán, permaneciendo como un prófugo de la justicia internacional (dado que la Corte no lleva a cabo juicios *in absentia*), el caso de al Bashir permanece como un referente inevitable en el proceso de evolución del principio de inmunidad. Si bien los tribunales nacionales aún son reticentes al momento de desestimar el principio de inmunidad de Jefes de Estado extranjeros (en funciones)

ante la comisión de crímenes internacionales –a pesar de importantes excepciones–, la inmunidad como defensa ante los tribunales penales internacionales ha sido rechazada desde las primeras experiencias en el Derecho Penal Internacional. En efecto, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales ya rechazaban la inmunidad de los altos funcionarios estatales como defensa, aun cuando se tratara de Jefes de Estado en actividad (aunque ello no alcanzó, por razones políticas, al Emperador Hirohito de Japón), pero serían los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda los que brindarían un mayor desarrollo a este principio esencial del Derecho Internacional Público¹⁹. La desestimación al principio de inmunidad también ha sido establecida en el Estatuto para el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁰. Finalmente, el Estatuto de Roma contempla dicha excepción en su artículo 27, al contemplar lo siguiente:

Artículo 27.- “Improcedencia del cargo oficial
1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

también: Public Redacted Version of Prosecution’s Application under Article 58 filed on 14 July 2008, adoptada el 12 de septiembre de 2008. Véase en: www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-157-ENG.pdf.

¹⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir*. Warrant of Arrest for Omar Hassan al Bashir. 4 de marzo de 2009.

¹⁷ *Ibíd.* Second Warrant of Arrest for Omar Hassan al Bashir. 12 de julio de 2010.

¹⁸ Para un resumen del caso Bashir, así como los documentos relevantes, véase: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/Pages/icc02050109.aspx.

¹⁹ Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

[...]

b. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.

[...].”

Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

[...]

b. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena [...].”

²⁰ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona

“Article 1.- The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, **including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone**” [El énfasis es nuestro].

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho Internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

Si bien el artículo 27 deberá leerse a la luz del artículo 98.1 del Estatuto²¹, lo cierto es que existen posiciones divergentes en la doctrina en torno al alcance de este último artículo, en la medida que algunos consideran que todo Estado parte deberá garantizar la judicialización de un sospechoso, provenga o no de un Estado parte al Estatuto, mientras que otros consideran que el alcance de ese artículo variará si se está ante el nacional de un Estado no parte.

El artículo 98 tiene como objetivo evitar el conflicto de intereses entre los Estados al momento en que la Corte requiera la cooperación de un Estado para poder ejercer su competencia²². Ello responde al hecho de que los Estados pueden celebrar tratados bilaterales o multilaterales, en los cuales acuerden reconocer las inmunidades *ratione personae* o *ratione materiae* de sus funcionarios. Asimismo, muchas de estas inmunidades tienen su origen en obligaciones internacionales consuetudinarias. Por lo tanto, al momento de ratificar el Estatuto, un Estado podrá verse sometido ante obligaciones concurrentes derivadas de dichos acuerdos o dichas obligaciones.

Es importante enfatizar el hecho de que el Estatuto de Roma **no prevé** situaciones en que se pueda invocar el principio de inmunidad ante la Corte. De este modo, el artículo 98 **no** se presenta como una excepción al principio de inmunidad, sino que plantea un requisito procedimental y de jurisdicción: La renuncia a la inmunidad de un funcionario estatal por parte de un tercer Estado²³. Por lo tanto, no reduce los efectos del artículo 27 (el cual resulta aplicable para efectos de la emisión de una orden de detención y para el desarrollo del proceso en sí, al desestimar el principio de inmunidad en ambos contextos), pero puede surtir efectos al momento en que un tercer Estado deba entregar a un extranjero ante la Corte²⁴.

Son dos las interpretaciones que podrán hacerse del artículo 98.1²⁵. La primera de ellas consiste en llevar a cabo una interpretación literal, por lo que surge un problema de coordinación y compatibilidad con el artículo 27. Sobre la base de esta interpretación, la Corte solamente podrá dar curso a una solicitud de entrega una vez que haya obtenido la renuncia a la inmunidad por parte del Estado requirente, **al margen de que el Estado requirente sea o no un Estado parte**. En este sentido, bajo esta interpretación, el término “tercer Estado” contemplado en el artículo 98.1 no alude a un Estado que no es parte del Estatuto, sino que se plantea en oposición al Estado requerido. Por lo tanto, “el tercer Estado” vendría a ser el Estado requirente, nacional del sospechoso. De este modo, bajo esta primera interpretación, la renuncia a la inmunidad por un tercer Estado

²¹ Artículo 98.- “Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, amén que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.

²² TRIFFTERER, Otto. “Article 27”. En: TRIFFTERER, Otto. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article”. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft. 1999. p. 513.

²³ Véase SCHABAS, William. “An Introduction to the International Criminal Court”. Cambridge: Cambridge University Press. 2001. p. 64.

²⁴ Véase al respecto PROST, Kimberly y Angelika SCHLUNCK. “Article 98”. En: TRIFFTERER, Otto. Op. cit. p. 1132.

²⁵ Véase GAETA, Paola. “Official Capacity and Immunities”. En: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y John JONES. “The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary”. Volumen I. Nueva York: Oxford University Press. 2002. p. 962 y siguientes.

constituiría siempre una *conditio sine qua non* para la ejecución de una orden de detención y solicitud de traslado con respecto a individuos que gozan de inmunidades personales según el Derecho Internacional. Según Akande²⁶, esta primera interpretación no anula del todo el efecto del artículo 27, pero le deja poco alcance al mismo.

Por lo tanto, coincidimos plenamente con Gaeta al considerar que esta primera interpretación es incoherente con el objeto y fin del tratado²⁷. Precisamente, al admitir que la renuncia de la inmunidad será siempre necesaria, más allá de que el Estado requirente sea o no un Estado parte, estaríamos admitiendo que, en efecto, el artículo 27.2 resulta bastante inútil. Pues, como bien señala Akande, el artículo 27.2 resultaría efectivamente inútil si no se prevé supuesto alguno en que los individuos que gocen de las inmunidades personales puedan ser llevados ante la Corte²⁸.

Para dotar no sólo de utilidad, sino también de sentido al artículo 27, será necesario acudir a una interpretación más realista e integradora del artículo 98.1, precisamente aquella que guarde coherencia con el objeto y fin del tratado. En este sentido, Gaeta²⁹ es de la posición que el artículo 98.1 solamente exigirá la renuncia de la inmunidad, como *conditio sine qua non* para que la Corte emita una orden de detención, cuando el Estado requerido haya contraído una obligación internacional con un Estado que no es parte del Estatuto de Roma. Solamente en este supuesto es que el Estatuto de Roma mantiene las inmunidades personales establecidas en el Derecho Internacional consuetudinario de aquellos funcionarios de los Estados que no hayan ratificado el Estatuto³⁰. En opinión de Akande:

“A more compelling argument in support of the view that article 98.1 benefits only non-parties is that an interpretation that allows officials of states parties to rely on international law immunities when they are in other states would deprive the statute of its stated purpose of preventing impunity and ensuring that the most serious crimes of international concern do not go unpunished”³¹.

Por lo tanto, para que sea aplicable el supuesto previsto en el artículo 98.1, el tercer Estado –bajo esta segunda interpretación, deberá entenderse al término “tercer Estado”, como Estado no parte al Estatuto³²– en la relación triangular (el Estado requirente) deberá ser un Estado no parte al Estatuto que no tenga una obligación de cooperar con la Corte y que no esté obligado bajo el principio de complementariedad³³. En efecto, la lógica detrás de esta segunda interpretación radica en el hecho de que el tercer Estado (que no es parte al Estatuto), al no estar vinculado con la Corte, no tiene la obligación, ante ésta, de juzgar a un nacional suyo del cual se sospecha haya cometido algún crimen dentro de la competencia de la Corte. Por consiguiente, el Estado requirente, que no ha ratificado el Estatuto de Roma, no tiene una relación vertical para con la Corte, y se deberá honrar las obligaciones internacionales contraídas entre el Estado requerido, que es parte del Estatuto, y el Estado requirente que no es parte del Estatuto, por lo que la Corte deberá esperar, en esta situación, a que se dé una renuncia a la inmunidad del agente por parte del Estado requirente para poder proceder con la orden de detención. Esta situación tiene una excepción: La remisión de un caso por el Consejo de Seguridad, donde se activa el artículo 103 de la Carta de la ONU, por lo que todos los Estados miembros de la ONU tendrán la obligación

²⁶ AKANDE, Dapo. “International Law Immunities and the International Criminal Court”. En: American Journal of International Law 98. Tomo III. 2004. p. 424.

²⁷ GAETA, Paola. Op. cit. p. 993.

²⁸ AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 425.

²⁹ GAETA, Paola. Op. cit. p. 994.

³⁰ Ello siempre y cuando la Corte no obtenga, previamente, una renuncia de inmunidad por parte del Estado no parte al Estatuto.

³¹ AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 423.

³² Véase GAETA, Paola. Op. cit. Loc. cit.

³³ El principio de complementariedad, recogido tanto en el Preámbulo del Estatuto de Roma como en los artículos 1 y 17 del mismo, establece que los Estados tienen jurisdicción primaria para investigar y enjuiciar a los presuntos autores de crímenes internacionales. Dado ello, según este principio, la Corte Penal Internacional únicamente ejercerá su competencia cuando los Estados no quieran (falta de voluntad) o no puedan (falta de capacidad) llevar a cabo tales procesos.

de cooperar en la entrega y/o detención del acusado, más allá del consentimiento de los Estados implicados³⁴. Este es el caso tanto de Omar al Bashir como, en su momento, de Muammar Gaddafi (antes de su fallecimiento), dado que tanto la situación en Darfur cuanto la situación en Libia se derivan de remisiones por parte del Consejo de Seguridad (en el cual no entra en juego los conectores de territorialidad ni de personalidad).

Tal como podemos apreciar, la derogación de las inmunidades planteada en el artículo 27 del Estatuto no sólo opera a nivel vertical (entre la Corte y el Estado requerido) sino que opera también a nivel horizontal en las relaciones *vis-à-vis* entre los Estados parte al Estatuto de Roma³⁵. Precisamente, si el Estado requerido se encuentra obligado *vis-à-vis* con un Estado parte del Estatuto, no se requiere una renuncia previa a la inmunidad por parte del Estado requirente, para que la Corte pueda emitir una orden de detención o traslado de aquellos individuos que, en las relaciones internacionales entre el Estado requerido y el Estado requirente gozan de inmunidades. Después de todo, aquel Estado requirente que haya ratificado el Estatuto de Roma tiene también la obligación de cooperar con la Corte. En este sentido, en virtud del artículo 98.1 así como la obligación de cooperación con la Corte plasmada en los artículos 86 y siguientes del Estatuto de Roma, el Estado requerido se encuentra obligado a acatar una solicitud de entrega de la Corte aún si el Estado requirente –siempre y cuando sea un Estado parte al Estatuto o en su defecto haya habido una remisión por el Consejo– no tenga la intención de renunciar a la inmunidad del acusado. Ello, claro está, debe analizarse a la luz del principio de complementariedad, en la medida que si el Estado requirente tiene la intención (y pueda hacerlo) de juzgar al sospechoso, entonces el

Estado requerido podrá entregarlo al Estado requirente.

Atendiendo a ello, podemos afirmar que el Estatuto de Roma que crea la Corte no deroga las inmunidades generales del Derecho Internacional, sino tan sólo las deroga para efectos de la entrega ante la Corte, tanto a nivel vertical, cuanto a nivel horizontal en las relaciones internacionales entre los Estados parte al Estatuto³⁶.

Es atendiendo al artículo 27 que la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I una orden de detención contra el ex Presidente Libio, Muammar Gaddafi, la cual fue emitida por esta Sala el 27 de junio de 2011. En dicho orden de detención, a Muammar Gaddafi se le imputaron dos cargos de crímenes de lesa humanidad como coautor mediato: Asesinato como crimen de lesa humanidad y persecución (de un grupo o colectividad con identidad propia) como crimen de lesa humanidad.

Por otro lado, cabe referirnos al caso contra el antiguo presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, quien ya se encuentra en La Haya a la espera de la apertura del juicio contra su persona ante la Corte Penal Internacional. El 23 de junio de 2011, el entonces Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, solicitó a los jueces de la Corte autorización para la apertura de una investigación en Costa de Marfil, acudiendo a sus facultades de iniciar una investigación de *proprio motu*, según lo estipulado en el artículo 15 del Estatuto. Dicha solicitud se hizo con el fin de investigar presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en aquel país desde el 28 de noviembre de 2010. La decisión del Fiscal se basó en los acontecimientos ocurridos en el marco de la violencia post electoral de 2010, la cual dejó

³⁴ LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ. “La Corte Penal Internacional, Justicia vs. Impunidad”. Barcelona: Ariel. 2001. p. 146.

³⁵ Si bien Gaeta afirma, en la página 996 de la obra citada, que “Indeed the derogation from customary (and treaty) law provided for in the Statute only operates within the framework of vertical relations [...] By contrast, that derogation does not operate at the horizontal level, i.e. at the level of relations between **States Parties** to the Statute” [El énfasis es nuestro], la autora se corrige en la página 1000, al precisar que “Thus, an important derogation from customary international law is provided for in the Statute. However, this derogation only operates (i) at the vertical level [...] and (ii) by virtue of Article 98(1), only in the reciprocal relationships between States Parties to the Statute” [El énfasis es nuestro]. Véase GAETA, Paola. Op. cit. pp. 996 y 1000. Asimismo, sobre la relación vertical y horizontal entre los Estados y el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Blaskić (subpoena)*. Decisión del 29 de octubre de 1997 (Cámara de Apelaciones). párrafo 47.

³⁶ Véase al respecto AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 424.

un saldo de 3000 muertos, 72 desaparecidos y 520 personas privadas de su libertad arbitrariamente, según las cifras presentadas por la Fiscalía en su solicitud.

Si bien Costa de Marfil no era, a la fecha, un Estado parte al Estatuto, tanto el propio Gbagbo cuanto su sucesor, Alassane Ouattara, habían solicitado a la Corte la apertura de una investigación en Costa de Marfil, haciendo uso del artículo 12.3 del Estatuto, el cual permite a un Estado no parte al Estatuto solicitar a la Corte que ejerza competencia sobre un crimen contemplado en el Estatuto de Roma (mientras que Gbagbo había solicitado que la investigación se remonte al año 2003, Ouattara solicitó que la misma se remontara a noviembre 2010)³⁷.

El 3 de octubre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizó al Fiscal abrir la investigación en Costa de Marfil por hechos acaecidos desde el 28 de noviembre de 2010 y, el 22 de febrero de 2012, la misma Sala expandió el ámbito de investigación para incluir también crímenes cometidos entre el 19 de setiembre de 2002 y el 28 de noviembre de 2010, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos tanto por las fuerzas de Gbagbo cuanto por fuerzas de su rival político Ouattara. Dichos crímenes incluirían asesinato, violación sexual, desaparición forzada, saqueos, tortura, privación arbitraria de la libertad y ataques contra la población civil. El 23 de noviembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III emitió una orden de detención contra Laurent Gbagbo, acusándolo, bajo coautoría mediata, de cuatro crímenes de lesa humanidad: Asesinato, violación y otras formas de violencia sexual, persecución y otros actos inhumanos. Gbagbo fue transferido a La Haya en noviembre de 2011 y la audiencia para la confirmación de cargos se inició el 19 de febrero del presente año.

Cabe precisar que, si bien a la fecha de confirmación de cargos Gbagbo ya no era presidente

en funciones, la Fiscalía ha precisado que investigará los presuntos crímenes cometidos tanto por los simpatizantes de Gbagbo cuanto por los simpatizantes de Ouattara, por lo que tocará estar atentos a si la Fiscalía determina algún grado de responsabilidad del actual Presidente de Costa de Marfil.

En lo que se refiere a la situación de Kenia, el 8 de marzo de 2011, la Corte emitió una orden de comparecencia contra el actual Presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta (en ese entonces se desempeñaba como vice primer ministro), junto con otras 5 personas de nacionalidad keniana³⁸. Al momento de la orden de comparecencia, los seis individuos ocupaban altos cargos gubernamentales. A la fecha, únicamente tres de ellos –Uhuru Kenyatta, William Ruto (actual vicepresidente de Kenia) y Joshua Sang– continúan en juicio, ya que la Corte no confirmó los cargos contra dos de los sospechosos (Mohammed Hussein Ali y Henry Kiprono Kosgey) y, seguidamente, retiró los cargos contra un tercer sospechoso (Francis Muthaura). La fase formal del juicio se iniciaría el 28 de mayo de 2013 para Ruto y Sang, y el 9 de julio de 2013 para Kenyatta (a la fecha sólo se ha procedido con la confirmación de cargos)³⁹.

En la confirmación de cargos contra Kenyatta, emitida el 23 de enero de 2012, se le acusa, en calidad de coautor mediato, por cinco cargos de lesa humanidad, a saber, asesinato, deportación o traslado forzoso de población, violación sexual, persecución y otros actos inhumanos.

Finalmente, cabe destacar que la Corte Penal Internacional también ha emitido órdenes de detención contra otros altos funcionarios que gozaban (o continúan gozando) de inmunidades: El entonces Ministro del Interior (hoy Ministro de Asuntos Humanitarios) de Sudán, Ahmad Harun; el antiguo vicepresidente de la República Democrática del Congo, Jean Pierre Bemba; el actual Ministro de Defensa de Sudán, Abdel Raheem Hussein;

³⁷ Sobre la situación en Costa de Marfil, véase: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0211/Pages/situation%20index.aspx.

³⁸ La situación de Kenia fue abierta por el antiguo Fiscal de la Corte Penal Internacional, Moreno Ocampo, en marzo de 2010 para investigar los presuntos crímenes bajo la competencia de la Corte, cometidos tras la violencia que se suscitó en el 2007 y 2008 después de las elecciones generales de diciembre de 2007.

³⁹ Sobre la situación de Kenia, véase la sección relevante en el portal de la Corte Penal Internacional: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200109/Pages/situation%20index.aspx.

el antiguo Jefe de Inteligencia de Libia, Abdel al-Senussi; así como los altos funcionarios kenianos mencionados.

III. LOS PRECEDENTES DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*

Tal como mencionamos en líneas anteriores, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales que antecedieron a la Corte brindó importantes luces en la desestimación del principio de inmunidad de Jefes de Estado en funciones. En este sentido, un referente inevitable es el caso contra el ex presidente yugoslavo, Slobodan Milosevic.

En su decisión sobre objeciones preliminares en el caso Milosevic, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el principio de inmunidad, atendiendo al hecho de que el ex presidente había presentado una objeción preliminar alegando la falta de competencia del tribunal debido a su cargo oficial⁴⁰. Si bien este argumento no fue explícitamente alegado por el acusado, el hecho de que el *amici curiae* haya hecho alusión a la falta de jurisdicción del tribunal sobre la persona del Presidente Milosevic llevó al tribunal a pronunciarse sobre el artículo 7.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁴¹. En este sentido, este Tribunal precisó que no existía razón alguna para objetar la validez del artículo 7.2, y señaló que dicha disposición reflejaba una regla de Derecho Internacional Consuetudinario⁴², precisando que “the customary character of the rule is further supported by its incorpora-

tion in a wide number of other instruments, as well as case law”⁴³, haciendo alusión, de este modo, al artículo IV de la Convención contra el Genocidio, al Principio III de los Principios de Nuremberg, al artículo 7 del Estatuto de Nuremberg, al artículo 6 del Estatuto de Tokio, al artículo 6 del Tribunal del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, al artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, al artículo 27 del Estatuto de Roma, y al artículo 7 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad⁴⁴. El Tribunal hizo especial hincapié en estos dos últimos instrumentos, precisando que “[t]he Chamber cites these two modern instruments as evidence of the customary character of the rule that a Head of State cannot plead his official position as a bar to criminal liability in respect of crimes over which the International Tribunal has jurisdiction”⁴⁵.

En este sentido, en los diversos casos seguidos contra Milosevic, se acusó al mismo de ser responsable penalmente por haber planificado, instigado a cometer, ordenado, cometido o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, según lo dispuesto por el artículo 7.1 de dicho instrumento, el cual regula la responsabilidad penal individual. Asimismo, se le acusó de ser responsable penalmente por los actos u omisiones de sus subordinados, teniendo en cuenta el cargo oficial que ostentaba, según lo estipulado en el artículo 7.3 del Estatuto⁴⁶. Cabe precisar que entre los acusados en el caso IT-99-37

⁴⁰ Cabe precisar que una de las decisiones relativas a la apertura de instrucción (*Indictment*), precisamente la decisión del 24 de mayo de 1999, fue emitida cuando Milosevic continuaba desempeñando su cargo como Presidente de la República Federal de Yugoslavia, teniendo en cuenta que el mismo dejó su cargo el 6 de octubre del año 2000. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic (“Kosovo”), Milan Milutinovic, Nikola Sianovic, Dragoljub Ojdanic, Vljako Stojiljkovic*. Caso IT-99-37. Decisión del 24 de mayo de 1999 (apertura de instrucción). Milosevic fue Presidente de la República Federal de Yugoslavia entre el 23 de julio de 1997 y el 6 de octubre del 2000. Anteriormente, ocupó el cargo de Presidente de la República de Serbia, entre el 8 de mayo de 1989 y julio de 1997, ocupando dicho cargo en dos ocasiones (fue reelecto el 20 de diciembre de 1992).

⁴¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Decisión del 8 de noviembre del 2001 (decisión sobre objeciones preliminares). párrafo 26.

⁴² “There is absolutely no basis for challenging the validity of Article 7, paragraph 2, which at this time reflects a rule of customary international law”. *Ibid.* párrafo 28.

⁴³ *Ibid.* párrafo 29.

⁴⁴ *Ibid.* párrafos 29-30.

⁴⁵ *Ibid.* párrafo 31.

⁴⁶ La última apertura de instrucción, o *indictment*, fue presentada contra Milosevic el 19 de diciembre del 2006. Sin embargo, el Tribunal nunca llegó a pronunciarse de manera definitiva sobre la responsabilidad del mismo

se encontraba el entonces Presidente de Serbia, Milan Milutinovic, quien ejerció dicho cargo entre el 21 de diciembre de 1997 y diciembre del 2005. Como presidente de Serbia, el mismo gozaba de la autoridad *de jure* y *de facto* sobre numerosas instituciones esenciales para, o relacionadas a, la comisión de los crímenes por los que fue acusado, por lo que no solamente se le acusó de ser responsable personalmente por algunos de los crímenes bajo la competencia del Tribunal, según lo estipulado en el artículo 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sino también de ser responsable por los actos u omisiones cometidos por sus subordinados, según lo estipulado en el artículo 7.3 del mismo instrumento normativo⁴⁷.

Finalmente, cabe traer a colación el caso de Radovan Karadzic, capturado en el 2008, después de casi una década viviendo en la clandestinidad⁴⁸. Karadzic ocupó, entre el 1 de julio de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, el cargo de Presidente de la presidencia de la República Serbia⁴⁹, y ejerció poderes y control formales y *de facto* sobre las fuerzas bosnio-serbias y otras autoridades gubernamentales⁵⁰. El 17 de diciembre se desintegró la presidencia de la República de Serbia y Karadzic fue elegido Presidente único de la República de Serbia (Republika Srpska). Como tal, Karadzic era Comandante en Jefe de las fuerzas armadas de Serbia. En esta medida, en la apertura de instrucción (*amended indictment*) contra su persona, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció que Karadzic tenía conocimiento, o debió tener conocimiento, de que las fuerzas bajo su mando se encontraban cometiendo

crímenes internacionales. En la apertura de instrucción, Karadzic fue acusado por la comisión de crímenes de lesa humanidad, genocidio, y crímenes de guerra, entre ellos la masacre de Srebrenica. De este modo, el tribunal estableció lo siguiente:

“Radovan Karadzic, both through the formal positions alleged above, and pursuant to his *de facto* power, also had the authority to punish or to initiate the investigations or proceedings against any persons or members of the armed forces under his command who were believed to have committed crimes on the territory of the Serbian republic”⁵¹.

“Therefore, between 1 July 1991 and 30 November 1995, both through the formal positions alleged above, and pursuant to his *de facto* power, Radovan Karadzic knew or had reason to know that Bosnian Serb forces under the Bosnian Serb leadership direction and control; were committing the crimes alleged in this indictment or had done so, and failed to take necessary and reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof”⁵².

Asimismo, cabe precisar que en la moción para enmendar la primera apertura de instrucción enmendada (Motion to Amend the First Amended Indictment), el Procurador del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia solicitó al tribunal establezca que Karadzic participó en estos hechos “en concierto” con otros acusados, por lo que se aplicó la figura de responsabilidad por *Joint Criminal Enterprise* (empresa criminal conjunta)⁵³. El Tribunal aceptó esta moción⁵⁴.

teniendo en cuenta que Milosevic fue encontrado sin vida el 11 de marzo del 2006, en su celda en el centro de detención del tribunal en la Haya, donde se encontraba detenido.

⁴⁷ Se trataba de una Presidencia colegiada. Véase al respecto TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Milan Milutinovic* (Third Amended Indictment). Caso IT-99-37-PT. Decisión del 5 de septiembre del 2002 (apertura de instrucción). párrafos 29-36.

⁴⁸ El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia anunció su captura el 21 de julio de 2008. A su vez, la primera presencia de Karadzic ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se realizó el 31 de julio de 2008.

⁴⁹ Se trataba de una presidencia tri-partita, que contaba a su vez con un Presidente.

⁵⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Radovan Karadzic* (Amended Indictment). Caso IT-95-5/18-I. Sentencia del 31 de mayo de 2000. párrafos 60-61.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo. 64.

⁵² *Ibid.*, párrafo 65.

⁵³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Radovan Karadzic* (Motion to Amend the First Amended Indictment). Caso IT-95-5/18-I. Sentencia del 22 de septiembre de 2008. párrafo 10.

⁵⁴ *Ibid.* Sentencia del 5 de noviembre de 2008.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda también se ha pronunciado sobre la desestimación del cargo oficial, y ha llegado incluso a condenar a un ex Jefe de Gobierno por los delitos de genocidio, conspiración para cometer genocidio, incitación al genocidio, complicidad en el genocidio, crímenes contra la humanidad (asesinato), y crímenes contra la humanidad (exterminio). En efecto, en su sentencia del 4 de setiembre de 1998, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó al ex Primer Ministro de Ruanda, Jean Kambanda, a cadena perpetua por la comisión de estos seis crímenes (donde Kambanda admitió su culpabilidad ante las seis acusaciones).

Jean Kambanda fue Primer Ministro de Ruanda del gobierno interino⁵⁵, entre el 8 de abril y el 17 de julio de 1994, día en que abandonó el territorio de Ruanda. Como Primer Ministro, era el Jefe de Gobierno, según lo establecido por la Constitución de Ruanda del 10 de junio de 1991, en vista de que el Jefe de Estado era el Presidente de la República. En tal calidad, Kambanda proponía los distintos ministros ante el Presidente de la República, establecía las funciones de dichos ministros, controlaba la política nacional del gobierno, administraba las fuerzas armadas, y nombraba a los prefectos, quienes eran las personas encargadas de mantener la paz y el orden dentro de cada prefectura y quienes, se ha demostrado, cumplieron un rol activo en la masacre de la población tutsi⁵⁶. Asimismo, Jean Kambanda ejercía un poder *de jure* y *de facto* sobre las altas jerarquías militares así como gubernamentales. La responsabilidad penal individual de Kambanda, según lo estipulado en el artículo 6.1 del estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, fue también demostrada teniendo en cuenta que él mismo presidió diversos consejos de ministros, donde se discutió las masacres

cometidas contra la población civil, en su mayoría tutsis pero también hutus moderados. En este sentido, el tribunal precisó que, en su capacidad de Primer Ministro, Kambanda falló en proveer seguridad al pueblo ruandés. Ello también queda demostrado por el hecho de que, durante sus sendas visitas a las distintas prefecturas, Kambanda tomó conocimiento, o debió tomar conocimiento, de las masacres contra la población tutsi⁵⁷. Asimismo, Kambanda pronunció algunos discursos incitando a la población a que cometieran masacres contra la población tutsi, como fue el discurso pronunciado el 21 de abril de 1994 en la Radio Télévision Libre des Mille Collines, a sabiendas que dicha radio incitaba a la matanza y exterminio del pueblo, y donde señaló expresamente que dicha radio constituía “an indispensable weapon in the fight against the enemy”⁵⁸. Entre otros actos cometidos u ordenados por Kambanda cabe precisar la orden de eliminar a aquellos niños que se encontraban en algunos hospitales ruandeses y que habían sobrevivido a las masacres, la orden de instaurar garitas de control que permitieran identificar a la población tutsi para efectos de su exterminio, así como la distribución de armas y municiones para la realización de las masacres (y a sabiendas que las mismas serían utilizadas para estos efectos)⁵⁹.

El propio Kambanda reconoció su responsabilidad por dichos actos⁶⁰, y la defensa pretendió utilizar este factor como una causa atenuante para la sentencia final, alegando que con ello se buscaba incentivar a otros presuntos responsables a entregarse y declarar ante el tribunal, y promover de este modo la reconciliación en Ruanda⁶¹. Sin embargo, ello no prosperó, teniendo en cuenta, según lo estipulado por el tribunal, el carácter especialmente grave de las ofensas, el hecho de que Kambanda cometió dichos actos

⁵⁵ Tras el asesinato, el 6 de abril de 1994, del presidente Juvenal Habyarimanas, el 7 de abril de 1994 el ejército ruandés convocó una reunión en el Ministerio de Defensa para formar un gobierno interino, el cual fue formado el 8 de abril, y donde se designó a Jean Kambanda como Primer Ministro. Dicho gobierno interino juramentó el 9 de abril.

⁵⁶ Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Jean Kambanda* (Indictment). Caso ICTR-97-23-DP. Decisión del 16 de octubre de 1997 (apertura de instrucción), párrafos 3.6-3.7. Véase también: *Ibid.* Sentencia del 4 de setiembre de 1998. párrafos 39(ii) y 39(iii).

⁵⁷ Véase *Ibid.* Decisión del 16 de octubre de 1997 (apertura de instrucción). párrafos 3.8-3-11.

⁵⁸ *Ibid.* párrafo 3.12

⁵⁹ *Ibid.* párrafos 3.15, 3.17 y 3.18.

⁶⁰ *Ibid.* Sentencia del 4 de setiembre de 1998. párrafo 39.

⁶¹ *Ibid.* párrafos 46-61

de manera premeditada (lo que demuestra la intención detrás de los mismos) y finalmente, atendiendo al cargo que desempeñaba⁶². El tribunal enfatizó esta última razón, y consideró que, precisamente, dicho cargo implicaba un agravante ya que “Jean Kambanda, as Prime Minister of Rwanda was entrusted with the duty and authority to protect the population and he abused this trust”⁶³. En efecto, con respecto al abuso del cargo que ostentaba, el tribunal precisó lo siguiente:

“The crimes were committed during the time when Jean Kambanda was Primer Minister and **he and his government were responsible for maintenance of peace and security. Jean Kambanda abused his authority and the trust of the civilian population.** He personally participated in the genocide by distributing arms, making incendiary speeches and presiding over cabinet and other meetings where the massacres were planned and discussed. He failed to take necessary and reasonable measures to prevent his subordinates from committing crimes against the population. Abuse of positions of authority or trust is generally considered an aggravating factor”⁶⁴ [El énfasis es nuestro].

Ahora bien, si bien las masacres cometidas en Ruanda fueron principalmente cometidas por miembros de la milicia *Interahamwe*, lo cierto es que, tal como se demostró en *Kambanda*, así como en otros casos tales como el caso *Bizimungu*, muchas de las masacres fueron cometidas bajo la anuencia del gobierno interino dirigido por Kambanda, e, incluso, ordenadas por altos mandos militares y funcionarios gubernamentales. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional

para Ruanda hizo alusión a una directiva emitida por Jean Kambanda el 25 de mayo de 1994, denominada **Directiva sobre Defensa Civil** (Directiva 024-0273), y dirigida a los distintos prefectos, en la cual se alentaba y refortalecía al *Interahamwe* que se encontraba cometiendo masacres contra la población tutsi en las distintas prefecturas. En este sentido, el propio Kambanda reconoció que, bajo esta directiva, el gobierno asumió la responsabilidad por las acciones del *Interahamwe*⁶⁵.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha dejado constancia de la participación de altos agentes estatales en el planeamiento, conspiración, comisión y suministro de órdenes para la comisión de masacres y genocidio contra la población civil, en su mayoría de origen tutsi. En este sentido, en el caso *Bizimungu*⁶⁶, el tribunal acusó, en su decisión de apertura de instrucción, a cuatro ex ministros⁶⁷ del gobierno interino por la comisión de estos actos. El tribunal hizo especial hincapié en el hecho de que los cuatro acusados permanecieron en sus puestos entre el 9 de abril de 1994 y mediados de julio, sin renunciar a ellos, a pesar de que la constitución de Ruanda permite la renuncia a los mismos. Durante este período, los cuatro acusados tampoco criticaron ni incumplieron las políticas criminales del gobierno interino. Los acusados participaron en el planeamiento de las masacres, incitaron al genocidio y a la violencia, participaron en la distribución de armamento y en el despido de autoridades gubernamentales, y ejercieron su poder sobre las autoridades locales y la milicia, incluyendo al *Interahamwe*. Atendiendo a estos actos, el

⁶² Ibíd. párrafo 61 (B).

⁶³ Ibíd. párrafo 61 (B) (vii).

⁶⁴ Ibíd. párrafo 44.

⁶⁵ Ibíd. párrafo 39(v). En este sentido, cabe precisar que dichos actos podrían acarrear, aparte de la responsabilidad penal individual de los autores, la responsabilidad internacional del Estado, según lo estipulado por el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En este sentido, dicha disposición establece que “[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

⁶⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Bizimungu*. Caso ICTR-99-50-I. Decisión del 7 de mayo de 1999 (apertura de instrucción).

⁶⁷ De este modo, se abrió instrucción contra Casimir Bizimungu, Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Salud del gobierno interino; Justin Mugenzi, Ministro de Comercio del gobierno interino; Prosper Mugiraneza, Ministro de Trabajo y Ministro de Servicio Civil del gobierno interino; y Jérôme Bicamumpaka, Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno interino. Los procesos contra los cuatro acusados (actualmente cuatro procesos distintos) aún no han culminado.

tribunal precisó, en la apertura de instrucción, la responsabilidad tanto directa como por omisión, así como la responsabilidad de mando, de los cuatro acusados. Asimismo, en su sentencia del 15 de julio del 2004, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó al ex Ministro de Finanzas del gobierno interino, Emmanuel Nindabahizi, (ministro entre abril y julio de 1994) a cadena perpetua por la comisión de crímenes de genocidio, exterminio y asesinato⁶⁸.

Por último, no deseamos dejar de mencionar el caso contra el ex Presidente de Liberia, Charles Taylor, quien, fue condenado por el Tribunal Especial de Sierra Leona en mayo de 2012 a una pena de 50 años por once cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al momento de la emisión de la orden de detención contra Taylor por parte de dicho tribunal, efectuada el 4 de junio de 2003, éste se desempeñaba aún como Jefe de Estado de Liberia⁶⁹.

De lo expuesto en estos casos, cabe destacar la atribución de responsabilidad a los altos funcionarios, sea por coautoría mediata (figura recogida en el Estatuto de Roma) o bajo la figura de la Empresa Criminal Conjunta (figura recogida en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, mas no contemplada en el Estatuto de Roma). Además, no podemos dejar de destacar la importancia que le atribuyen estos tribunales a la posición de los altos funcionarios y el deber de protección que tenían para con la población. Así, tras el intento de los abogados defensores de estos acusados (sobre todo ante los tribunales *ad hoc*) de lograr que los jueces consideren sus cargos oficiales como atenuantes de la pena (al no poder conseguir eximentes), destaca el razonamiento de los jueces de dichos tribunales, que se decantan, más bien, por considerar dichos cargos como un agravante.

De este modo, en el caso *Babic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia destacó el carácter agravante de la comisión de un crimen internacional por parte de un alto funcionario, al ser ello un claro abuso del cargo. En este sentido, en su sentencia del 18 de julio del 2005, precisó lo siguiente:

“The jurisprudence of the Tribunal accepts that a high-ranking position of leadership held by a person criminally responsible under Article 7(1) of the Statute may be taken into account **as an aggravating factor** [...] In the Krstic case, the Trial Chamber justified this proposition by stating that ‘the consequences of a person’s acts are necessarily more serious if he is at the apex of a military or political hierarchy and uses his position to commit crimes’ [...] Similarly, in the Mrdja case, Darko Mrdja pleaded guilty to the crime of murder and the Trial Chamber found that the fact that he was a policeman aggravated, to a limited extent, his sentence because ‘the commission of this type of crime undoubtedly violated the public authority invested in police officers’⁷⁰ [El énfasis es nuestro].

Similar argumentación ha sido presentada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. En su solicitud a los jueces para la emisión de una orden de detención contra Omar al Bashir, el ex Fiscal de la Corte, Moreno Ocampo, hizo especial hincapié en el empleo del cargo para la comisión de dichos crímenes, al precisar que “At all times relevant to this Application, Al Bashir has been President of the Republic of the Sudan, exercising both *de jure* and *de facto* sovereign authority, Head of the National Congress Party and Commander in Chief of the Armed Forces. He sits at the apex of, and personally directs, the state’s hierarchical structure of authority and the integration of the Militia/Janjaweed within

⁶⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Emmanuel Nindabahizi*. Caso ICTR-2000-71-I. Sentencia del 15 de julio del 2004 (Cámara de Primera Instancia).

⁶⁹ Al momento de la emisión de la orden de detención, Taylor se encontraba en Ghana, y las autoridades ghanesas se rehusaron a entregarlo, alegando que dicha orden no estaba dirigida a ellas. La orden de detención fue adoptada por el Tribunal Especial de Sierra Leona el 7 de marzo de 2003, en el auto de apertura de instrucción. No obstante, por decisión de dicho tribunal, la apertura de instrucción y la orden de detención se mantuvieron selladas hasta el 4 de junio siguiente. Sobre el caso Taylor ante la Corte Especial de Sierra Leona véase KLINGBERG, Vanessa. “(Former) Heads of State Before International(ized) Criminal Courts: the Case of Charles Taylor Before the Special Court for Sierra Leone”. En: German Yearbook of International Law 46. 2003. pp. 537-564. Para una cobertura extensa del juicio y de la condena, véase: <http://www.hrw.org/news/2012/04/16/charles-taylor-qa-case-prosecutor-v-charles-ghankay-taylor-special-court-sierra-leon>.

⁷⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Milan Babic* (Cámara de Apelaciones). Caso IT-03-72-A. Sentencia del 18 de julio del 2005. párrafo 59.

such structure. He is the mastermind behind the alleged crimes. He has absolute control”⁷¹.

A su vez, precisó que:

“Al Bashir controls and directs the perpetrators. The commission of those crimes on such a scale, and for such a long period of time, the targeting of civilians and in particular the Fur, Masalit and Zaghawa, the impunity enjoyed by the perpetrators, and the systematic cover-up of the crimes through public official statements, are evidence of a plan based on the mobilization of the state apparatus, including the armed forces, the intelligence services, the diplomatic and public information bureaucracies, and the justice system”⁷².

Por su parte, en la orden de detención emitida contra Muammar Gaddafi, la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó que Gaddafi habría planeado y ordenado la comisión de crímenes internacionales en virtud de su posición como Jefe de Estado de Libia:

“Considering that, in light of the Materials, there are reasonable grounds to believe that Muammar Gaddafi, as the recognised and undisputed leader of Libya had, at all times relevant to the Prosecutor’s Application, absolute, ultimate and unquestioned control over the Libyan State apparatus of power, including the Security Forces, and that, by virtue of that position and in coordination with his inner circle, including his son Saif Al-Islam Gaddafi, he conceived and orchestrated a plan to deter and quell, by all means, the civilian demonstration against his regime [...]”⁷³.

IV. LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS DESAFÍOS PARTICULARES ANTE LOS JEFES DE ESTADO

De los cuatro Jefes de Estado acusados ante la Corte Penal Internacional, sólo uno de

ellos (Laurent Gbagbo) se encuentra ya en La Haya a la espera del inicio de su juicio ante la Corte (aunque ya en su capacidad de ex Jefe de Estado). Uno de los acusados ya falleció (Gaddafi), otro se ha presentado voluntariamente a la Corte para su audiencia de confirmación de cargos (Kenyatta) y finalmente otro se encuentra prófugo de la justicia pero continúa en su cargo de presidente (Bashir).

El caso de Bashir plantea, sin duda, una serie de desafíos para la Corte Penal Internacional, y le corresponde a los Estados cooperar con la Corte para garantizar la entrega del mismo. Si bien todos los Estados parte al Estatuto se encuentran obligados a cooperar con la Corte, con arreglo a la Parte IX del Estatuto, debemos recordar que la situación de Darfur surge a partir de una remisión por parte del Consejo de Seguridad, donde este último órgano hace un llamado a todos los Estados a cooperar con la Corte respecto de este caso (aunque reconoce expresamente que los Estados no parte no tienen la obligación de cooperar con la Corte). Si bien existen posiciones que consideran que el Consejo debió haber incluido una obligación general de cooperación para todos los Estados miembros de la ONU en la situación de Darfur, lo cierto es que ya se han dado instancias en que Estados que sí son parte al Estatuto han infringido su obligación de cooperar con la Corte al recibir tanto a Bashir como a algunos de sus ministros requeridos por la Corte en sus territorios, sin proceder a una detención y subsiguiente entrega.

Un factor en esta falta de cooperación ha sido el rol jugado por la Unión Africana, que ha emitido una decisión de no cooperación con la Corte, ante la inacción del Consejo de Seguridad respecto a los pedidos de la Unión Africana de que el Consejo solicite a la Corte una suspensión de la investigación en el caso contra Bashir. La Unión Africana, alegando el artículo 98 de la Corte, ha precisado que el principio de inmunidad debe ser considerado y, bajo la influencia de Sudán, emitió, en

⁷¹ Summary of the Case. Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest under Article 58 against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, adoptada el 14 de julio de 2008. Véase en www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf, párrafo 3.

⁷² *Ibid.* párrafo 40.

⁷³ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Warrant of Arrest for Muammar Gaddafi. Sala de Cuestiones Preliminares I. Decisión del 27 de junio de 2011.

el 2009, una decisión determinando la no cooperación de la Unión Africana con la Corte, reiterada en el 2010⁷⁴. Si bien este no es el reflejo de la posición de los Estados africanos *per se* (a la fecha, 33 Estados africanos son parte al Estatuto), la posición de la Unión Africana presenta un desafío importante para la cooperación de los Estados parte en el continente africano frente a la Corte. Ello se puso en evidencia ante las invitaciones de Malawi y Chad –ambos Estados parte al Estatuto de Roma– al presidente Bashir (que se concretaron en tres visitas oficiales a Chad y una a Malawi), lo que llevó finalmente a que la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte emitiera tres decisión sobre no cooperación de Chad y Malawi respecto a la detención y entrega de Bashir⁷⁵.

La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional resulta, por lo tanto, esencial para el efectivo funcionamiento de la Corte. Dicha obligación, cuyos elementos se mencionan con detalle en la Sección IX del Estatuto, no sólo implica la capacidad de arrestar y entregar a una persona requerida por la Corte, sino que también implica tomar las medidas necesarias para poder ejecutar las órdenes de detención a nivel nacional (donde resalta, en América Latina, los pasos en este sentido tomados por Brasil, Bolivia y Perú); poder brindar información y documentación en forma segura a la Corte; tomar medidas en torno a la protección de víctimas y testigos; ratificar el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades que le permite a los funcionarios de la Corte realizar su labor de manera eficaz e independiente; celebrar acuerdos de ejecución de sentencias, de protección de testigos, de reubicación de personas absueltas, entre otros.

Al adentrarnos en el undécimo aniversario de la puesta en funcionamiento de la Corte, debemos reflexionar sobre los logros del sistema instaurado por el Estatuto de Roma a la fecha, pero también sobre los desafíos que deberá enfrentar la Corte en su segunda década de existencia: La creciente carga laboral ante la apertura de nuevos casos y situaciones debe conciliarse con un presupuesto que los Estados buscan limitar ante la crisis financiera internacional; el sistema de reparaciones a las víctimas y comunidades afectadas debe aún ser perfeccionado; se deben evitar situaciones de politización, que si bien son ajenas a la Corte, terminan reflejando sobre la misma (pensemos, por ejemplo, en el llamado de varios actores de la comunidad internacional a que el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias para referir la situación de Siria a la Corte). No obstante, el comienzo de una nueva década también presenta una oportunidad para destacar los avances del sistema del Estatuto de Roma: La inclusión de principios esenciales para la lucha contra la impunidad, como es la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, la desestimación de obediencia debida como defensa, y la desestimación del principio de inmunidad. Otros logros concretos han sido la primera condena emitida en el 2012 contra el líder guerrillero congolés Thomas Lubanga, así como el desarrollo en la participación de víctimas durante el proceso.

Sin duda hay una larga tarea por hacer, y le corresponde a los Estados adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los prófugos de la justicia internacional no permanezcan impunes.

⁷⁴ Véase: “Assembly of the African Union. Decision On The Progress Report Of The Commission On The Implementation Of Decision Assembly/Au/Dec.270(Xiv) On The Second Ministerial Meeting On The Rome Statute Of The International Criminal Court”. Assembly/AU/10(XV). Kampala, Uganda. 25-27 de julio de 2010.

⁷⁵ Véase: CORTE PENAL INTERNACIONAL. “Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender Omar Hassan Ahmad al-Bashir”. Decisión del 26 de marzo de 2013 de la Sala de Cuestiones Preliminares II. Véase también las decisiones anteriores sobre Chad del 13 de diciembre de 2011 y sobre Malawi del 12 de diciembre de 2012. http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/court%20records/chambers/Pages/index.aspx.

HERNÁNDEZ & CÍA.

A B O G A D O S

Av. Javier Prado Oeste 795
Magdalena del Mar • Lima • Perú
t (511) 611 5151
f (511) 628 8292



estudio@ehernandez.com.pe
www.ehernandez.com.pe

sociedad civil de responsabilidad limitada



Assurance | Tax | Transactions | Advisory

**Mayor confianza
Mejor desempeño
Menores riesgos**

Calidad e innovación para ayudar a alcanzar su potencial

Servicios de Tax:

- Asesoría tributaria
- Cumplimiento fiscal
- Precios de transferencia
- Asesoría laboral
- Aduanas
- Litigios

ey.com

 **ERNST & YOUNG**
Quality In Everything We Do

MISCELÁNEAS

¿ES EL *CODE CIVIL* LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE FRANCIA?*

Rémy Cabrillac**

Napoleón Bonaparte señalaba pretenciosamente que el Code Civil, debido a su sencillez, hizo más bien en Francia que todas las leyes que lo precedieron. No obstante la evidente intención del entonces emperador en realzar sus cualidades personales por su iniciativa en la creación de dicho cuerpo normativo, más que el contenido del mismo, ciertamente es indudable que el Code Civil marcó un hito en el Derecho francés, debido a la función ordenadora y unificadora que tuvo en la sociedad francesa.

Ahora bien, ¿este hecho es suficiente para concluir –como muchos– que el Code Civil es la verdadera constitución de Francia? En otras palabras, ¿acaso basta la dimensión sociológica para determinar el valor constitucional del Code Civil? El profesor francés, de ese modo, analiza y desarrolla el eterno debate acerca del posible valor constitucional del Code Civil.

* El presente artículo tiene como título original “Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?”, publicado en *Revue Juridique Thémis* 39. Tomo 3. Québec. pp. 245 y siguientes. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por José Luis Gabriel Rivera, abogado, miembro de la Asociación Henri Capitant.

** Abogado de origen francés. Profesor de Derecho Civil y Derecho comparado en la Universidad de Montpellier.

I. INTRODUCCIÓN

La interrogación que constituye el título del presente artículo encuentra su origen en una cita del decano Jean Carbonnier —recientemente fallecido, y sin quien nuestro *Code Civil* no sería sino una estructura en desuso—, gran maestro universitario y gran codificador, y a cuya memoria dedicamos la presente exposición.

Efectivamente, el decano Carbonnier señalaba en un muy famoso artículo consagrado al *Code Civil* que este último constituía la “verdadera constitución” de Francia¹.

Cronológicamente, la cuestión se inscribió en el seno de una disputa tan vieja como vana entre Derecho público y Derecho privado que se produjo desde el día siguiente de la Liberación^{II} y que originó —si bien bajo la pluma de voces altamente autorizadas— opiniones dignas de discursos militares. Pienso, en particular, en los artículos de Jean Rivero o de Henri Mazeaud.

En concreto, la cuestión referente al *Code Civil* cual verdadera constitución de Francia, se inscribe en el centro de una controversia entre los partidarios de la supremacía del Derecho Constitucional, quienes sostienen la constitucionalización del Derecho, como por ejemplo, el decano Favoreu², y los “codigólatras” [*codicolâtres*] quienes consideran que el basamento jurídico de Francia se encuentra en el *Code Civil*.

Esta reafirmación del *Code Civil* tuvo lugar durante la segunda mitad del siglo XX en el espíritu de los privatistas, quienes preocupados por la incontestable publicidad [*publicisation*] de su campo de investigación, esbozaron como

argumento en favor de la supremacía del Derecho privado la incomparable estabilidad del *Code Civil* a lo largo de los siglos XIX y XX, en comparación con los diversos regímenes políticos y constituciones que estuvieron vigentes durante este periodo. Como ha tenido ocasión de señalar Robert Badinter: “A la versatilidad de la sociedad política francesa podría oponerse la estabilidad de la sociedad civil”³.

El decano Carbonnier, en el artículo anteriormente evocado, buscando dar mayor precisión a la cita objeto de nuestras reflexiones, señala que “[m]aterialmente o sociológicamente él [esto es, el *Code civil*] tiene un significado [*sens*] de una Constitución ya que en él se reagrupan las ideas en torno a las cuales la sociedad francesa se constituyó al terminar la Revolución y continua constituyéndose aún en nuestros días, desarrollando estas ideas, transformándolas de ser el caso, sin renegar de ellas”⁴.

Esta cita del profesor Carbonnier ha conocido y conoce un éxito fulgurante. Es más, aquella ha vuelto a ser tomada en consideración —con ciertas modificaciones— por muchísimos autores. Uno de ellos —particularmente acucioso— señala que el *Code Civil* sería la “Constitución civil de Francia”⁵. Sin embargo, no se cuestiona el rigor de dicha expresión. Así pues, si, por un lado, todos los vocabularios o diccionarios jurídicos definen el término “Constitución”, por otro, ninguno de ellos se aventura a incluir el término “Constitución civil”.

Sin lugar a dudas, la fórmula del decano Carbonnier posee un alcance más sociológico que jurídico. Así pues, el profesor Carbonnier señala que: “[N]adie pretendería que dentro de la jerarquía actual de las normas escritas,

¹ Nota del Traductor: Las referencias al *Code Civil* entiéndanse por aquellas hechas al Código Civil francés de 1804, también conocido como *Code Napoléon*.

^I CARBONNIER, Jean. “Le Code Civil”. En: NORA, Pierre (director). “Les lieux de mémoire”. París: Gallimard. 1986. p. 39.

^{II} Nota del Traductor: Se hace referencia a la Liberación de París, que tuvo lugar durante el verano de agosto de 1944. Con el ingreso de las tropas aliadas en la capital parisina —ayudada por la resistencia francesa— prácticamente se recuperaba el control total del Estado francés que hasta ese momento se encontraba en manos del régimen nazi ayudado por el gobierno del General Pétain. Un hecho simbólico de esta Liberación constituyó el gran desfile que se organizó el 26 de agosto de 1944 en los Campos Elíseos.

² FAVOREU, Louis. “La constitutionnalisation du droit”. En: “L’Unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago”. París: Économica. 1996. pp. 25 y siguientes.

³ BADINTER, Robert. “Le plus grand bien...”. París: Fayard. 2004. p. 13.

⁴ CARBONNIER, Jean. Op. cit. Loc. cit.

⁵ BADINTER, Robert. Op. cit. p. 74.

el *Code Civil* posea formalmente naturaleza constitucional”⁶.

Por ello, podemos afirmar, a través de una exposición bipartita que podría catalogarse como meros comentarios de las opiniones del decano Carbonnier, que si el *Code Civil* constituye sociológicamente la verdadera Constitución de Francia, jurídicamente no constituye la verdadera Constitución de Francia.

II. EL CODE CIVIL CONSTITUYE SOCIO-LÓGICAMENTE LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE FRANCIA

Mas allá de su dimensión jurídica, una Constitución posee incontestablemente una dimensión sociológica fundamental en el seno de la Nación que la adopta⁷. El *Code Civil* constituye sociológicamente la verdadera Constitución de Francia ya que, muy a pesar de la Constitución, el *Code Civil* unifica [*fedère*] la Nación y se identifica con la Nación.

A. El *Code Civil* unifica la Nación

El *Code Civil* fue deliberadamente concebido como el fundamento de la nueva sociedad⁸ por sus creadores, esto es, como el elemento unificador [*fedérateur*] de la Nación, tanto desde un punto de vista social cuanto desde un punto de vista geográfico.

El *Code Civil* francés ha contribuido a unificar socialmente poblaciones en lucha continua a raíz de la violencia originada por el fin del Antiguo Régimen y de la Revolución. Así pues, inscribiéndose en un periodo de profunda crisis social, estableciendo las nuevas reglas

jurídicas a consecuencia de los cambios de las relaciones interpersonales, el *Code Civil* asegura el reconocimiento de las pretensiones de la burguesía que dieron origen a la crisis, facilita el retorno a la calma y restablece la seguridad jurídica perturbada por el cuestionamiento de las reglas antiguas. Respecto del *Code Civil* se ha dicho: “[P]roducto de la razón, permitió dar por concluida la revolución”⁹.

El *Code Civil* sella el armisticio social, consolidándolo para el futuro en torno a valores que funden la nueva sociedad, revitalizándola, tranquilizándola. De esta manera, como ha sido felizmente señalado, el *Code Civil* forma parte “de aquellos bloques de granito [*masses de granit*]”¹⁰ que el Primer Cónsul quería instaurar sobre el suelo de Francia, a fin de reunir a los ciudadanos que se encontraban aislados cual granos de arena”¹⁰.

De la misma manera, el *Code Civil* aseguró incontestablemente la cohesión geográfica de la **nación** francesa. Ello, incluso, a pesar de un progresivo proceso de homogenización iniciado al menos desde el fin del Renacimiento, ya que la Francia del Antiguo Régimen aún constituía un mosaico de pueblos de usos muy distintos. Dicha disparidad fue ridiculizada de manera mordaz por Voltaire en una expresión muy célebre y que reza de la siguiente manera: “En Francia, un cartero que se desplaza a pie cambia de ley incluso más veces que de caballo”¹¹.

En el año 1804, la codificación reúne estas poblaciones tan dispares, en particular aquellas de *les pays de droit écrit* y *les pays de droit coutumier*¹¹ dentro de una misma amalgama

⁶ CARBONNIER, Jean. Op. cit. Loc. cit.

⁷ Confróntese: BEAUD, Olivier. “Constitution et droit constitutionnel”. En: ALLAND, Denis y Stéphane RIALS (directores). “Dictionnaire de la culture juridique”. París: PUF-Lamy. 2004.

⁸ GAUDEMET, Yves. “Le Code civil ‘constitution civil de la France’”. En: “1804-2004 Le Code civil: Un passé, un présent, un avenir”. París: Dalloz. 2004. p. 300.

⁹ TERRÉ, François y Anne OUTIN-ADAM. “Codifier est un art difficile” [à propos d’un code de commerce]”. En: “Recueil Dalloz”. 1994. pp. 99 y siguientes.

¹⁰ Nota del Traductor: Con la expresión “bloques de granito”, Napoleón resumía el conjunto de reformas que debían llevarse a cabo para poder fundar la nueva sociedad. Así pues, Napoleón estimaba que luego de destruir todo aquello perteneciente al Antiguo Régimen –símbolo de una sociedad dividida y fragmentada– era necesario volver a crear. Dentro de dicha creación, estos “bloques de granito” (1800-1808) constituían las nuevas instituciones, como por ejemplo, la banca francesa, los liceos educativos, la orden nacional de la Legión de Honor, la fijación del valor del franco y, sin lugar a dudas, el Code Civil.

¹⁰ HALPÉRIN, Jean-Louis. “L’impossible Code civil”. París: PUF. p. 265.

¹¹ VOLTAIRE. “Précis du Siècle de Louis XV”. p. 426.

¹¹ Nota del Traductor: La distinción entre *pays de droit écrit* (los pueblos regidos por el Derecho escrito) y de *pays de droit coutumier* (los pueblos regidos por el Derecho consuetudinario) grafica la división –muy

jurídica. Como lo señaló Portalis, con el *Code Civil*: “No somos más [p]rovenzales, [b] retones o [a]lsacianos, sino [f]ranceses”¹². La unificación de las poblaciones constituye una de las mayores preocupaciones de los diversos proyectos de Código Civil por parte de la Revolución, especialmente aquel proyecto de 1793 que debía constituir una manifestación de la unidad de la República frente a la amenaza de los girondinos¹³ V.

Es sintomático que la adopción del régimen político más centralizado que ha conocido Francia en toda su historia, coincida con la adopción de un *Code Civil* único, aplicable uniformemente a todos ciudadanos dentro del territorio de la República.

Este rol unificador de las poblaciones geográficamente dispersadas en el seno de una misma nación no es propio del *Code Civil* francés pues, con frecuencia, la codificación acompaña o es la consecuencia de una reunificación de poblaciones ubicadas en el seno dentro de un mismo Estado¹⁴.

La Historia es rica en ejemplos. Es más, podríamos remontarnos hasta el Código de

Hammurabi, el cual materializó la fusión de las provincias de Acadia y de Sumeria incorporando Derechos de tradiciones diferentes. Podríamos pensar también en el Código teodosiano aplicable en todo el Imperio romano, el cual intentó —con poco éxito— reconstituir la unidad de un Imperio indefectiblemente fraccionado.

En tiempos más recientes, para ser más precisos, en el siglo XIX en Europa, la necesidad de nuevos Estados que uniesen poblaciones —hasta ese momento divididas— es acompañado de una codificación en Estados como Alemania, Italia, Rumanía, entre otros. El sociólogo alemán Max Weber señalaba al respecto que: “[L]a necesidad de pacificar las estructuras políticas étnicamente heterogéneas exigía imperativamente el establecimiento de un Derecho en vigor”¹⁵.

Pero el *Code Civil* francés —paroxismo de Código— condujo este objetivo unificador al extremo. Dicho objetivo perdura hasta la actualidad. Así, por ejemplo, podemos citar la inclusión de diversas disposiciones normativas relativas a la nacionalidad mediante ley del 22 de julio de 1993^{VI} en el *Code Civil*, que fue preferida a su inclusión dentro del Código de la nacionalidad^{VII} (cuerpo normativo independiente)¹⁶, traduce la voluntad

particular— existente en Francia hasta el arribo de la codificación. Así pues, los *pays de droit écrit* constituyen las ciudades y pueblos de la parte meridional de Francia (el sur), regidas por el Derecho romano por excelencia (el Derecho teodosiano en un primer momento y desde el siglo XII por el Derecho justiniano), donde las leyes y costumbres fueron positivizadas, esto es, escritas. Los *pays de droit coutumier* constituyen, a su vez, las ciudades y pueblos de la parte septentrional de Francia (el norte), donde dichas ciudades y pueblos poseen un Derecho local altamente germanizado que —en esta parte norte— encontró su forma de expresión en las costumbres (Mayores precisiones en: CAVANNA, Adriano. “Storia del diritto moderno in Europa”. Tomo I. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1982. pp. 391 y siguientes).

¹² PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. “Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le nom de Code Civil des Français présenté le 26 ventôse an XII”. En: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. “Écrits et discours juridiques et politiques”. Caén: PUC. 1989. p. 180.

¹³ HALPÉRIN, Jean-Louis. Op. cit. p. 180.

^V Nota del Traductor: Los girondinos constituyen los miembros del partido político del mismo nombre durante la Revolución Francesa. Deben su nombre al hecho que la mayoría de sus miembros, esencialmente burgueses, provenían del departamento de la Gironda (en esencial de Burdeos en el sur-occidente de Francia). Asumieron la dirección de la Asamblea Legislativa desde septiembre de 1792 hasta junio de 1793. Fueron acusados de conspirar conjuntamente con el general Dumouriez (quien propuso a los austriacos restablecer la monarquía) y guillotinos en 1793.

¹⁴ Confróntese: CABRILLAC, Rémy. “Les codifications”. En: “Droit, étique, société”. París: PUF. 2002. pp. 155 y siguientes.

¹⁵ WEBER, Max. “Sociologie du Droit”. Traducción de Jacques Grosclaude. París: PUF. 1986. p. 198.

^{VI} Nota del Traductor: Se hace referencia a la ley 93-933 de 22 de julio de 1993 que reforma el derecho de la nacionalidad y que entró en vigor el 1 de enero de 1994.

^{VII} Nota del Traductor: El Código de la nacionalidad francesa fue promulgado mediante Ordenanza 45/2447 de 19 de octubre de 1945, por el entonces presidente Charles De Gaulle, para erradicar la desorganización reinante de las normas relativas a la nacionalidad y para eliminar las injusticias del despojo de la nacionalidad francesa de ciudadanos de origen judío o de los casos del despojo de la nacionalidad francesa para quienes dejaron el territorio galo sin autorización del gobierno, entre otros casos más, durante el Régimen de Vichy dirigido por el General Pétain.

¹⁶ El derecho de la nacionalidad fue objeto de una ley de 10 de agosto de 1927 (externa respecto del *Code Civil*), luego de una Ordenanza de 19 de octubre de 1945 que creó un Código de la nacionalidad (Confróntese DEKEUWER-DEFOSSÉZ, Françoise. “Droit des personnes et de la famille”. En: Pouvoirs 107. 2004. pp. 37 y siguientes.

del legislador de poner por lo alto la atribución de la nacionalidad francesa, y mediante ello la integración de las diferentes comunidades que la componen, constituyéndose así ésta en una problemática fundamental.

Logrando unificar geográfica y socialmente la nación, el *Code Civil* viene a identificarse con ésta última.

B. El *Code Civil* se identifica con la nación

Un código es mucho más que el conjunto de artículos que lo componen. Así pues, el continente trasciende el contenido. Un código adquiere frecuentemente una dimensión simbólica que lo traspasa¹⁷. Mas allá de la materia civil que éste regula, el *Code Civil* se ha identificado progresivamente con la nación francesa, encontrándose el punto de quiebre, sin lugar a dudas, a finales del siglo XIX.

Las disputas políticas nacidas en torno a su adopción, la hostilidad de los nostálgicos del Antiguo Régimen como de los revolucionarios, se va atenuando a finales del siglo XIX. Paralelamente, el paso de los años contribuye a llenar del prestigio [*auréoler*] de los antiguos maestros algunos de sus artículos. Producto negado en un inicio por el Imperio, el *Code Civil* deviene progresivamente la figura consensual de la nación.

Dicho fenómeno se acentuó aún más cuando, en 1896, se adoptó el Código prusiano, que entraría en vigor el 1 de enero de 1900 dentro del contexto belicoso que todos conocemos. La madurez del *Code Civil* le permite aparecer como ilustre representante de espíritu jurídico francés, “al punto que el patriotismo lo tomará como segunda bandera”¹⁸, a veces incluso,alzada contra los prusianos. En el “*Libre du centenaire*”^{viii}, el profesor Albert

Sorel defiende la idea de la celebración del centenario como “justa y patriótica” considerando el *Code Civil* como “constituidor del territorio” adicionando, además, que “injertado sobre aquel árbol llamado Francia, su sabia regó la tierra francesa, la cual, finalmente, ha fructificado”¹⁹.

De esta manera, los manuales de Derecho Civil publicados a finales del siglo XIX y a inicios del siglo XX comenzaban –lo que era nuevo para la época– con elogiosos comentarios sobre el *Code Civil*. En dicho momento, el espíritu de los tiempos se graficaba en la revancha contra los prusianos y el espíritu de los juristas estaba en franca defensa del *Code Civil* contra la estrella fulgurante de la codificación denominada *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código alemán).

La recodificación del Derecho de las personas y de la familia emprendida bajo la dirección del decano Carbonnier en la segunda mitad del siglo XX ha contribuido a mantener esta fuerte dimensión simbólica del *Code Civil*, esto es, su identificación con la nación. Por ello, el *Code Civil*, ha sido consagrado en los años 80 como “un lugar de la memoria” de la nación, de la misma manera que el Palacio de Versalles o la Marsellesa²⁰.

La celebración del bicentenario del *Code Civil* –que, dicho sea de paso, ha dado lugar a muchísimos eventos– ha acentuado su sacralización y su identificación con la nación francesa. Así pues, el entonces Presidente de la República tuvo la ocasión de señalar que: “Después de dos siglos, el Código de Napoleón y de Portalis aún se encuentra presente, constituye la piedra angular de nuestro sistema jurídico, verdadera Constitución civil de nuestro país y embajador excepcional del Derecho francés”²¹. Además, una exposición

¹⁷ Confróntese: CABRILLAC, Rémy. “Le symbolisme des codes”. En: “L’avenir du droit: mélanges en hommage à Francois Terré”. París: PUF-Dalloz-Juris-Classeur. 1999. pp. 211 y siguientes.

¹⁸ TEISSIER-ESMINGER, Anne. “Les versifications du code civil: un paroxysme de nomophilie”. En: *Revue de la recherche juridique* 1. 1989. p. 162.

^{viii} Nota del Traductor: Le livre du centenaire (Libro del centenario, en castellano) constituyó el homenaje de carácter científico elaborado por la Société d’études Législatives (Sociedad de Estudios Legislativos, en castellano) para honrar el centenario de vida del Code Civil. La obra en mención fue publicada en dos tomos bajo los tipos del editor Arthur Rousseau en 1904 y entre las contribuciones se encuentran aquellas de autores de la talla y renombre de Adhemar Esmein, Raymond Saleilles, Henri Capitant, Marcel Planiol, François Geny, Eugène Gaudemet, Louis Josserand, Carl Crome, Josef Koller, Edith Müller, Gian Pietro Chironi, entre otros.

¹⁹ SOREL, Albert. “*Libre du centenaire*”. París: Arthur Rousseau Editeur. 1904. p. XV-XVI.

²⁰ CARBONNIER, Jean. Op. cit. Loc. cit.

²¹ CHIRAC, Jacques. “Les Annonces de la Seine”. 11 de marzo de 2004. p. 11.

fue organizada por la Asamblea Nacional bajo el provocador título “200 años de Código Civil: de leyes que nos unen”. Una expresión de Robert Badinter lo resume magistralmente: “[El *Code Civil*] es parte del patrimonio nacional”²².

La importancia fundamental y comparable de un Código Civil y de una Constitución como elementos unificadores de una nación se muestra claramente en los proyectos europeos actualmente en preparación. Como ha señalado el profesor Jean-Louis Halpérin, la anunciada adopción de una Constitución europea marcaría una etapa fundamental en la construcción de un Estado europeo²³. Empero, el debate sobre la oportunidad de un Código Civil europeo llama poderosamente la atención y la dimensión simbólica constituye, sin lugar a dudas, uno de los intereses esenciales. Un Código Civil común a todos los países europeos constituiría probablemente un símbolo elocuente de la construcción de una nación europea tal y como puede ser la creación de una bandera o una moneda común.

Más allá de la innegable dimensión sociológica. Tanto la Constitución cuanto el Código Civil son normas jurídicas sometidas a reglas estrictas que rigen el orden jurídico. De esta manera, podemos afirmar que el *Code Civil* no constituye jurídicamente la verdadera Constitución de Francia.

III. EL *CODE CIVIL* NO CONSTITUYE JURÍDICAMENTE LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE FRANCIA

Si algunas veces las disposiciones del *Code Civil* son integradas a la Constitución, no

podemos, a pesar de ello, considerar que el *Code Civil* constituya jurídicamente la verdadera Constitución de Francia, ya que dicho cuerpo normativo se encuentra siempre subordinado a la Constitución.

A. El *Code Civil* es integrado en algunas ocasiones a la Constitución

El prodigioso desarrollo del Derecho constitucional desde el año 1958 ha devenido un tema de referencia común entre los juristas, una especie de verdad manifiesta que deviene superfluo recordar, empleado para entretener inquietudes y controversias a propósito de una eventual instauración de un “gobierno de los jueces”^{IX}.

Un primer factor reside, sin lugar a dudas, en la reforma constitucional de 1974, que permitió el accionar del Consejo Constitucional por parte de seis diputados o senadores. Un accionar que hasta ese momento estaba reservado al Presidente de la República, al Primer Ministro y al Presidente de cada Asamblea.

Un segundo factor se encuentra en los métodos progresivamente puestos en práctica por el Consejo, en particular la técnica de las reservas de la interpretación. Consejo que también puede declarar la constitucionalidad de las disposiciones inferiores [*soumises*] –bajo reserva que la interpretación que será hecha corresponda a aquella dada en su decisión. Un testigo excepcional constituye una reciente decisión dictada a raíz de la ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al pacto civil de solidaridad^X. Para el caso concreto, el

²² BADINTER, Robert. Op. cit. p. 13.

²³ HALPÉRIN, Jean-Louis. “L’Union européenne, un état en voie de constitution?”. En: “Recueil Dalloz”. 2004. p. 219.

^{IX} Nota del Traductor: Por “gobierno de los jueces” debe entenderse la expresión utilizada al inicio del siglo XX por estudiosos de orientación progresista para criticar la jurisprudencia de la magistratura americana, de tipo federal. Se trataba de una jurisprudencia que, aplicando de manera expansiva el principio del “justo proceso” en materia contractual, tendía a asegurar de una manera rigurosa los derechos de propiedad de las intervenciones públicas, especialmente de aquellas de naturaleza social. La expresión, utilizada ya por estudiosos americanos, debe mucho de su notoriedad al libro de un estudioso francés de Derecho comparado, Eduard Lambert que, luego de la primera guerra mundial, atacó vigorosamente las propuestas para introducir formas de control judicial de constitucionalidad en los ordenamientos de Europa continental. GUARNIERI, Carlo. “El gobierno de los jueces’ en Europa”. En: Revista Puente@Europa 1. 2005. <http://www.ba.unibo.it>.

^X Nota del Traductor: La ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999, relativa al pacto civil de solidaridad, constituyó la incorporación dentro del ordenamiento jurídico francés de los denominados PAC’S, esto es, del contrato celebrado entre dos personas mayores –del mismo o diferente sexo– a fin de organizar su vida común. Puede ser celebrado incluso por un extranjero. Se establecen limitaciones, como que el PAC’S no

Consejo se permitió sugerir muchas interpretaciones al Poder Judicial, llegando incluso a reescribir la ley²⁴.

Finalmente, y sobre todo, un último factor reside en la jurisprudencia del Consejo instaurada por su célebre decisión de 16 de julio de 1971^{XI}, que evaluó la conformidad de la norma que le es sometida con relación al conjunto del bloque de constitucionalidad, permitiendo así una “transformación cualitativa de la naturaleza del control del Consejo Constitucional”²⁵.

Desde ese momento, las normas de referencia que debe respetar la ley se extienden a numerosos derechos y libertades fundamentales inscritas en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Esta ampliación favorece la intromisión [*l'intrusion*] y el flo-

recimiento del Derecho constitucional en numerosas materias de Derecho privado, y más particularmente, en el Derecho Civil, como por ejemplo el derecho de propiedad, el derecho de la responsabilidad o el derecho al respeto de la vida privada.

Así pues, el Consejo Constitucional ha afirmado el 16 de enero de 1982^{XII} el valor constitucional del derecho de propiedad, estableciendo las condiciones dentro de las cuales los poderes públicos pueden proceder a la nacionalización²⁶. De la misma manera, el Consejo Constitucional ha tenido ocasión de precisar el valor constitucional del principio según el cual toda culpa da lugar a una reparación²⁷, pareciendo reconocer el mismo valor consagrado en el artículo 1382 del *Code Civil*^{XIII} fundándose en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789^{28XIV}.

puede ser celebrado entre ascendentes y descendentes en línea directa. Los bienes de los “contratantes” siguen siendo de su propiedad exclusiva, las personas que celebraron el PAC’S son considerados terceros respecto de la sucesión de la otra parte. Puede consultarse al respecto el trabajo del profesor CABRILLAC, Rémy. “Les réformes de droit de la famille et le PACS”. En *Droit de la famille* 6. 2000; CABRILLAC, Rémy. “El Derecho civil francés desde el Código”. En: “Revista de Derecho XXII. Tomo 2. 1999. pp. 71 y 72. La versión electrónica puede ser consultada en <http://www.scielo.cl>.

²⁴ MOLFESSIS, Nicolas. “La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel”. En: “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 2000. p. 210. Addendum: BLACHER, Philippe y Jean-Baptiste SEUBE. “Le PACS à l’épreuve de la Constitution”. En: *Revue du droit public*. 2001. pp. 203 y siguientes.

^{XI} Nota del Traductor: A través de la Decisión 71-44 DC de 16 de julio de 1971 (también conocida como la Decisión Libertad de asociación) el Consejo Constitucional establece por primera vez que no sólo se limita a reconocer la conformidad de la Constitución en sí misma, sino además la conformidad de las leyes, garantizando los derechos y libertades de los ciudadanos, integrando al bloque de constitucionalidad, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los Principios Fundamentales reconocidos por las leyes de la República. La versión electrónica de dicha decisión puede ser consultada, también, en alemán e inglés, en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

²⁵ TERRÉ, François. “Introduction générale au Droit”. Sexta edición. París: Dalloz. 2003. p. 212.

^{XII} Nota del Traductor: Se hace referencia a la Decisión 81-132 DC de 16 de enero de 1982 del Consejo Constitucional a propósito de la Ley de Nacionalización en la cual se reconoce el derecho de propiedad “como inviolable y sagrado”, esto es, se le reconoce como un derecho fundamental, empero se precisa que “nadie puede ser privado de él, salvo necesidad pública legalmente constatada mediando, además, una previa y justa indemnización (*indemnité*), con esto se reconoce que dicho derecho no es absoluto. La versión electrónica de dicha decisión puede ser consultada, también, en alemán e inglés, en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

²⁶ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 16 de enero de 1982, en “Recueil Dalloz”. 1983. p. 169., con nota de Léo Hamon. Sobre el mismo *arrêt* también puede consultarse “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1982., con nota de Vinh Nguyen Quoc y Claude Franck. Asimismo, TERRÉ, François e Yves LEQUETTE. “Les grands arrêts de la jurisprudence civile”. Onceava edición. París: Dalloz. 2000. p. 1. Addendum: ZATTARA, Anne-Françoise. “La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété”. En: “Bibliothèque de droit privé”. París: LGDJ. 2001., con prefacio de Rémy Cabrillac.

²⁷ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 22 de octubre de 1982, en “Recueil Dalloz”. 1983. p. 189., con nota de François Luchaire.

^{XIII} Nota del Traductor: Code Civil, artículo 1382.- “Todo hecho de la persona que cause un daño a otra, obliga a aquella por cuya culpa se produjo el daño a repararlo”.

²⁸ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 9 de diciembre de 1999, en *Journal officiel* de 16 de noviembre de 1999. Comparar el análisis de ZOLLER, Elisabeth. “Le Code civil et la Constitution”. En: “1804-2004 Le Code civil: Un passé, un présent, un avenir”. p. 982.

^{XIV} Nota del Traductor: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: Artículo 4.- “La libertad consiste en el poder hacer todo aquello que no perjudique a otro. De esta forma, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Dichos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”.

Finalmente, varias decisiones han reconocido el valor constitucional del derecho al respeto de la vida privada inscrito en el artículo 9 del *Code Civil*²⁹ ^{XV} que encuentra su origen en el artículo 2^{XVI} de la mencionada declaración.

No es inútil agregar que si los tribunales judiciales se niegan a controlar la constitucionalidad de las leyes, no lo hacen necesariamente sobre la base de un principio constitucional ya inferido por el Consejo. Por ejemplo, la Corte de Casación se basó en el carácter constitucional del derecho de propiedad para censurar un *arrêt*^{XVII} que impuso a una mujer al consentir un arrendamiento rural a su ex-esposo³⁰.

Si el Consejo Constitucional confiere –algunas veces– la unción suprema de la constitucionalidad a algunas disposiciones del *Code Civil*, no debemos exagerar dicho alcance. Estas consagraciones obedecen, en primer lugar, al reconocimiento de un principio antes que al reconocimiento de un texto del Código. Así, por ejemplo, se consagra el derecho de

propiedad antes que el artículo 544 del *Code Civil*^{XVIII}, el principio de responsabilidad por culpa antes que el artículo 1382 del *Code Civil*, el derecho al respeto de la vida privada antes que el artículo 9 del *Code Civil*, para evocar tan solo algunos supuestos.

Además, a pesar de que dichas consagraciones son escasas varios principios recogidos en los diversos artículos del *Code Civil* han sido privados de todo valor constitucional como, por ejemplo³¹, la libertad contractual a pesar de las opiniones favorables por su reconocimiento³².

Más allá de estos ejemplos, el *Code Civil* se encuentra subordinado a la Constitución.

B. El *Code Civil* siempre se encuentra subordinado a la Constitución

A pesar de la consagración de diversas disposiciones fundamentales del *Code Civil* como poseedoras de un valor constitucional por la jurisprudencia del Consejo Consti-

²⁹ Confróntese las decisiones citadas por BEIGNIER, Bernard. “La protection de la vie privée”. En: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne y Thierry REVET (Directores). “Libertés et droits fondamentaux”. Onceava edición. París: Dalloz. 2005. pp. 177 y siguientes.

^{XV} Nota del Traductor: *Code Civil*, artículo 9.- “Todos tiene derecho al respeto de su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces pueden dictar todo tipo de medidas como el secuestro, el embargo y otras, para impedir o cesar toda vulneración a la intimidad privada. Si hubiere urgencia, estas medidas pueden ser dictadas mediante una medida cautelar [*mesure en référé*]”. Una *mesure en référé* es dictada por un juez *des référés* quien es un magistrado (sea el Presidente del Tribunal de Gran Instancia, el Presidente del Tribunal de Instancia, el Primer Presidente de la Corte de Apelación, entre otros) y que tiene por misión principal tomar decisiones provisionales –inmediatamente aplicables y sin la autoridad de cosa juzgada– frente a casos de urgencia.

^{XVI} Nota del Traductor: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: Artículo 2.- “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

^{XVII} Nota del Traductor: En el Derecho francés, debe entenderse por *arrêt*, las decisiones dictadas por las Cortes que actúan como segunda instancia, por ejemplo, la Corte de Apelación, la Corte de Casación, Consejo de Estado, la Corte de Justicia de la Unión Europea. Los *arrêts* pueden ser confirmatorios, de admisión, de anulación, entre otros. Se diferencian de los *jugements* que son las sentencias dictadas en primera instancia, por ejemplo, los Tribunales de Gran Instancia, Tribunal de Instancia, entre otros.

³⁰ Se hace referencia a la Casación de la Primera Sala Civil de la Corte de 4 de enero de 1995. Puede consultarse en “Recueil Dalloz”. p. 328., con observaciones de Michel Grimaldi; en “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1995. p. 1468., con observaciones de Philippe Simler; en “Revue trimestrielle de droit civil”. 1996. p. 932., con observaciones de Frédéric Zenati. Addendum: MOLFESSIS, Nicolas. Op. cit. p. 168.

^{XVIII} Nota del Traductor: *Code Civil*, artículo 9.- “La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, a condición que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos”.

³¹ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 3 de agosto de 1994, en “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1995., con nota de Yves Broussolle; en: “Revue trimestrielle de droit civil”. 1996. p. 151., con observaciones de Jacques Mestre. Comparar el *arrêt* del Consejo Constitucional de 10 de junio de 1998, en “Revue trimestrielle de droit civil”. 1998. p. 797., con observaciones de Nicolas Molfessis, y p. 79., con observaciones de Jacques Mestre.; el legislador no puede incluir en la economía de los contratos un perjuicio de una gravedad tal que desconozca lo establecido en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre.

³² MOLFESSIS, Nicolas, “La dimension constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux”. En: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne y Thierry REVET. Op. cit. p. 87.

tucional, el *Code Civil* no podría constituir jurídicamente la verdadera Constitución civil de Francia. La dimensión simbólicamente adquirida por un código no modifica para nada su autoridad jurídica.

En este punto, la sombra de Kelsen se hace presente. Así pues, una disposición incorporada en un código –como es el caso del *Code Civil*– conserva en principio su valor legislativo, pues una ley ordinaria posterior puede siempre derogarla u abrogarla.

El propio decano Carbonnier lo reconocía de manera explícita en el extracto citado en las primeras líneas. De la misma manera, René David y Camille Jauffret-Spinosi lo han sabido evidenciar aunque de una manera un tanto más general al afirmar que: “[S]alvo pronunciamiento en sentido contrario por parte del legislador, los códigos no desempeñan –respecto de las leyes que no le han sido incorporadas en la estructura– ningún tipo de preeminencia”³³.

Sintomático de este fenómeno es el caso del nuevo Código Civil de Québec, que entró en vigor el 1 de enero de 1994 el cual, en

su Disposición Preliminar^{xix}, consagra la supremacía del Derecho Civil, *primus inter pares*^{xx}. Así pues, este Código Civil reconoce el “Derecho común”, el cual “constituye el fundamento de las demás leyes”, agregando, además, que éstas últimas “pueden adicionar nuevas normas al Código o derogar las disposiciones contenidas en él” situándolas, de esta manera, en igualdad con las disposiciones codificadas. El Código Civil de Québec reconoce, por ende, que no poseería jurídicamente un valor supra-legislativo.

Ahora, ¿deberíamos rechazar esta subordinación jurídica de los Códigos respecto de la Constitución? Particularmente, nos parece que, muy por el contrario, deberíamos alegrarnos, pues la dificultad [*lourdeur*] de una reforma constitucional no es necesaria para modificar las reglas recogidas en nuestro *Code Civil*. Lo engorroso de votar una ley ordinaria es de suyo suficiente para retardar su necesaria evolución. La flexibilidad del *Code Civil* constituye, sin lugar a dudas, una vez más, su verdadera fuerza, testimonio de su perennidad, de su aura, por ende, de su imagen de verdadera constitución de Francia.

³³ DAVID, René y Camille JAUFFRET-SPINOSI. “Les grands systèmes de droit contemporains”. Onceava edición. París: Dalloz. p. 84. [Puede consultarse en versión castellana “Los grandes sistemas jurídicos comparados”. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. En: <http://www.bibliojuridica.org>].

^{xix} Nota del Traductor: Code Civil de Québec, Disposición preliminar.- “El Código Civil de Québec rige, en armonía con la Carta de derechos y libertades de la persona (Capítulo C-12) y los Principios Generales de Derecho, las personas, las relaciones entre las personas, así como los bienes. El Código Civil se encuentra constituido por un conjunto de reglas que en todas las materias a las cuales se refieren la letra, el espíritu y el objeto de sus disposiciones, establece en términos expresos o de manera implícita el Derecho común. En estas materias, dicho Derecho común constituye el fundamento de las demás leyes que pueden adicionarse al Código o derogar disposiciones contenidas en él”. Sobre lo que constituyó la promulgación del nuevo Código Civil de Québec, CABRILLAC, Rémy. “Le nouveau code civil du Québec”. En: “Recueil Dalloz”. 1993. pp. 267 y siguientes.

^{xx} Nota del Traductor: La expresión latina puede ser entendida como “el primero entre sus iguales”.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

En el 2006 se creó la Comisión de Desarrollo Social, que busca difundir la cultura jurídica a personas que, por la condición en la que se encuentran no pueden acceder de manera directa a información jurídica, mediante la realización de talleres de Derecho. En éstos, se busca capacitar a la comunidad en diversos aspectos legales, proveyendo las herramientas necesarias, con el fin de que, conociendo cuáles son sus derechos, puedan participar en nuestra sociedad y mejorar tanto su vida cuanto la de los miembros de su familia. A lo largo de la historia de THÉMIS, hemos logrado capacitar a más de 1000 personas.

Dentro de los temas de los talleres que dictamos, tenemos la paternidad y alimentos, violencia familiar, seguridad ciudadana, el bullying, formalización de MYPES, entre otros.

¿Cómo puedo trabajar con la Comisión de Desarrollo Social?

Para que los talleres de Derecho puedan ser llevados a cabo, es necesario el financiamiento de estudios de abogados o empresas, comprometiéndose éstos con la situación que se vive en nuestro país. Por tanto, hay dos formas mediante las cuales el aporte y la participación pueden darse:



1. Talleres de Derecho con las instituciones con las que trabajamos constantemente

Venimos trabajando con diversas instituciones, con las cuales tenemos distintos programas, de acuerdo a sus necesidades. Los talleres de Derecho podrán realizarse de acuerdo a la disponibilidad de la institución.

2. Talleres de Derecho con un establecimiento elegido por el estudio de abogados o empresa

Son diversas las empresas que cuentan un local fijo donde realizan sus actividades de proyección social, dictando clases a los niños, realizando chocolatadas o campañas navideñas, entre otros. Es por ello que brindamos como una segunda opción que el dictado de talleres de derecho se lleve a cabo en estos establecimientos, donde ya existe una relación y la empresa desea que ésta se siga fortaleciendo.

En este caso, el presupuesto a pagar varía dependiendo del número de asistentes por el taller (en el caso que se desee realizar más de uno) y el lugar donde éste sea (por el costo del transporte).

En ambos casos, si las condiciones lo permiten, es posible que en el establecimiento elegido por el estudio o empresa los trabajadores de estos puedan tomar un rol más activo: dictando los talleres de derecho junto a los miembros de la comisión de Desarrollo Social.

REFLEXIONES EN TORNO AL EMPRÉSTITO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO GENUINO DE DESARROLLO DE LOS ESTADOS LOCALES, ANALIZADO DESDE LA NORMATIVA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Ignacio Agustín Falke Bordones*

En el presente artículo se aborda el análisis de la figura jurídica del contrato administrativo de empréstito público, usando como ejemplo el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se resalta cómo el status jurídico de esta comunidad plantea un reto tanto a la doctrina cuanto a la jurisprudencia al momento de conceptualizarla dentro de la doctrina ius-administrativista.

De igual forma, el autor destaca el rol del empréstito público como medio para desarrollar las economías de los Estados locales, y el rol que juega este contrato administrativo en la planificación económica y social. También invita al lector a analizar esta figura jurídica a la luz del artículo 81 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

* Abogado. Pre-magíster en el Programa de Profundización en la Problemática de la Empresa por la Universidad Austral. Especialización en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor de posgrado en la Escuela de Abogados del Estado. Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad del Salvador.

I. EXORDIO

En este trabajo haré un análisis del contrato administrativo de empréstito público en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, trabajándolo a la luz de la Ley 70 y la Constitución porteña. De este modo, pondré en el tapete ciertos temas que merecen ser destacados en concordancia con este contrato administrativo; el cual, a pesar de su importancia, relacionada no sólo con su cuantía económica, sino por lo que se materializa a través de él, no ha tenido un tratamiento importante en la doctrina ius-administrativista.

Para todo ello, trabajaré brevemente sobre cuál es la calidad que reviste el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debido a que el *status* jurídico que ostenta se presta a ser discutido, toda vez que, a casi trece años de la reforma constitucional, no hay unanimidad conceptual en esta materia, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

Luego de ello, veré el empréstito público en la legislación local para finalizar con un acápite sobre la figura como medio desarrollador de infraestructura o de financiamiento de proyectos. Esto debido a que, en mi opinión, una arquitectura seria y razonable de una gran obra de infraestructura pública puede derivar en una contribución de gran provecho para muchas generaciones. Y ello no sólo analizándolo desde una perspectiva estrictamente económica, aunque cabe decir que ciertas acciones estatales como –por ejemplo– el desarrollo de urbanizaciones, caminos, corredores viales, rutas, redes de ferrocarriles, etcétera, motiva e impulsa la iniciativa empresarial privada en beneficio de toda la sociedad con la creación de empleo en diversas ramas siendo beneficiarios de esta acción del Estado de modo directo los habitantes de un determinado territorio¹.

En definitiva, y como muchas de estas obras que se realizan con financiación externa son ejecutadas en tiempos extensos debido al porte de lo que se pretende realizar y, en consecuencia, supera el mandato de un determinado gobernante, conviene ir, antes de realizar cualquier inversión de enorme magnitud, hacia un acuerdo político, social y económico de modo que, si asume una Administración de diferente color político a la que comenzó la obra, la misma no sea frenada en su realización².

II. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO ES UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Pues bien, el Estado tiene muchos medios para obtener recursos líquidos para poder hacer frente a sus erogaciones financieras. Éste contrato administrativo, entonces, es uno de esos tantos medios por el cual se le inyecta recursos frescos al presupuesto del Estado que le permite hacer frente a erogaciones propias de la actividad financiera del Estado³, y a su vez que le agrega un crédito⁴.

En lo que hace a la naturaleza contractual del empréstito, conviene recordar que, al igual que los privados en el marco del Derecho privado realizan actos jurídicos y celebran contratos, la Administración realiza la misma actividad, con la diferencia que lo que es un acto jurídico para un particular será un acto administrativo para el Estado, y el contrato será –de este modo– administrativo. Sin embargo, y más allá de su régimen particular, al igual que en el Derecho Civil, se constituirá por un acuerdo de voluntades⁵ que se celebrará como corolario de un procedimiento ritual más o menos complejo, integrado por varios actos estatales⁶. Esta clara división del Derecho en dos ramas –público y privado– tiene un fundamento, tanto cristalino cuanto simplista a la

¹ Así, ver: CONSEJO EPISCOPAL LATINOAMERICANO. “La Vida económica”. En: Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Bogotá: Celam: San Pablo. 2011. pp. 229 y siguientes.

² El maestro Tomás Ramón Fernández, cuando trataba el tema de los acuerdos políticos en España, los sindicaba con el término “Administración concertada”. Ver: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria”. Buenos Aires: La Ley. 2002. p. 3.

³ JARACH, Dino. “Finanzas públicas. Esbozo de una teoría general”. Buenos Aires: Cangallo. 1978. p. 221.

⁴ *Ibid.* p. 253.

⁵ BALBÍN, Carlos. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Buenos Aires: La Ley. 2008. p. 171.

⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo. “Estudios de Derecho Administrativo”. En: Revista de Administración Pública. 2007. p. 180. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, sobre el tema del perfeccionamiento del contrato administrativo –en el marco de una licitación pública– sostuvo que “la validez y eficacia de los

vez, en la división entre el particular y la Administración, entre el interés privado y el interés público⁷.

A pesar de ello, en materia de contratos administrativos, no se ha podido elaborar una teoría uniforme abarcadora de todo el mundo contractual celebrado bajo el prisma del Derecho público con elementos rectores comunes, tanto en el ámbito interno, donde son piezas de las que se ocupan el Derecho Administrativo, cuanto en el ámbito internacional, donde convergen más de un Derecho y distintos ordenamientos jurídicos internacionales⁸.

En rigor de verdad, y en lo que hace ya al empréstito público en particular, lo que hace la Administración es contraer deuda onerosa de particulares, operación que se materializará y se reglamentará por normas de Derecho Público⁹.

Sin perjuicio de que –como ya adelanté– me adhiero a la tesis de que es un contrato, hay quienes se han manifestado por la posición de que es un acto de soberanía estatal¹⁰, o un poder estatal. Entonces, asumo que es un contrato administrativo¹¹, en virtud del cual la Administración recibe dinero, creando

una relación jurídica entre deudor (Estado) y acreedor (prestamistas de recursos líquidos). Incluso, tal es así que hay quienes sostienen que se mantienen prerrogativas luego de la emisión, tales como la facultad del Estado de modificar las condiciones del contrato¹².

Más a favor de la postura de que el empréstito público es un contrato de Derecho Administrativo se puede decir que, más allá de alguna rispidez de tipo doctrinaria, no puede negársele de ningún modo el fin público que persigue el Estado en el contrato de marras¹³. Y, habida cuenta que se toma deuda con organismos de financiamiento internacional, se puede señalar que también es un acto de integración, ya no desde el concepto frío de la economía, sino desde el compromiso que se lleva a cabo a través del contrato de un Estado y el fin público que persigue, y la entidad financiera a cumplir reglas y condiciones¹⁴.

En consecuencia, habida cuenta de lo manifestado en esta introducción, vale afirmar que el empréstito público es un contrato de Derecho público por el cual la Administración se hace con recursos frescos para hacer frente a sus compromisos financieros, los que pueden tener diversos objetos¹⁵. Y esa calidad de contrato administrativo es dada por el hecho

contratos administrativos [...] se supedita al cumplimiento de formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a las formas y los procedimientos de contratación [...] máxime si se tiene en cuenta que la prueba de la existencia misma del contrato está íntimamente vinculada a la forma en que queda perfeccionado". (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "Fallos: 326:1280. *Magnarelli v. Provincia de Misiones*").

⁷ MUÑOZ, Guillermo. "Contratos de la Administración". En: MUÑOZ, Guillermo y Carlos GRECCO. "Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo". Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999. p. 333.

⁸ CASSAGNE, Juan. "El contrato administrativo". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2009. p. 5.

⁹ Marienhoff sostiene que "el empréstito público puede definirse como el préstamo oneroso de dinero que el Estado obtiene de los administrados o particulares, conforme a normas de Derecho Público". Ver: MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo III-B. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998.

¹⁰ ZILLI DE MIRANDA, Martha. "El empréstito público". En: Revista de Administración Pública. 2007. pp. 786 y siguientes.

¹¹ Más allá de lo esbozado sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso "Cinplast" supo sintetizar al concepto de contrato administrativo con la siguiente conceptualización: "[U]na de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho privado" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "Fallos: 316:212").

¹² GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo". Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. p. IV.2.

¹³ PIAGGIO, Lucas. "Naturaleza jurídica del empréstito público e incidencias en su régimen de ejecución". En: Revista de Administración. 2009. pp. 94 y siguientes.

¹⁴ SÁNCHEZ, Alberto. "Contrato administrativo e integración regional". En: Cuestiones de contratos administrativos. pp. 72 y siguientes.

¹⁵ El profesor Juan Carlos Cassagne señala que "en el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa". Ver: CASSAGNE, Juan. "El contrato administrativo". Op. cit. p. 5.

de que el Estado se hace de recursos líquidos para afrontar el coste de una gran obra y que tal deuda la formaliza a través de una pieza contractual—entre las infinitas existentes para que se puedan cumplimentar con el interés general— cuya celebración le permite hacer efectiva la finalidad perseguida¹⁶.

III. EL ESTADO PORTEÑO ¿PROVINCIA O MUNICIPIO? BREVES REFLEXIONES

La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires fue introducida en la reforma constitucional del año 1994. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando tuvo oportunidad de expedirse sobre este asunto en el marco del fallo por el casino flotante, no dudó en negarle a la ciudad la competencia originaria. Es decir, la jurisprudencia que aún hoy sigue vigente, no la asimila a una provincia.

A más de diecisiete años de la reforma de la Carta Magna, la doctrina le ha asignado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires acepciones diferentes—en su mayoría asimilándola a un municipio—, incluso, su Constitución dictada en el año 1996, ha sido llamada “Estatuto”.

Es sumamente interesante el análisis constitucional de su *status* jurídico que realiza el Profesor Rosatti, aunque debo adelantar que no coincido, habida cuenta de que, si bien le niega la categoría de municipio, también le niega la de provincia¹⁷. Sin embargo, como un primer pensamiento, cabe señalar que el poder territorial en la República Argentina está dado por provincias y municipios y no por otro tipo de Estados locales.

En rigor de verdad, y más allá de mi respeto por todos esos ius-publicistas que se han manifestado por la tesis mencionada, debo adelantar que mi opinión es que el

Estado porteño es más asimilable a una provincia que a un municipio, cuestión que surge de la Constitución Nacional y del diseño institucional local, como a lo largo del presente acápite explicaré. A continuación, explicaré los fundamentos que sustentan mi posición.

Hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni siquiera podíamos elegir a nuestros propios representantes. Luego de la última reforma, se le ha dado a la Ciudad de Buenos Aires la autonomía suficiente para que pueda diagramar su sistema electoral y, en consecuencia, elegir a sus propias autoridades.

La característica de la autonomía—como señala Dromi— no la hace provincia, antes bien, es una característica achacable a un municipio. Sin embargo, hay cuestiones que la posicionan en un plano intermedio, tales como la cuestión de que posea representación legislativa en ambas Cámaras¹⁸—ningún municipio de la Argentina, posee dicha representatividad.

Pero existen todavía más elementos que la alejan de un municipio¹⁹ y la acercan a una provincia. La naturaleza política-constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires apoya aún más la tesis que aquí se pretende dejar sentada, la que se encuentra avalada en dos planos jurídicos.

En el plano federal, se encuentra avalada por la Constitución Nacional²⁰, que le otorga, al igual que a las provincias representación en ambas cámaras, e incluso, otro aspecto que no se puede dejar de soslayar, es que la ciudad es sujeto copartícipe de la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos, al igual

¹⁶ COMADIRA, Julio y Héctor ESCOLA. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2012. p. 926.

¹⁷ ROSATTI, Horacio. “Tratado de Derecho Constitucional”. Cuarta edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2011. pp. 619 y siguientes.

¹⁸ DROMI, Roberto. “Ciudad y Municipio”. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina-Hispania Libros. 2007. pp. 230 y siguientes.

¹⁹ El Profesor Rosatti señala, con acento crítico, que el sistema de municipio-partido es aquel que se adopta o adoptó el legislador de la provincia de Buenos Aires con el fin de no dejar espacios en blanco remediando de este modo el mal de la distancia. Ver: ROSATTI, Horacio. Op. cit. p. 29.

²⁰ Coincido con la posición de Horacio Creo Bay, en tanto resulta destacable que la Ciudad de Buenos Aires fue colocada constitucionalmente en el artículo 129 dentro de la segunda parte, título segundo junto con el articulado referido a los Gobiernos de Provincia. Ver: CREO BAY, Horacio. “Nuevo régimen de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. En: CASSAGNE, Juan. “Estudios sobre la reforma constitucional”. Buenos Aires: Depalma. 1995. pp. 318 y siguientes.

que las provincias²¹; no ocurre lo mismo con los municipios. En un segundo plano, que es local, nos encontramos con una ingeniería institucional que dista enormemente de la de un municipio y pareciera parecerse más a la de una provincia²².

Veamos, hay una Constitución dictada en el año 1996; una Legislatura que dicta leyes – incluso Códigos Contencioso Administrativo y Tributario, y Penal, Contravencional y de Faltas–; un Poder Ejecutivo –encabezado por el Jefe de Gobierno–; entes reguladores de Servicios públicos; un Poder Judicial integrado por el Consejo de la Magistratura, los Juzgados de primera instancia y cámaras de apelaciones, Ministerio Público Fiscal, de la Defensa, y Tutelar; y, un Tribunal Superior de Justicia, que oficia como última instancia local antes que un asunto pueda llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En suma, en materia de *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estamos frente al problema de que, si bien –como se mencionó– muestra ciertas características que podrían hacer que se la asimilen a provincias, en rigor de verdad nuestro más Alto Tribunal Federal le ha negado la competencia

originaria, y en consecuencia, no la ha equiparado en su calidad a una provincia.

IV. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO, A LA LUZ DEL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y LA LEY 70. BREVE ANÁLISIS DESDE LA PLANIFICACIÓN ECONÓMICA LOCAL

Analizada la calidad que ostenta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como Administración local, vamos a analizar la figura del empréstito público dentro de su normativa, destacando –aunque parezca redundante– que bien empleada parece ser una herramienta razonable para realizar obras de gran porte que impulsen y motiven la iniciativa inversora de los privados, provocando beneficios en muchos sentidos para los habitantes del territorio en el transcurso de cuantiosas generaciones²³.

Constitucionalmente, la figura jurídica del empréstito público surge del artículo 81²⁴, teniendo su posterior recepción y regulación en la Ley 70²⁵, quedando, de esta suerte, el contrato de marras fuera del ámbito del régimen de compras y contrataciones que

²¹ PEREZ HUALDE, Alejandro. "Coparticipación federal de impuestos en la Constitución Nacional". Buenos Aires: Depalma. 1999. pp. 30 y siguientes.

²² Cuando Rosatti realiza el estudio de las características de un municipio, se puede vislumbrar el distanciamiento arquitectónico-institucional que existe con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver: ROSATTI, Horacio. Op. cit. pp. 81 y siguientes.

²³ Para José García Hamilton, "las sociedades que han logrado un desarrollo económico sostenido durante los últimos siglos han sido, en general, aquellas que han establecido un sistema político estable, con gobiernos cuyos poderes han sido limitados y equilibrados entre sí. Se trata de países en los que ha funcionado un sistema de instituciones, basadas y respaldadas en ideas o creencias compartidas, que obligan a las autoridades a preservar la vida, los derechos y los bienes de las personas". Ver: GARCIA HAMILTON, José. "Por qué crecen los países". Buenos Aires: Sudamericana. 2009. p. 21.

²⁴ El artículo 81 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dice: "Con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros [...] Aprueba los acuerdos sobre la deuda de la Ciudad".

²⁵ Del capítulo III de la Ley 70, a los efectos de este trabajo, caben destacar el articulado que a continuación se detalla. El artículo 83 dice: "El Crédito Público se rige por las disposiciones de esta Ley, su reglamentación y por las leyes que aprueban las operaciones específicas. Se entiende por Crédito Público la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento para realizar inversiones, para atender casos de evidente necesidad de la Ciudad o para reestructurar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos. No se podrán realizar operaciones de crédito público para financiar gastos operativos, salvo que se autoricen por ley específica. A todos estos efectos, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, como banco oficial, será el agente financiero".

El artículo 84 norma que "las operaciones de crédito público son aprobadas por Ley. Las operaciones que se aprueben deben tener base y objeto determinado". El Artículo 85, de su lado, regula que "el endeudamiento que resulte de las operaciones de crédito público se denomina deuda pública y puede originarse en: (i) La emisión y colocación de títulos, bonos u obligaciones de largo y mediano plazo, constitutivos de un empréstito; (ii) la emisión y colocación de letras del Tesoro cuyo vencimiento supere el ejercicio financiero; (iii) la contratación de préstamos con instituciones financieras; (iv) la contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de un ejercicio financiero posterior al vigente, siempre y cuando los conceptos que se financien se hayan devengado anteriormente; (v) el otorgamiento de avales, fianzas y garantías; (vi) la consolidación, conversión y renegociación de otras deudas. No se considera deuda pública las operaciones que se realicen en el marco del artículo 107 de esta Ley".

norma la Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2095²⁶. De modo que existe en el ámbito de esta ley todo un procedimiento para materializar el empréstito público que nace en la Carta Magna porteña y se perfecciona con el dictado de la normativa mencionada en el párrafo anterior.

Estas dos normas habilitan al Poder Ejecutivo local a planificar y desarrollar infraestructura pública sin tener que contar con la autorización del Estado Nacional, empero, como expresamente regla la norma, para el consentimiento del proyecto deberá contar con la aprobación pertinente de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en lo que respecta al modo de financiamiento en el caso de que la obra o el proyecto se realice con deuda.

Cabe aclarar, que cuando se habla que la Administración planifica en el marco de la actividad económica, nada tiene que ver este asunto con la planificación de lo que se denomina los medios productivos en el marco de una economía libre que es ejercida por las empresas o por los administrados en ejercicio del comercio, dado que son éstos los agentes que asumen la gestión directa de la economía²⁷.

En definitiva, lo que tenemos aquí, una vez cumplidos todos los requisitos que la norma exige, es al Estado tomando deuda de un privado a largo plazo para la financiación

de infraestructura pública, la que será controlada y recibirá controles para su buena marcha, toda vez que, por lo general, cuando se toma la decisión Estatal de hacer obras de gran porte e importancia económica, son inversiones que si bien no parecen redituables en el marco de un análisis económico frío, son de un gran aporte a muchísimas generaciones de capital productivo de esa sociedad²⁸.

Y, para finalizar, inversiones grandes que implican grandes obras públicas, y consecuentemente, empleo, además del valor agregado que le inyecta a la sociedad toda, solo puede realizarlas un Estado que planifica su desarrollo²⁹.

Pues bien, estas son las herramientas legales que posee la ciudad para tomar deuda a fin de realizar, a modo de ejemplo, alguna obra pública en términos de desarrollo social y económico, tema que abordaré a continuación.

V. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO COMO MEDIO DE DESARROLLO DE LOS ESTADOS LOCALES

Al definir empréstito público, el Profesor Marienhoff, en su "Tratado de Derecho Administrativo"³⁰, señala que "normalmente, por principio general, para el cumplimiento de sus fines y realización de sus funciones, el Estado utiliza medios y recursos permanentes: El impuesto, la tasa (que es la retribución

El artículo 86 regla que "a los efectos de esta Ley, la deuda pública de la Administración de la Ciudad se clasifica en directa y contingente, interna y externa. La Deuda Pública Directa es aquella asumida por la Administración de la Ciudad en calidad de deudor principal. La Deuda Pública Contingente es la constituida por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, distinta de la Administración de la Ciudad, pero que cuente con su aval, fianza o garantía. La Deuda Interna es aquella contraída con personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en la República Argentina y cuyo pago es exigible dentro del territorio nacional. La Deuda Externa es aquella contraída con otro Estado u Organismo Internacional o con cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago es exigible fuera de su territorio". El artículo 87 dice que "ninguna entidad del Sector Público de la Ciudad puede iniciar trámites para realizar operaciones de crédito público sin la autorización previa del Poder Ejecutivo". Y, el artículo 88 dice que "las jurisdicciones y entidades de la Ciudad de Buenos Aires no pueden formalizar ninguna operación de crédito público que no esté autorizada por Ley. La Ley de Presupuesto General debe indicar como mínimo las siguientes características de las operaciones de crédito público autorizadas: Tipo de deuda, monto máximo autorizado para la operación, plazo mínimo de amortización y destino del financiamiento".

²⁶ BALBÍN, Carlos. Op. cit. pp. 325 y siguientes.

²⁷ DROMI, Roberto. "Administración local de la economía". Segunda edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1997. pp. 45 y siguientes.

²⁸ MIKESSELL, Raymond. "Mecanismos de ayuda económica externa". México: Centros de Estudios Monetarios Latinoamericanos. 1964. pp. 23 y siguientes.

²⁹ LEWIS, Arthur. "La planeación económica". México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1952. pp. 58 y siguientes.

³⁰ MARIENHOFF, Miguel. Op. cit.

de ciertos servicios públicos), el canon (retribución del uso de bienes del dominio público), el producido de bienes de su dominio privado, entre otros. Pero en circunstancias de excepción, para cumplir algunos de dichos fines o llevar a cabo algunas de sus funciones, aquellos medios y recursos habituales resultan insuficientes; en tales supuestos el Estado se vale de otro medio o de otro recurso: El “empréstito” público, que no implica otra cosa que la utilización del crédito o confianza en que, en el caso concreto, dicho goce no es sino el resultante o reflejo del valor de los bienes totales integrantes del Estado y de la eficacia y prestigio de la acción gubernativa”.

Sin embargo, debo puntualizar que estoy en desacuerdo con lo que pregona el mencionado maestro. Ello debido a que, justamente y como principio, no parece ser necesario que toda actividad de la Administración se financie con recursos regulares del Estado por las razones que expondré a continuación, menos aún los gastos regulares u ordinarios que deben ser contentados en épocas normales con recursos ordinarios del Estado³¹.

Como primera medida, soy de la opinión que con los recursos ordinarios, el Estado local debe hacer frente a las erogaciones regulares que debe afrontar, como por ejemplo, el pago de sueldos. En consecuencia, al echar mano a la figura del empréstito público y cargar para sí un crédito, debe ser como herramienta para finalizar obras que sean del disfrute de numerosas generaciones integrantes de una misma sociedad y, en consecuencia, ese es el valor agregado de la obra y a la vez la justificación sería de la deuda contraída por

la Administración a veinte o treinta años: La cantidad de generaciones que van a utilizar y beneficiarse de distinta manera con una determinada obra pública³². Entonces, se puede ver cómo existe, desde el Estado, un plan con un objetivo de largo plazo inyectando una obra que le hace una contribución, sumándole un valor agregado tanto a los habitantes de un determinado territorio cuanto a la economía del lugar³³.

Ello halla justificación en que el periodo o los periodos de desarrollo de una ciudad o sociedad se cristalizan en un período o en varios períodos de años, lo que hace difícil que un Estado pueda autofinanciar esas obras que hacen al crecimiento con recursos financieros propios³⁴. En rigor de verdad, ello podrá suceder cuando la infraestructura y las condiciones sean tales que las condiciones que brinda el Estado sean tales que los recursos de la economía se optimizan al máximo de sus posibilidades: Sin infraestructura pública adecuada no hay desarrollo industrial ni actividad económica o empresarial posible.

Pero todo ello no alcanza. A su vez, y para que los créditos tomados por el Estado sean convenientes y con una tasa de interés razonable, resulta de vital importancia que los compromisos contraídos con el acreedor sean cumplidos en tiempo y forma, en tanto que, de no ocurrir esto en ocasión de tomar un próximo préstamo en un futuro para una nueva obra de porte, la tasa de interés se disparará, toda vez que volver a prestarnos dinero implicara un mayor riesgo³⁵.

Así, y de adoptar un temperamento serio ante cada compromiso que se asume, se

³¹ Ricardo Fenochietto, al tratar los empréstitos, dice que “son los recursos derivados de los préstamos, internos o externos que puede obtener el Estado. Financiar al déficit del Estado mediante emisión de deuda o mediante el cobro de impuestos es una de las disyuntivas fundamentales de las finanzas públicas. El uso de empréstitos para financiar determinados proyectos de inversión suele ser una herramienta muy utilizada por países que obtienen préstamos de organismos internacionales”. Ver: FENOCHIETTO, Ricardo. “Economía del sector público”. Buenos Aires: La Ley. 2006. pp. 286 y siguientes.

³² Víctor Fernández sostiene que: “[L]a idea de progreso es más rica que la idea de acumulación creciente, e implica el desarrollo de las potencialidades de todas las personas, aunque esto conlleve a una menor acumulación de bienes en pocas manos. Por la misma razón, la motivación al desarrollo de las habilidades empresariales no debería proceder sólo de un ideal de acumulación progresiva de bienes que se reproducen indefinidamente y que sólo tienen como finalidad permitir una mayor acumulación de bienes [...] El desarrollo de las habilidades empresariales debe ser indudablemente bien recompensado, y permitir al empresario gozar cómodamente de los bienes terrenos, pero su finalidad primera es la de beneficiar a la sociedad y hacerla crecer”. FERNÁNDEZ, Víctor. “Valores argentinos o un país insulso”. Buenos Aires: Bouquet. 2006. pp.153 y siguientes.

³³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Manuel. “Cuestiones económicas argentinas”. Bogotá: A-Z. 2000. pp. 195 y siguientes.

³⁴ HAWKINS, Edward. “Los principios de la ayuda al desarrollo”. Madrid: Alianza Editorial. 1974. p. 58.

³⁵ *Ibid.* pp. 59 y siguientes.

generará ciertas condiciones en la economía que serán productoras de confianza comercial y perspectivas. La confianza comercial, en definitiva, es la confianza que les genera a los inversores las economías internas de los países que se manifiestan a través de los indicadores que la analizan³⁶.

Para finalizar, y habida cuenta de lo expuesto a lo largo del presente, en yuxtaposición a lo sostenido por el maestro Marienhoff, debo agregar que soy de la opinión en que tomar deuda para realizar infraestructura pública no es una mala decisión. Tal elección debe tomarse, teniendo en consideración la oportunidad, la conveniencia y la eficacia en el marco de las directrices emanadas de la legislación con el único fin de alcanzar el bienestar general. Lo que de ningún modo puede ocurrir es la elección interesada, infundada o equivocada con motivaciones exclusivamente políticas, porque sus graves consecuencias económico-sociales terminarían atentando contra el objetivo de alcanzar aquel bienestar general³⁷.

VI. EPÍLOGO

A través del presente trabajo he tratado de reflejar ciertos aspectos que rodean a la figura del empréstito público para un Estado local, debiendo destacar que no existe a más de once años de creación de la Justicia Contencioso-Administrativo local, jurisprudencia sobre este asunto.

Con ese objetivo, fue que hice referencia al *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para luego entrar a analizar el empréstito público desde la Carta Magna porteña y la Ley 70 y cómo este contrato administrativo, bien utilizado, puede ser de gran valía para el desarrollo social y económico de un Estado.

En suma, resulta agradable a los ojos de estos renglones, terminar con decisiones que sólo impliquen el corto plazo y se adopte la opción del uso del empréstito público u otros medios de financiamiento para el desarrollo de grandes infraestructuras –que no ocupen los recursos ordinarios del Estado–, dado que con ello, se acarrea un crecimiento social.

Por todo ello, si bien resulta razonable y posible que dentro de un territorio puedan existir entre sus habitantes ideas o posiciones antagónicas que –como obvio corolario se verá reflejado en la clase dirigencial– las mismas deben ser enriquecedoras y complementarias. Superando, como se ha dicho, la concepción vertiginosa cortoplacista de modo de implantar, particularmente en la función pública, hábitos que impliquen acciones constructivas que trasciendan uno o más de un gobierno y sean de sumo beneficio para el colectivo de los habitantes de un territorio ya sea de modo directo o indirecto³⁸.

³⁶ KERKORIAN, Kirk. "Industria y comercio". En: "Análisis de los indicadores económicos". Buenos Aires: Cuatro Media. 2008. pp. 113 y siguientes.

³⁷ ESCOLA, Héctor. "El interés público como fundamento del Derecho Administrativo". Buenos Aires: Depalma. 1989. pp. 114 y siguientes.

³⁸ Así, LANÚS, Juan. "La Argentina inconclusa". Buenos Aires: El Ateneo. 2012. p. 561.

¿PARA QUÉ QUEREMOS CLÚSTERS?

Nicole Roldán Barraza*

¿Qué son los clústers? ¿Cuál es su rol en el mercado? ¿Es necesario identificarlos y promoverlos en el gobierno peruano? Si esto fuera así, ¿qué se debe considerar para un prudente incentivo de clústers en el Perú?

En el presente artículo, la autora intenta resolver dichas interrogantes a partir de la aproximación al concepto de clúster, de sus efectos en la economía, y de la experiencia de otros países, sugiriendo propuestas para las políticas de incentivo y desarrollo de clúster. Así también, y luego de haber desarrollado una larga explicación acerca de los clústers y su efectiva intervención en el mercado, la autora desarrolla sugerencias a fin de hacer efectiva la meta de competitividad planteada por el gobierno peruano para el año 2013.

* Economista de origen chileno. Magíster en Economía por la University College of London. Profesora de Microeconomía II en la Universidad del Pacífico. Asociada del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, el Consejo Nacional de Competitividad ha planteado entre sus metas del año 2013¹ el identificar y priorizar clústers², con el fin de desarrollar estrategias para su desarrollo.

Pero, ¿Qué son los clústers? ¿Cómo identificarlos y promoverlos? Actualmente no existe definición única y clara para clúster. Diversos académicos y políticos han utilizado definiciones que incluyen conceptos tales como: Distritos industriales, nuevos espacios industriales, especialización flexible, *networking*, etcétera. Esta diversidad de definiciones ha generado cierta ambigüedad y derivado en un debate respecto a cuáles es definición correcta de clúster³.

De acuerdo a Porter, un clúster es “un grupo geográficamente próximo de compañías interconectadas e instituciones asociadas en un campo particular, vinculadas por características comunes y complementarias”⁴.

The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) por su parte ha definido al fenómeno de clúster como “la tendencia de firmas integradas vertical y/u horizontalmente en líneas de negocios relacionadas a concentrarse geográficamente”⁵.

El Banco Mundial, en tanto, ha definido los clústers industriales como “una aglomeración de compañías, proveedores de servicios e instituciones asociadas en un área en particular. Usualmente se incluyen proveedores financieros, instituciones educacionales y varios niveles de gobierno”⁶.

Esta imprecisión ha llevado a que algunos autores cataloguen al concepto de clúster como “amplio y metafórico”⁷, o bien “opaco y difuso”⁸ e incluso “caótico”⁹. Asimismo se ha criticado que esta ambigüedad habría sido aprovechada por algunos organismos para modificar y redefinir el concepto, de modo de que se adecue a las características del análisis que se pretendía llevar a cabo¹⁰.

Ahora, reconociendo la poca claridad conceptual, lo que sí es posible rescatar es que el elemento esencial que distingue a los clústers es que se trata de una agrupación de empresas que buscan beneficiarse de las ventajas de actuar en conjunto.

De la misma forma, con una vaga idea del concepto de clúster aún podemos asociarlo con algunos ejemplos mundialmente reconocidos tales como: Clústers de electrónica y computación en Silicon Valley –Estados Unidos– y en Bangalore –India–; de servicios financieros en The City –Reino Unido– y Wall Street –Estados Unidos–; de industria del calzado en Hamburgo –Alemania– y de microelectrónica en Hsinchu Science Park en Taiwán.

II. BENEFICIOS DE LOS CLÚSTERS

Ahora cabe preguntarnos, ¿y cuáles son estas ventajas de actuar en conjunto?, es decir ¿cuáles son los beneficios que se derivarían de un clúster?

De acuerdo a la teoría económica, los beneficios de un clúster surgen de la proximidad y contacto entre las firmas relacionadas, lo que las llevaría a disminuir costos de transacción y a lograr acciones coordinadas

¹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS [del Perú]. “Agenda de Competitividad 2012-2013”. Febrero 2012.

² Meta 12. Estrategia: “[I]dentificar y priorizar a partir de una metodología adecuada que permita ponderar y priorizar los clústers de mayor potencial competitivo a fin de definir estrategias para impulsarlos”.

³ THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “Cluster Policies”. 2010.

⁴ PORTER, Michael. “La Ventaja Competitiva de las Naciones”. Buenos Aires: J. Vergara Editor S.A. 1991.

⁵ THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “What are clusters”. CEI Workshop on Clusters.

⁶ BANCO MUNDIAL. “Clusters for Competitiveness”. 2009.

⁷ TRENDS BUSSINESS RESEARCH. “Bussiness clusters in the UK: A first assessment”. 2001.

⁸ MARTIN, Ron y Peter SUNLEY. “Deconstructing Clusters: Chaotic concept or policy panacea?”. En: Journal of Economic Geography 3. pp. 5-35.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

para mejoras en productividad, innovación y especialización.

En efecto, entre las ventajas del desarrollo de un clúster se encuentra el aprovechamiento de economías de escala, pues la producción de un mayor volumen permitiría a las firmas reducir sus costos unitarios de producción y generaría que los costos fijos se dividan entre mayor número de unidades. Dicho de una forma más general, la formación de un clúster llevaría a las firmas a alcanzar una masa crítica que les permitirá alcanzar mayores pautas de crecimiento.

Además, las firmas pueden llevar a cabo acciones conjuntas en pos de una meta en común, a fin de no enfrentar los altos costos de manera individual. Por ejemplo, realizar inversiones en innovación y desarrollo, campañas de comercialización internacional, establecimiento de normas de calidad, etcétera¹¹.

Por otra parte, la cercanía entre las firmas reduce los costos de transportar insumos y facilita la comunicación y negociación. La cercanía también permite atraer un número mayor de clientes, quienes aprovechan la ventaja de contar con varias alternativas en un mismo lugar. Asimismo, la continua interacción y competencia entre las empresas en el clúster fomentaría la especialización, división del trabajo y por ende una mayor productividad¹².

En definitiva, tal como lo ha resaltado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL), los clústers permitirían

alcanzar un “[...] nivel de eficiencia colectiva que no sería alcanzable de forma aislada e individual por las empresas, excepto a un altísimo costo y considerables inversiones hundidas”¹³.

Cabe destacar también que los clústers serían particularmente relevantes para el desarrollo de pequeñas empresas que carecen de recursos y capacidad para adoptar estrategias que les permitan mejorar su competitividad de manera significativa.

III. ¿CÓMO SURGEN LOS CLÚSTERS?

Cabe preguntarnos ahora el cómo se forman estos complejos industriales o clústers y si es posible fomentar su desarrollo.

Existen diversas teorías que explican el surgimiento de clústers de forma natural, entre ellas se encuentra la teoría de localización y geografía económica –North¹⁴, Krugman¹⁵ y Borges Mendez¹⁶–, que indican que la principal fuerza de desarrollo de los clústers es la reducción de los costos de transporte y es por ello que las firmas se concentrarían cerca de recursos naturales o cerca de los mercados a los que abastecen.

Otra teoría es la de los encadenamientos hacia atrás y hacia adelante –Hirschman¹⁷–, que afirma que cuando un sector alcanza un umbral mínimo hace rentable la inversión en sectores relacionados –sean proveedores o procesadores.

También está la teoría de interacción –Bianchi¹⁸, Bellandi¹⁹ y Dini²⁰–, que considera a la

¹¹ RAMOS, Joseph. “Una estrategia de desarrollo a partir de complejos productivos (clústers) en torno a los recursos naturales. ¿una estrategia prometedor?”. 1999.

¹² *Ibidem*.

¹³ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). “Clústers y políticas de articulación productiva en América Latina”. 2010.

¹⁴ NORTH, Douglass. “Location theory and regional economic growth”. En: *The Journal of Political Economy* LXIII. Tomo 3. Chicago: The University of Chicago Press. 1955.

¹⁵ KRUGMAN, Paul. “Development, Geography and Economic Theory”. Cambridge: MIT Press. 1997.

¹⁶ BORGES MENDEZ, Ramón. “The new geographical economics, natural resource-based development and some policy challenges for Latin America”. Santiago de Chile: CEPAL. 1997.

¹⁷ HIRSCHMAN, Albert. “A generalized linkage approach to development with special reference to staples”. En: *Essays on Economic Development and Cultural Change in Honor of Bert F. Hoselitz* 25. Chicago: University of Chicago Press. 1977.

¹⁸ BIANCHI, Patrizio. “Competencia dinámica, distritos industriales y, medidas locales”. En: *Industrialización y desarrollo tecnológico* 13. Santiago de Chile: CEPAL. 1992.

¹⁹ BELLANDI, Marco. “El distrito industrial”. En: *Estudios territoriales* 20. Madrid: Ministerio de Fomento. 1996.

²⁰ DINI, Marco. “Capacidad competitiva de las pequeñas empresas italianas. Análisis crítico de la teoría de los distritos industriales en un marco de economía abierta”. En: *Industrialización y desarrollo tecnológico* 13. Santiago de Chile: CEPAL. 1992.

interacción de las empresas como un juego repetido en el cual surgirían lazos de confianza y coordinación que llevarían a la reducción de costos de transacción.

Finalmente, tenemos el modelo de Porter²¹, quien sostiene que la diversidad e intensidad de las interacciones entre empresas competidoras, proveedoras, actividades de apoyo, productores de insumos y otros, determina la formación de complejos productivos.

Ahora bien, si los clústers pueden surgir de manera espontánea, ¿para qué tratar de identificarlos y tratar de promover su desarrollo? La respuesta a esta pregunta se encuentra en los beneficios que los clústers generan. En otras palabras, la idea no es ir en contra de las fuerzas del mercado, sino adelantarse a él y lograr clústers con un crecimiento a tasas más aceleradas que lo que se daría en forma espontánea²².

Las políticas de clústers buscan hacer más expedito el proceso de desarrollo de un clúster y proveer de una plataforma base sobre la cual crecer en producción e iniciativa²³.

Esta parece ser la idea del gobierno de Perú que ha planteado entre sus metas de competitividad del año 2013: “[I]dentificar y priorizar a partir de una metodología adecuada que permita ponderar y priorizar los clústers de mayor potencial competitivo a fin de definir estrategias para impulsarlos”²⁴.

Así, para llevar a cabo este objetivo se requiere encontrar una metodología que permita identificar de manera sistemática, objetiva y robusta los clústers y su ubicación exacta en el territorio. Es esto lo que se llama mapeado de clústers –*cluster mapping*.

La propuesta parece lógica, sin embargo la ambigüedad del concepto de clúster dificulta la obtención de una metodología objetiva, lo

que a su vez tiene serias implicancias en la efectividad de las políticas de promoción e incentivo.

En efecto, de acuerdo a Rosenfeld “hay tantas definiciones de clústers como número de instituciones que utilizan el término”²⁵, lo que a su vez determina que existan tantas metodologías como conceptos de clústers.

Una revisión de la literatura tampoco ofrece una guía fundamentada para establecer los límites sectoriales y espaciales de un clúster, ni tampoco da señales de la intensidad de los vínculos entre sectores y empresas para considerar que integran un determinado clúster.

Ahora bien, existen algunas metodologías de identificación de clústers y es posible clasificarlas en dos grandes grupos: (i) Métodos que miden el grado de aglomeración económica en cada una de las áreas geográficas consideradas, y (ii) estudios de caso que se basan en entrevistas a los agentes representativos de un clúster.

Dichas metodologías no están exentas de críticas y deben evaluarse de acuerdo a la disponibilidad de información, la complejidad de su implementación y potenciales sesgos en sus resultados.

En cualquier caso, una metodología de identificación de clústers debe observar al menos las tendencias del mercado²⁶, el potencial crecimiento y posibles fallas de mercado²⁷.

Una vez identificados los clústers se debe priorizar su intervención, lo que a su vez requiere identificar al menos tres elementos claves:

- La importancia relativa del sector en el ámbito local y nacional –empleo,

²¹ PORTER, Michael. Op. cit.

²² RAMOS, Joseph. Op. cit.

²³ BANCO MUNDIAL. Op. cit.

²⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Op. cit.

²⁵ ROSENFELD, Stuart. “Bringing business clusters into the mainstream of Economic Development”. *European Planning Studies* 5. 1997. pp. 3-21.

²⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN [Comunidad Clústers Colombia]. “Identificación Iniciativas Clúster”. http://www.redclustercolombia.com/anexos/documentos/m1_identificacion_iniciativas_cluster.pdf.

²⁷ THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “What are clusters?”. Op. cit.

ingresos, contribución al Producto Interno Bruto (PIB)–, esto es, identificar los efectos directos del desarrollo del clúster.

- Identificar los insumos y productos relacionados, esto es, identificar los potenciales efectos encadenados del desarrollo del clúster.
- Recursos de crecimiento, competidores externos e internos. Identificar la capacidad de crecimiento y competidores del potencial clúster.

De esta forma, la identificación y priorización de clúster no se limita a identificar industrias y zonas geográficas en las cuales podrían agruparse empresas relacionadas. Un análisis completo requiere de un estudio de las características de la demanda y de los potenciales efectos económicos directos e indirectos. Además, se debe reconocer que cualquier ambigüedad en el concepto de clúster impactará en los resultados de la metodología de detección y en las políticas que se apliquen para fomentar su desarrollo.

IV. MEDIDAS DE INCENTIVO A CLÚSTERS

Las medidas para incentivar el desarrollo de clúster suelen llevarse a cabo por distintos niveles de gobierno: (i) Supranacionales –como es el caso de la Unión Europea–, (ii) nacionales, (iii) regionales, y (iv) locales.

A qué nivel deben aplicarse las políticas de incentivo dependerá de varios factores, entre los que se encuentran los encadenamientos o efectos indirectos del clúster, los recursos e instrumentos disponibles y la capacidad de diseño y ejecución de las políticas.

Asimismo, es necesario reconocer que las políticas de incentivo de clúster se enfocan explícita o implícitamente en: (i) Zonas geográficas –regiones, ciudades, localidades–; (ii) sectores –de importancia social, dinámicos, estratégicos, etcétera–; y (iii) actores –pequeñas y medianas firmas, inversionistas extranjeros y nacionales, universidades y centros de investigación, etcétera.

Los instrumentos más comunes en el desarrollo de clústers, además de los necesarios para crear

su marco regulatorio y facilidades financieras, son aquellos enfocados a reforzar el compromiso entre los distintos actores, la creación de redes y la colaboración para la comercialización. Entre estos instrumentos se encuentran: (i) Desarrollo de marketing para clústers; (ii) capacitación especializada; (iii) apoyo en las cadenas de distribución, (iv) garantía pública para programas y desarrollo de capital de riesgo; entre otros.

Un resumen de los principales instrumentos de apoyo e incentivo a los clústers y las metas que éstos pretenden alcanzar se encuentra en el cuadro 1.

Cuadro 1: Metas e Instrumentos de apoyo e incentivo para clústers²⁸

META	INSTRUMENTO
COMPROMETER A LOS ACTORES	
Identificar clústers	<ul style="list-style-type: none"> - Desarrollar mapas de clústers –cualitativos y cuantitativos– - Buscar facilitadores o intermediadores para identificar firmas que podrían trabajar juntas
Apoyar la creación de redes	<ul style="list-style-type: none"> - Llevar a cabo reuniones, conferencias, capacitaciones con respecto a clústers - Incentivos financieros para el desarrollo de redes organizacionales - Mapa de relaciones entre empresas de clústers
REDES DE SERVICIOS Y NEGOCIOS	
Mejorar capacidad, escala y habilidades de los proveedores	<ul style="list-style-type: none"> - Políticas de apoyo a pequeñas empresas - Compras coordinadas - Establecimientos de estándares de calidad - Desarrollar una política general de marketing
Aumentar lazos externos	<ul style="list-style-type: none"> - Desarrollo de marcas y marketing para clústers y regiones - Asistencia a potenciales inversionistas del clústers - Redes de exportación - Apoyo en el desarrollo de cadena de distribución
Desarrollo de fuerza de trabajo para industrias estratégicas	<ul style="list-style-type: none"> - Recopilar y difundir información del mercado del trabajo - Capacitación especializada en universidades - Apoyar redes entre grupos de firmas e instituciones educativas - Oportunidades educativas para atraer estudiantes a la región

Nicole Roldán Barraza

²⁸ Fuente: The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

COLABORACIÓN EN I&D Y COMERCIALIZACIÓN	
Aumentar los lazos entre investigación y las necesidades de las firmas	<ul style="list-style-type: none"> - Apoyar proyectos conjuntos entre firmas, universidades y centros de investigación - Reunir actores para facilitar la interacción - Desarrollar programas universitarios - Observatorios técnicos
Comercialización de la investigación	<ul style="list-style-type: none"> - Asegurar apropiados derechos de propiedad intelectual y cumplimiento de normas - Apoyar servicios de transferencia tecnológica
Acceso al financiamiento por derivados	<ul style="list-style-type: none"> - Servicios de asesoría para operaciones financieras no convencionales - Garantía pública para programas y desarrollo de capital de riesgo - Marco de condiciones que apoyen el desarrollo de capital de riesgo privado

V. RIESGOS EN EL DESARROLLO DE LOS CLÚSTERS

Si bien la teoría económica es clara en destacar las potenciales ventajas de los clústers, es importante reconocer que en la práctica existen ciertas dificultades que pueden poner en riesgo la meta de desarrollar un clúster exitoso. Es bastante común que las autoridades y quienes diseñan las políticas públicas sean ambiguos y poco realistas con respecto a sus expectativas, las que en la práctica exceden los recursos y potencial de los clústers. Asimismo, cuando las políticas de clústers se desarrollan sin una estrategia en mente, están destinadas al fracaso.

Por otra parte, si bien los instrumentos presentados en la sección anterior son de aplicación general para el desarrollo de clústers, también es necesario reconocer que las políticas de clústers deben adaptarse a las características particulares de la región y el contexto en que éstas se aplican. Las políticas de incentivo a clústers deben ser flexibles y con instrumentos que se adapten a la diversidad de clústers. Así, por ejemplo, es muy distinto promover un clúster de microprocesadores que uno de textiles.

Es necesario advertir que el éxito de los clústers puede estar determinado no sólo por

las políticas aplicadas, sino también por las tendencias globales del sector y su regulación. Asimismo, se debe tener presente que los clústers no deben generarse por la mera intervención del gobierno; deben existir argumentos convincentes que lleven a que el gobierno promueva el desarrollo de un clúster. Factores como la existencia de activos privados o públicos, liderazgo, capacidad de organización, innovación e iniciativa de parte de las empresas interesadas en formar un clúster son relevantes al momento de promover políticas de desarrollo.

Otro de los errores en los que generalmente se incurre es exagerar la potencialidad de un clúster realizando inversiones masivas en infraestructura sin que existan actores capacitados para aprovecharlas. Así también, muchas veces se cae en el error de desarrollar una excesiva especialización en ciertos sectores o la dependencia a una única firma, lo que genera vulnerabilidad ante *shocks* económicos.

Existen importantes riesgos que deben ser considerados al momento de diseñar una política de clúster efectiva. Por ello, es importante que a dicha política se agregue una evaluación sistemática que ayude a identificar los progresos y dificultades de los programas de desarrollo.

En efecto, uno de los problemas más comunes de los clústers es que, quienes diseñan las políticas de incentivo, no diseñan instrumentos de evaluación y seguimiento, lo que dificulta la medición de su efecto real. Qué tan efectivos son los instrumentos para el desarrollo de clúster es aún una pregunta abierta. De acuerdo a Enright, “hasta el momento, las políticas parecen tener sólo un moderado impacto en el éxito competitivo de los clústers”²⁹. Asimismo, Van der Linde indica que no existiría correlación entre la competitividad y la antigüedad del clúster, debilitando la hipótesis de que existiría una curva de aprendizaje en ciclo de desarrollo de los clústers³⁰. Por otra parte, Van der Linde también señala que el factor más importante en el éxito de un clúster es la existencia de

²⁹ ENRIGHT, Michael. “The globalization of competition and the localization of competitive advantage: Policies towards regional clustering”. En: Globalization of Multinational enterprise activity and Economic Development. Basingstoke: N. Hood & S. Young MacMillan Press. pp. 303-331.

³⁰ VAN DER LINDE, Claas. “The Demography of Clusters-Findings from the Cluster Meta-Study”. 2003.

insumos y capital humano de alta calidad, especializado y disponible para las firmas, seguido por las condiciones de demanda y la colaboración entre las firmas.

VI. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Recientemente, la CEPAL ha preparado un documento que resume la experiencia del desarrollo de clústers en cuatro países de la región: Argentina, Brasil, Chile y El Salvador. Observar esta experiencia y recoger las recomendaciones que estos países entregan puede ser importante para potenciar y mejorar el plan de desarrollo de clúster que Perú planea llevar a cabo.

A. Argentina

En el caso de Argentina, a partir del año 2002 comenzaron a desarrollarse programas de clústers vinculados con el diseño de proyectos de asistencia técnica y financiera de organismos multilaterales de crédito. Dichos programas tenían como foco el desarrollo de las pequeñas empresas y su objetivo era desarrollar diversas formas de interacción y articulación productiva entre agentes privados y públicos vinculados a un aglomerado o cadena productiva.

La evaluación de estos proyectos tuvo resultados positivos relacionados al fortalecimiento de una red interinstitucional. No obstante, también se enfrentaron diversos problemas operativos tales como: (i) limitado y atrasado acceso a algunos instrumentos de financiamiento de los programas; (ii) escasa disponibilidad de recursos humanos capacitados; (iii) limitada continuidad en el apoyo para la consolidación de dinámicas asociativas; (iv) problemas de comunicación entre los organismos e instituciones con lógicas y culturas diversas; (v) elevada segmentación y heterogeneidad de los agentes al interior del clúster y (vi) la fragilidad de algunas instituciones públicas y privadas.

Entre las recomendaciones que Argentina propone a los organismos que quieren llevar a cabo iniciativas de clúster se tienen: (i) Dar mayor precisión conceptual a los clústers –el objeto de promoción–, (ii) evitar sobrevalorar los instrumentos y sus resultados esperados, (iii) desarrollar capacidades para llevar a cabo los proyectos, y (iv) llevar a cabo una evaluación

y monitoreo constante dando continuidad al proyecto.

B. Brasil

En el caso de Brasil, la política de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales (APL) se inició formalmente en el año 2004 bajo la coordinación de un grupo de Trabajo permanente vinculado al Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio (MDIC).

Los APL se caracterizan como una aglomeración de empresas especializadas pertenecientes a un mismo sector productivo –sean proveedores de materias primas, servicios o insumos– e instituciones públicas y privadas que apoyan el desarrollo productivo a través de capacitación, financiamiento o asistencia técnica.

El objetivo de la política de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales es articular los esfuerzos de los diferentes agentes vinculados con la producción local para identificar necesidades y encontrar los mecanismos para darles respuesta. Asimismo, la política de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales definió los criterios de actuación conjunta del gobierno y los privados para el desarrollo de los APL.

De acuerdo a la experiencia de Brasil, uno de los principales problemas de la política de APL es la falta de claridad con respecto al objetivo de estos. Así, las políticas de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales han tenido una multiplicidad de objetivos que incluyen desde la reducción de las desigualdades sociales; la innovación tecnológica; aumento de exportaciones, aumento de la competitividad; hasta el aumento de la escolaridad; entre otros. Además muchas veces no existía coherencia con el objetivo de la política y el diseño de ésta. Por otra parte, la experiencia de Brasil también indica que es difícil poder evaluar el impacto de los programas de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales debido a que muchas veces no existen evaluaciones consistentes.

C. Chile

En el caso de Chile, si bien han existido programas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas desde el año 1992, no existió una formalización de las políticas de

clústers, sino que éstas fueron surgiendo a través de una estrategia que combinó varios objetivos tales como desarrollo productivo, descentralización y competitividad, entre otros.

Con el paso del tiempo estas políticas de apoyo a los clústers se fueron consolidando dando origen a una planificación estatal de mediano a largo plazo que tenía como objetivo fortalecer la institucionalidad en las cadenas productivas de un territorio (PTI).

Dentro de esta política se buscaba desarrollar alianzas horizontales y de articulación vertical para luego crear una institucionalidad público-privada que sustentara relaciones de cooperación y asistencia financiera.

De acuerdo a la evaluación de Chile, las políticas de apoyo a los clústers lograron el objetivo de disminuir la asimetría de información –sobre financiamiento y capacitación– y también se habría logrado disminuir los costos de transacción a través de acciones colectivas.

En cuanto al objetivo de mejoramiento de productividad se tiene que si bien se estima que existió un aumento de productividad en algunos de los participantes del programa no existen registros históricos que permitan avalar este resultado.

El objetivo de asociarse para alcanzar una mayor escala y acceder a mercados internacionales tuvo poco éxito y es que las empresas chilenas enfrentan problemas de productividad que no siempre se asocian a la escala sino que a problemas de organización, tecnología, capacitación y otros.

Entre los principales problemas que han enfrentado las políticas de clúster en Chile se encuentran: (i) La falta de coordinación de las instituciones públicas relacionadas al financiamiento e implementación de los programas; (ii) baja participación de los agentes privados en el diseño de las políticas; y (iii) falta de continuidad de las políticas ante un cambio de gobierno.

De la experiencia chilena se pueden recoger varias recomendaciones, tales como: (i) Hacer explícita y transparente la política de clúster

en cuanto a sus objetivos; (ii) promover una mayor coordinación y complementación institucional y fomentar la participación de los agentes privados en el diseño y operación de los instrumentos de modo de gradualmente integrarlos a la política de clústers.

D. El Salvador

En el caso del El Salvador, la política de apoyo a los clústers se inició en el año 2000 y hasta la fecha cuenta con cerca de 2000 beneficiarios.

De acuerdo a El Salvador, la política de clústers habría tenido un impacto positivo en la productividad de las empresas no obstante no existe una evaluación de impacto que permita avalarlo. Asimismo, se habrían logrado resultados positivos en cuanto a capacitación y asistencia técnica.

Los principales problemas enfrentados, en tanto, fueron la falta de coordinación entre el sector público y el privado, que ha llevado incluso a que algunos proyectos no hayan llegado a ejecutarse.

Otra de las tareas pendientes es lograr una mayor focalización de los programas y la integración regional aprovechando las potencialidades de las distintas regiones del país.

VII. CONCLUSIONES




La política de incentivo y desarrollo de clúster no es una panacea. Si bien la teoría económica respalda las ventajas del desarrollo de clúster, en la práctica existen diversos factores que deben ser tomados en cuenta para una política exitosa. Lo principal es que las autoridades no formulen sus políticas en conceptos ambiguos y expectativas exageradas. Los programas de desarrollo de clústers sólo serán efectivos si vienen acompañados por un análisis económico completo que incluya el desarrollo de instrumentos flexibles y que se adapten a las particularidades de cada sector, el conocimiento del contexto, potencialidades de crecimiento del clústers, el desarrollo de vínculos de colaboración y confianza entre los diversos actores. Nada de lo anterior es sencillo y requiere de un sistema de evaluación continuo que ayude a identificar problemas y generar soluciones eficaces.



capitales

LA REVISTA DE PROCAPITALES

Ofrece a sus lectores análisis e información especializados sobre el acontecer en el mercado de capitales y sobre una amplia gama de temas de economía, finanzas y negocios.

-  Análisis mensual de la actualidad del mercado de capitales nacional e internacional.
-  Opiniones de profesionales en materia económica, financiera, legal y tributaria.
-  Reseñas de seminarios y convenciones relacionados con temas financieros y del mercado de capitales.



www.procapitales.org

Para suscripciones y publicidad:

Llamar al *call center* de Procapitales: 440-1080 anexos: 101 ó 108
o escribir al correo electrónico: info@procapitales.org

HA | Hurtado Abogados

CENTRO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE MIRAFLORES



Somos un Centro de Conciliación privado con autorización del Ministerio de Justicia para conciliar con la seguridad jurídica que todo procedimiento conciliatorio requiere, las siguientes materias:

- Civiles
- Comerciales
- Familia

Ofrecemos: Cómodos ambientes, salas de audiencia multimedia, rapidez, economía confidencialidad, imparcialidad, servicio delivery y tarifas corporativas.



Centro de Resolución de Conflictos de Miraflores.
Autorizando por Resolución MIN.JUS. N° 041-2000-JUS.
Av. 2 de Mayo 475, Miraflores.
Telf: 4466579 – 4479374 – 815*8131
cmiraflores@conciliacionmiraflores.com

MESA REDONDA

EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERÚ Y EL MUNDO*

Rafael Varón Gabai

Historiador. Doctor en Historia por la Universidad de Londres. Viceministro de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales del Perú.

Juan Pablo de la Puente Brunke

Abogado. LL.M por Columbia University. Especialista en Derecho del Patrimonio Cultural.

Javier Lizarzaburu Montani

Periodista. Doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona. Líder del Proyecto-Campaña Lima Milenaria. Especialista en temas de patrimonio inmueble.

Andrés Álvarez-Calderón Larco

Director del Museo Larco. Realizó estudios sobre Museos en el Belgium Royal Museum of Art. Estudios en Administración de Museos organizado por la Agencia de Cooperación Española.

Luis Diez Canseco Núñez

Abogado. Magíster en Derecho por la George Washington University Law School. Estudios de Historia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

* Las preguntas realizadas en la presente Mesa Redonda fueron elaboradas por Carlos Fernando de Trazegnies, director de la Comisión de Contenido de THÉMIS, así como por Aldo Cisneros, Gonzalo Monge, Luis Fernando Roca, Michel Salazar y Christian Wong, miembros de la Asociación Civil THÉMIS.

1. ¿Qué se entiende por Patrimonio Cultural y por qué es importante preservarlo? ¿Están de acuerdo con la definición y tratamiento de la Ley peruana?

VARÓN: Conforme a la Ley 28296, se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano –material o inmaterial– la que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la citada Ley.

A fin de precisar la definición que establece la Ley peruana, es necesario considerar que también forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación los bienes que revistan interés cultural que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte.

DE LA PUENTE: La definición legal de “Patrimonio Cultural” es sumamente amplia. Incluye prácticamente todo, incluso los fósiles, que dicho sea de paso no son evidencia de actividad humana, sino restos naturales, por así decirlo. La definición legal es realmente muy general, y estoy de acuerdo con ello. No se puede restringir el deber del Estado a proteger el patrimonio cultural en función de una lista taxativa de bienes, pues poco a poco se pueden descubrir cosas que no entran dentro de dicha clasificación, y los valores van cambiando, van rotando en el tiempo.

En mi opinión, hay muchos puntos de crítica respecto del tratamiento de la ley. Tradicionalmente, el Estado entiende que su rol protector del patrimonio cultural se da eminentemente a través de la propiedad estatal. Si uno ve los incentivos tributarios existentes, todos redundan en beneficio de propiedad pública. Asimismo, la Ley asigna los derechos de propiedad de forma distinta según la antigüedad del bien. Si el bien es prehispánico, es de propiedad y administración estatal exclusiva. Respecto a los bienes posteriores –virreinales y republicanos– sí puede haber propiedad privada. ¿Por qué esa diferencia? ¿Acaso los

arqueológicos son más importantes que los virreinales y republicanos? Puede ser que dicha diferencia en la Ley sea una muestra del conflicto que hay respecto del significado de la nación peruana. ¿La nación peruana es el mundo andino conquistado por españoles, o somos una nueva nación, fruto del mestizaje del mundo andino, español y luego africano y asiático? Al parecer, para la Ley lo arqueológico es más importante que lo virreinal.

LIZARZABURU: Esta primera pregunta la voy a responder en dos partes. Quizá como una manera introductoria comenzaré señalando de qué se trata esta preocupación. Como punto de partida es importante saber que el Perú es uno de los seis países en el mundo que fue una civilización. Yo creo que es importante que tomemos conciencia de esto. Siento que, por ejemplo, a nivel de gobierno, de autoridades, de opinión pública, no existe esa noción de lo que somos, de lo que nos constituye como peruanos. Ello, de por sí, nos hace diferentes de la mayoría de países. Eso implica responsabilidad, implica obligación pero, también ofrece grandes posibilidades. Hay una frase que siempre repito: “El Patrimonio Cultural en los países ricos es una fuente de ingresos, y en los países pobres una fuente de problemas”. Yo creo que en el Perú nos toca revertir esa situación a nuestro favor.

Por otro lado, es necesario ver qué se encuentra en juego: La economía del país. Esto no es un tema de cultura, es un tema de economía. El turismo está entre las tres principales fuentes de ingreso del país y el Ministerio quiere que se convierta en la segunda fuente. Pero es además la única fuente divisa que no es agotable, como son otras: La minería, la pesca y la agro-exportación. Sin embargo en la manera como se está protegiendo hay elementos muy perversos. Lo que está en juego –para mí– es la visión de cómo nos desarrollamos. Ya no es una cuestión de “este museo es una cosa elitista de cultura”, no; es una cosa tan básica como decir “queremos que sea una fuente de desarrollo”. Entonces, invirtamos y protejamos.

Y también está más allá de lo específico. Es decir, es nuestra posición como sociedad. Yo siento que, por ejemplo, un buen manejo de nuestro patrimonio nos abre posibilidades. Estoy pensando en cómo vamos a llegar al 2021, cómo aterrizamos en lo material y en

lo inmaterial. En lo inmaterial yo siento que esto nos permite la posibilidad de superar divisiones históricas. Poder manejar esto como un solo legado. El legado de 5,000 años de creatividad de Historia que, encaminado, puede llevarnos a una plataforma de nación hacia el 2021.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: En relación a la definición que hace la ley sobre patrimonio cultural, estoy de acuerdo. Es una definición absolutamente amplia, entra todo, y creo que es así como deber ser. Considero muy importante el hecho de que se declare como patrimonio no solamente lo que está expresamente declarado, sino que también exista la figura de la presunción, todo aquello que puede serlo y que se presume que lo es, razón por la cual debería estar protegido. Creo que es una buena definición, probablemente de las mejores que he visto y me parece que es una buena base para luego iniciar esa protección. El problema es que tras la definición, luego vienen todos los problemas. Digamos que se hizo bien la tarea en el artículo 1 de la ley, mas no en lo demás.

DIEZ CANSECO: Coincido con mis colegas. Una definición amplia sobre lo que significa patrimonio cultural permite que se vaya adaptando en el tiempo y en el espacio. La cultura no es ni puede ser estática.

En relación con la segunda parte de la pregunta me permito agregar una idea desde la perspectiva económica: El Patrimonio Cultural promueve la competitividad. En efecto, en un mundo globalizado donde se requiere generar exportaciones con objeto de incrementar el Producto Bruto Interno, el turismo se perfila como un servicio o industria de gran importancia.

Poseemos ingentes riquezas y espacios naturales de gran belleza que forjan grandes posibilidades para el turismo receptivo. Es precisamente la razón por la que esperamos contar, a finales de esta década, con más de cinco millones de visitas al año. Del mismo modo, debido a nuestra megadiversidad, multiculturalidad y oferta gastronómica sin parangón es que se está consolidando una creciente afluencia de turistas que, además, está ayudando a posicionar nuestros productos en mercados externos. Ello hay que destacarlo sobremanera.

Sin embargo, enfrentamos una suerte de situación oligopólica grave que se puede resumir con la siguiente frase: Perú es Machu Picchu y Machu Picchu es el Perú.

Con lo expresado no quiero ni remotamente desmerecer la importancia de la Ciudad Sagrada como un foco de atracción turística. Todo lo contrario, debemos agradecer que el Imperio Incaico se haya desarrollado a partir del Perú. Empero, creo que hay que “desmachupiczar” el Perú. Prueba de ello es que en 2010 hubo gravísimos problemas cuando huaicos e inundaciones impidieron que funcionara el ferrocarril a Machu Picchu. Ello afectó seriamente el turismo y, según tengo entendido, se cancelaron entre el 70 y 80 por ciento de las reservas de hoteles. En otras palabras, una catástrofe para ese sector.

¿Qué es lo que se debe hacer? Brindar alternativas novedosas, obviamente, alternativas que hagan que el turismo no sea tan dependiente de Machu Picchu. En efecto, se debe potenciar los denominados “corredores turísticos”, los mismos que necesariamente pasan por ciudades que, al igual que el Cusco, poseen patrimonio histórico, cultural, arqueológico, etcétera. Se trata de potenciar las ciudades ubicadas dentro de los corredores y resaltar su esplendor. Sin embargo, el Estado no tiene recursos para restaurar o poner en valor los inmensos restos precolombinos y coloniales existentes. Obviamente existen otras necesidades como la educación, la salud, la infraestructura, entre otros.

¿Qué tenemos que hacer entonces? Pues, identificar mecanismos para que el sector privado se involucre o coadyuve con el esfuerzo de poner en valor nuestro patrimonio cultural, especialmente el inmobiliario que es el primer y obvio referente. Y en eso pienso. Me aúno a lo expresado por quienes me han antecedido en la palabra en el sentido que no veo razón por la que una persona jurídica o una persona natural no puedan ser propietarios o concesionarios de una huaca. No llego a comprender por qué sólo puede ser el Estado el titular de restos arqueológicos. Es más, la circunstancia de seguir reservando lo prehispánico a favor del Estado y que sea propiedad del mismo, ha generado una situación bastante penosa pues, dado que no se cuenta con recursos para su preservación, éstos se van destruyendo sostenidamente.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

Por ello, creo que la mejor manera para enfrentar la merma radica en permitir la propiedad privada —con limitaciones, por cierto— y, en paralelo, establecer incentivos tributarios para que los propietarios inviertan en su recuperación. En otras palabras, se trata de dar un giro de ciento ochenta grados en lo que se refiere a la propiedad y establecer instrumentos tributarios para impulsar que los privados inviertan en cultura. Si ello ocurre, se incrementará la oferta turística, puesto que habrá muchos más lugares para visitar.

2. En el año 2010 se creó el Ministerio de Cultura, absorbiendo al Instituto Nacional de Cultura. ¿Qué opinión les merece esta modificación institucional?

VARÓN: Consideramos de suma importancia la absorción efectuada por la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura. Esto ha permitido que el antiguo Instituto Nacional de Cultura tenga relevancia y en conjunto con otros órganos adscritos al sector Cultura conforme un nuevo órgano dentro del Poder Ejecutivo, se tenga voz y voto en temas culturales y se promuevan las Políticas Sectoriales que ya se han gestado con el documento que hace poco ha publicado el Ministerio de Cultura¹.

Asimismo, el Ministerio de Cultura constituye pliego presupuestario; a pesar de ser mínimo, es positivo que se cuente con un presupuesto independiente que permita realizar el gasto teniendo en cuenta el objetivo principal del Ministerio de Cultura: La protección, promoción, defensa y conservación de nuestro patrimonio, así como la promoción de las artes y las industrias culturales.

DIEZ CANSECO: Me parece muy bien que se eleve la cultura a rango de ministerio. Creo necesario que ésta tenga voz y voto en el Consejo de Ministros y que ello permita que el ministro pueda decirle al Presidente de la República y al ministro de Economía directa y sin intermediarios: “Necesitamos más recursos”. Sin duda toca felicitar la creación del Ministerio. Mi preocupación es que la elevación del Instituto Nacional de Cultura

a rango ministerial resulte en un cambio meramente cosmético o de denominación, y que el asiento en el Gabinete no pase de ser una mera oportunidad para llevar un pliego de reclamos que no sea escuchado. Si es así, la creación del Ministerio no tendrá sentido ni efecto, y terminará siendo una misma institución con diferente denominación. Hasta ahora, salvo el nombre, no he notado ningún cambio en el Instituto Nacional de Cultura. Empero, debemos conferir el beneficio de la duda y esperar un poco más. Un buen comienzo ha sido la publicación de los “Lineamientos de Política Cultural”, y espero que no se limiten a una declaración de principios del Instituto Nacional de Cultura sin mayores consecuencias. Para ello, creo que el ministro, más que una persona culta o asociada a las artes, debe ser un excelente gestor que, además, tenga mucha personalidad, experiencia en el sector público y fuerza mediática. En esta etapa inicial debe hacer sentir su presencia en el Gabinete y en la sociedad en general.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: En este punto yo discrepo. Me voy a disculpar con mis compañeros Luis Diez-Canseco y Rafael Varón, pero creo que la creación de un Ministerio de Cultura ha complicado más las cosas. Quienes tuvimos que lidiar con el ex Instituto Nacional de Cultura y con el actual Ministerio de Cultura, podemos notar que lo único que ha cambiado es que ha crecido la burocracia.

El Instituto Nacional de Cultura fue siempre un toro muy duro de domar. La primera directora del Instituto Nacional de Cultura fue Martha Hildebrandt, en la época del general Velasco. Quizá quien mejor pudo domar el toro peleándose con todo el Perú prácticamente fue Cecilia Bákula, en el último gobierno de Alan García; pero a pesar de pelearse con amigos y extraños logró domarlo. Alan García cometió el enorme error de crear el Ministerio de Cultura tan solo ocho meses de antes de irse. De despedida, puso como primer ministro de Cultura a un excelente antropólogo y a una persona grandiosa, Juan Ossio. Pero él nunca había trabajado en el sector público, y hacer un ministerio no es tarea fácil. Su viceministro, que era su mano

¹ Nota del Editor: Los Lineamientos de Política Cultural del Ministerio de Cultura del Perú pueden encontrarse en: <http://www.mcultura.gob.pe/lineamientos-de-politica-cultural-2013-2016-version-preliminar>.

derecha, es otra persona bellísima, gran personalidad de la gastronomía, Bernardo Roca Rey –extraordinario amigo, además–, pero tampoco había trabajado en el sector público.

Entonces, como se forma el Ministerio, es “tierra de nadie”. Una serie de procedimientos administrativos, por ejemplo el TUPA [Texto Único de Procedimientos Administrativos] del Instituto Nacional, son totalmente acogidos en su relación hacia el exterior del Ministerio. Luego tiene que hacerse el ROF [Reglamento de Organización y Funciones] para ver cómo se manejan internamente, que es realmente un horror de burocracia. Solamente para hacer un breve ejemplo: Si nos remitiéramos al ROF del Ministerio de Cultura, para que determinada persona me de la palabra tendría que mandarme un oficio, que tendría que ser visado por un señor y sellado por el otro señor, acogido por mí y pasado por mesa de partes para luego yo tomar la palabra.

DIEZ CANSECO: Y pedirle a Santa Rosa que nos dé la bendición.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Exactamente, así es al interior del Ministerio de Cultura.

LIZARZABURU: O sea, no se continuó la estructura del Instituto Nacional de Cultura; cambió completamente.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Ahora es ministerio, y todo ministerio necesita su Reglamento para la organización de funciones internas.

LIZARZABURU: ¿Y eso fue lo que entorpeció todo?

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Exactamente, la burocracia. Ahora hay mucho más dinero, efectivamente, pero no está dedicado a la protección de patrimonio, sino a tener una frondosa burocracia, porque ahora tiene que ser más grande por supuesto.

Luego Alan García se va, cambia el gobierno, Ollanta Humala inspirado en lo que hizo Lula Da Silva con Gilberto Gil¹¹, nombró como primera ministra de Cultura a Susana Baca, una bellísima mujer, un orgullo nacional, pero a su

vez, una persona que nunca ha manejado una institución pública. Finalmente, Susana tenía que cantar en el mundo, así que cambiaron de ministro, y nuestro actual ministro es otra bellísima persona, a quien yo le tengo un aprecio inmenso, es un actor, un hombre de teatro. Finalmente, ¿quién ha hecho este ministerio? En términos administrativos, en términos legales, en términos de eficacia para la protección del patrimonio, nadie.

Entonces, el Ministerio es desastroso. Creo que dos años después, lo reconozco y se puede decir que las cosas están mejor, que hay más presupuesto para conservar patrimonio. El problema en el Perú ya no es falta de dinero, esa es la eterna cantaleta. En el Perú eso se acabó, lo que tenemos ahora es el Instituto Nacional de Cultura sin capacidad de gestión.

DIEZ CANSECO: Y tenemos miles de millones de dólares en reservas.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Así es, y tenemos una gestión Instituto Nacional de Cultura incapaz, que no sabe cómo gastarlo. Coloco el caso que se acaba de publicar en El Peruano de que el presidente Humala ha hablado de un presupuesto de trescientos millones de soles para repotenciar el Museo Nacional de Arqueología y Antropología, que es un museo emblema del Perú, el museo por excelencia del Perú. La pregunta es ¿quién tiene la capacidad para gestionarlo? A un ministerio más burocrático, más frondoso, con menor capacidad de gestión, el dinero no va a resolver nada. Creo que tras dos años de experiencia, cada día que nos acordamos de Alan García, ello no nos trae grandes recuerdos.

LIZARZABURU: Yo la verdad no sé cómo funcionaba el Instituto Nacional de Cultura antes, no tengo experiencia. La experiencia que tengo del Ministerio desde mi trabajo como periodista, es una dinámica un poco complicada. En mi trabajo de periodista necesito mantener una buena relación con el Ministerio de Cultura, porque parte de mi fuente de trabajo está ahí.

DIEZ CANSECO: Y ellos te van a avalar debido a que eres periodista y quieren estar en

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

¹¹ Nota del Editor: Gilberto Gil, cantante brasileño, fue nombrado ministro de Cultura a inicios del gobierno de Lula Da Silva, en Brasil.

buenos términos contigo. No creo que ocurra lo mismo con el ciudadano de a pie.

LIZARZABURU: En cuanto al tema del ministro –no estoy hablando del ministro Peirano, si no del cargo de ministro de Cultura–, estoy convencido de que da lo mismo quién esté ahí, porque es un cargo muy complicado, con muchas presiones. La persona que quiera defender el patrimonio está obligada a dialogar y hacer concesiones ante las cuales los defensores del patrimonio siempre lo van a acusar. Creo que quien cae en ese ministerio va a ser una piñata, porque lamentablemente en un país como el nuestro, a pesar de que el patrimonio cultural sea uno de los temas más descuidados, también es uno de los más sensibles. Pero, desde mi perspectiva, me parece bien que tenga categoría de ministerio, porque eso en teoría –yo tengo desconocimiento del funcionamiento de las instituciones, hablo de lo que yo veo afuera– lo pone en un nivel de discusión de gabinete que permite introducir el manejo del tema de cultura con una cercanía que permitiría soluciones más rápidas y más ejecutivas.

DE LA PUENTE: El Instituto Nacional de Cultura lo creó Velasco en los setentas, era una entidad adscrita al sector Educación, es decir, el titular del sector era el ministro de Educación. Además, no tenía un peso relevante frente a otras instituciones o autoridades públicas. En términos económicos y administrativos, dependía del Ministerio de Educación, que por sí mismo tiene problemas y necesidades propias muy significativas.

Por ello, en mi opinión, la creación del Ministerio de Cultura es un cambio positivo, considerando la situación anterior. Yo diría que hay que tener paciencia porque en el proceso de creación, se absorbió al Instituto Nacional de Cultura con la misma estructura. El que era antes el Director Nacional del Instituto Nacional de Cultura es ahora el Director General de Patrimonio Cultural del Ministerio, quien depende del Viceministerio de Patrimonio Cultural. Todo lo demás se rellenó para alcanzar la organización formal de los ministerios. Todo lo demás es nuevo y llegó gente nueva para ocupar eso. En cambio, el Archivo General de la Nación y la Biblioteca Nacional siguieron como organismos independientes, pero ahora adscritos al Ministerio de Cultura.

Hay que tener paciencia, las cosas tienen que cambiar poco a poco. Yo creo que tene-

mos que ver esto como el primer paso, no quedarnos en la creación del Ministerio. Debido a la riqueza cultural del Perú, sí me parece necesario un Ministerio de Cultura que reconozca esa riqueza y le dé un nivel político importante. El Perú es una de las cunas de la civilización humana y el Imperio Incaico fue el único que se desarrolló en el hemisferio sur del planeta. Pero es todo un proceso. ¿Qué es lo que debe venir? Continuar con el proceso institucional del sector cultura. El Ministerio no debe hacerlo todo, como desde declarar, fiscalizar, sancionar, hasta encargarse del vestuario del ballet nacional. No pues, no puede ver todo eso, son temas distintos.

Por ejemplo, en cuanto a las funciones que tienen impacto en el desarrollo económico y la inversión privada y pública, como es el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, el Rescate Arqueológico, el Monitoreo Arqueológico, entre otros: ¿Por qué no pensar en crear un organismo que se encargue de esos permisos? Como en el sector minero: El Ministerio dicta las políticas y las normas, INGEMMET [el Instituto Geológico Minero Metalúrgico] ve todo el tema de los derechos de las concesiones mineras, OEFA [el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental] fiscaliza ahora los temas ambientales mineros. Antes todas estas actividades las realizaba OSINERGMIN [el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería]. Es decir, distintas entidades cumplen distintas funciones especializadas.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Nació mal, yo estoy de acuerdo. Hay que tener paciencia, pero hay que reiniciar el proceso.

LIZARZABURU: Nació mal porque el primer ministro o los primeros ministros de Cultura debieron ser personas con experiencia en gestión pública que sepan cómo se lidia con el Ministerio de Economía y Finanzas.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Cecilia Bácula ya se había vuelto experta en eso.

DIEZ CANSECO: Ella había trabajado como la gestora del museo del Banco Central de Reserva y venía domando al toro desde hacía cinco años.

DE LA PUENTE: Un ejemplo que evidencia que nació mal y de forma prematura, es que unos meses antes de que se aprobara la Ley de

Creación del Ministerio de Cultura, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso un proyecto de ley para quitarle al Instituto Nacional de Cultura la facultad de declarar bienes como Patrimonio Cultural, para asignarla al Congreso de la República del Perú, mediante una ley. Era una locura. El artículo segundo de ese proyecto de ley decía que, con posterioridad a la declaración, el Estado tenía que comprar la propiedad declarada. Claramente se iba a especular con eso. Hay que ver al Ministerio de Cultura con paciencia. Políticamente, es muy positivo porque reconoce la relevancia cultural de nuestro país frente a otros países del mundo.

3. En cuanto al derecho de propiedad, la Ley del Patrimonio Cultural establece que los monumentos arqueológicos son de exclusiva propiedad estatal, mientras que los monumentos virreinales o republicanos pueden ser de propiedad privada. ¿Qué opinan de esta diferencia de asignación de derechos?

VARÓN: Desde inicios del periodo republicano, el gobierno peruano se ha reservado la protección de los monumentos prehispánicos, por su naturaleza y uso social diferenciado. Estos restos son la evidencia de nuestros antepasados, nuestros orígenes. La ley reconoce la propiedad privada, de acuerdo a lo que dispone nuestra Ley General en concordancia con la Constitución. Los restos prehispánicos no son bienes a los que les podemos dar un uso, sea comercial, residencial, social, a diferencia del patrimonio colonial, virreinal o republicano que ha tenido continuidad en su uso, a través de sus propietarios. Éstos sí pueden ser usados y pueden ser adecuados a las necesidades de la época. Los bienes arqueológicos, salvo que sea contra su naturaleza, no se pueden afectar, dañar o modificar, por lo que el Estado los reserva para su protección, conservación y puesta en uso social.

LIZARZABURU: Me parece un punto bien importante. Lo único que puedo contestar, como una reflexión inmediata, es que me parece una visión sensata. No sé si sea justa, pero me parece sensata porque responde de alguna manera a nuestro proceso histórico, porque toda la estructura y todas las propiedades prehispánicas en su momento fueron confiscadas.

Hasta donde yo sé –puedo equivocarme–, no hay registros legales de propiedad que hayan pasado de la época incaica al virreinato. Pueden existir, pero el estar de acuerdo con esto en un punto de partida, es lo que dicen, que toda esta propiedad en un principio se confiscó para establecerse un nuevo sistema. Lo que sí me parece importante añadir a esa reflexión, es que eso no impide que se permita el acceso a un manejo privado de las propiedades precolombinas. Quizás a través de un sistema de concesiones una empresa o un privado puedan manejarlo manteniéndose la propiedad del Estado para siempre. No lo sé, en este caso es una reflexión.

Que el viceministro hable de protección, sí me hace sentir incómodo porque mi razonamiento trata de ser racional con los datos que manejo. Que el gobierno me diga qué tenemos que proteger me hace sentir incómodo porque me pone en un escenario de débiles y fuertes, de vencidos y ganadores, una lectura de la historia que de repente ya tendríamos que haber dejado atrás. Creo que si el Estado es propietario para siempre de estos bienes, debería ser por otras razones. Para mí es eso, una realidad de propiedades que fueron confiscadas para establecer otro proceso.

DE LA PUENTE: En parte contesté esta pregunta en mi primera intervención, pero quisiera ahondar en cómo esta dicotomía o este conflicto en la visión de la Nación peruana se expresa de otras formas. El anterior alcalde de Lima, trasladó el monumento de Francisco Pizarro que estaba en la Plaza de Armas de Lima, apoyado por algunos historiadores, señalando que no era posible y era denigrante tener a nuestro conquistador en la Plaza de Armas. Esta visión es la misma que nutre, en mi opinión, la asignación de derechos de propiedad de la Ley de Patrimonio Cultural. Una visión equivocada y negativa de lo que es el Perú. Por ejemplo veamos el *boom* de la gastronomía peruana: ¿Cuál es el ingrediente común del cebiche y del pisco sour? El limón fue traído por los españoles y de andino no tiene nada. Otro ejemplo distinto, el Torito de Pucará es emblemático, y un toro de andino tampoco tiene nada. El Perú no fue conquistado, el Perú comienza a nacer luego de la conquista del Imperio Inca.

Yo creo que concebir que el Estado sea quien debe proteger a través de la propiedad

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

estatal es una idea anacrónica y perjudicial. La propiedad no está hecha para proteger bienes, está hecha para asignar un bien a quien lo valore y lo use mejor, con el consecuente beneficio social. Pero no queda ahí la restricción de la Ley de Patrimonio Cultural. Los inmuebles arqueológicos únicamente pueden ser administrados por el Estado, y el Reglamento de la Ley prohíbe expresamente otorgarlos en concesión, pero curiosamente sí la permite para los bienes virreinales y republicanos.

Es un buen punto el que tú comentaste [a Javier Lizarzaburu]. En la transformación del virreinato al Estado peruano, dicho Estado adquirió muchos inmuebles prehispánicos, pero luego de eso se han descubierto nuevos inmuebles, dentro de áreas de propiedad privada. La Ley de Patrimonio Cultural dice que todos los inmuebles prehispánicos, inclusive los que se descubran en predios de propiedad privada, son de exclusiva propiedad estatal. Es decir, nunca van a compensar económicamente al propietario. No estás hablando de expropiación, porque nunca fue tuyo, siempre fue del Estado, lo descubierto y por descubrir. Entonces, ¿cuál es el primer efecto en el dueño del terreno? Destruirlo o no avisar al Ministerio del hallazgo, porque no te van a compensar. Es un efecto perverso generado por la propia ley de protección. Es que el legislador, de manera anacrónica, considera que la Ley se aplica a objetos inanimados. Mientras que el objeto está enterrado, no se va a aplicar la Ley. ¿Cuándo se aplica la Ley? Cuando se encuentra con alguien, con un ser humano. Es que la Ley regula conductas humanas y no objetos. Entonces, en teoría, y todos estamos de acuerdo, el objetivo de declarar algo como cultural es para protegerlo. ¿Cómo protegerlo? Por lo menos, no debe afectar de manera asimétrica los intereses o beneficios de los titulares de derechos, que de una forma u otra forma se relacionan con bienes culturales. Eso no lo ve el legislador, y lamentablemente lo que se genera es destrucción, tráfico ilícito, ocultamiento. Porque uno lee la ley y dice “¡qué maravilla! los bienes culturales están protegidos”, pero en la práctica es totalmente lo contrario. Mira la cartera de propiedades del Estado en términos culturales. ¿Qué porcentaje de la huacas está administrado eficientemente? ¿Genera beneficios a la población? ¿Promueve el turismo? Sólo un mínimo

porcentaje. El Estado —como bien sabemos— es un pésimo propietario.

DIEZ CANSECO: Tal como indiqué anteriormente, no llego a comprender cuál es la razón —salvo una razón legal, que no es una razón necesariamente— por la que una persona natural o jurídica esté impedida o no sea digna de la titularidad de restos arqueológicos. En mi opinión, debería abrirse esa posibilidad. Convengo con el Doctor de la Puente en el sentido de que, a partir del momento en que se descubren vestigios arqueológicos dentro de los linderos de una propiedad privada, se produce una expropiación regulatoria que, incluso, ni siquiera tiene visos expropiatorios, pues no se verifica una compensación o justiprecio. En estos casos se forja una confiscación debido a que el Estado no retribuye al propietario. Del mismo modo, se generan incentivos perversos, debido a que finalmente se promueve el ocultamiento o la destrucción de los hallazgos. En cambio, si Perú tuviera una ley que permitiera la titularidad privada de restos arqueológicos y, en paralelo, se establecieran incentivos tributarios para su preservación o puesta en valor, los propietarios estarían encantados de sus descubrimientos. Sería como ganarse la lotería. Cabe indicar que esta situación de expropiación regulatoria o, más claro, confiscación, se debe hacer extensiva a nuestro inmenso patrimonio colonial hispánico y republicano.

Me han contado de casos en Cusco y Cajamarca, de personas que estaban haciendo adecuaciones en sus propiedades y hallaron restos de unos muros incaicos ¿Qué hicieron? Los demolieron. Literalmente, pasaron un tractor por encima. También la prensa ha reportado afectaciones en casonas coloniales limeñas famosas por sus maravillosos balcones. ¿Qué paso? Abrieron la cañería de agua para que se inundaran y, como consecuencia, perdieran consistencia y se derrumbaron. También me refiero a las pinturas murales de casonas coloniales que han desaparecido por arte de magia, puesto que preservarlas cuesta una fortuna. ¿Qué es más fácil? Limarlas, claro está. En resumen, los propietarios enfrentan un dilema: Hacer lo correcto y declarar el hallazgo, o simplemente callar.

Para la gran mayoría lo más práctico es actuar silenciosamente y, de la noche a la

mañana, eliminar la molestia. En mi caso, soy propietario de una casona en pleno centro histórico de Arequipa que, en pocos años, va a tener quinientos años en mi familia. En varias ocasiones me han ofrecido derrumbarla para hacer de ella una playa de estacionamiento, que me generaría un importante ingreso. Obviamente, me he negado. No sólo debido a que la ley lo impide, sino a un sentido romántico de lo peruano y de cariño por la historia de nuestro país. ¿Qué me ha dado el Estado a cambio de mi esfuerzo? Pues, absolutamente nada. Este cuento se puede repetir hasta el infinito, pero no todos pensamos igual, y muchos –por desesperanza o falta de recursos para preservarla– han hecho tabla rasa de sus principios y han procedido a llenar sus bolsillos.

Repito, este panorama desolador cambiaría radicalmente si existiera la posibilidad de que los privados fueran propietarios de patrimonio arqueológico y, en paralelo, se establecieran incentivos tributarios para la preservación.

Un comentario adicional se refiere a la discriminación que existe entre lo prehispánico y lo colonial. Me parece incluso inconstitucional que se privilegie lo primero frente a lo segundo. No cabe duda que lo precolombino es trascendental y maravilloso. [A Andrés Álvarez-Calderón] Tú eres uno de los más conspicuos defensores de nuestro patrimonio preincaico. La familia Larco tiene una colección extraordinaria, además que han hecho un esfuerzo incomparable por preservarlo. Pero la historia del Perú, en lo atinente a Patrimonio Cultural inmobiliario, no culmina con la captura de Atahualpa. Posee casi 300 años adicionales que debemos respetar. ¿Por qué lo hispánico no es Historia del Perú? Lamentablemente, nuestra política y normativa privilegia lo incaico, olvidándose de lo colonial.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Esto es bien interesante, porque ustedes son abogados. Yo no soy abogado, y [dirigiéndose a los miembros de THĒMIS presentes] vuestra Asociación es

de Derecho. Este fenómeno tiene que tener nombre. Estoy seguro que en el mundo del Derecho existe algún nombre para cuando las leyes no se hacen como deben ser, sino que se hacen como se quiere que sean, porque existe un alto contenido ideológico. Finalmente, el tema de si la propiedad pre-hispánica debe ser privada o estatal, así como el tema de los inmuebles, es un asunto de cómo pienso yo ideológicamente. Si soy capitalista, soy pro privado. Si soy pro socialista o pro comunista, pienso que la propiedad debe ser del Estado. Entonces, ha habido una alta influencia de quienes manejaron las Ciencias Sociales, la Antropología, la Historia, la Arqueología, en la elaboración de la Ley, y ésta no se hace con lógica, sino con el corazón, y no se hace como debe ser sino como se quiere que sea.

Entonces, por supuesto que la propiedad prehispánica en el Perú es sagrada y tiene que ser del Estado. Pero, lo que no vieron fueron los grandes problemas que esto traía y, lo que es peor, es que esto ni siquiera se aplica. Eso es lo que ocurre cuando se promulga una ley mal hecha. Se debió respetar la propiedad privada de los inmuebles pre-hispánicos. Lo que ha contribuido a esto, esta media verdad que existió desde 1929 y antes, desde que todo bien inmueble era de propiedad estatal; fue que, como esto es propiedad del Estado, me lo vuelo. La verdad es que, digamos, si hay una huaca o un templo que estaba dentro de tu predio de 50 hectáreas, y ese predio tú lo habías comprado como 50 hectáreas, ahí habría que hacer en el registro de la propiedad inmueble un descargo de una independización de lo que es del Estado. Pero como no se hacía ese descargo, en realidad había que tumbarse la huaca, y eso ha ocurrido históricamente huaca por huaca. No estoy hablando del Perú profundo, sino de Miraflores. Tengo unas fotos aéreas buenisimas de Lima de 1927 en Miraflores, de la Clínica Americana. Fotos de 1940, en donde se aprecian unas huacas maravillosas. En el Olivar^{III}, por ejemplo, esa iglesita que está en la esquina de Santa Cruz con Pardo Y Aliaga, esa iglesita era una huaca. ¿Por qué? Por esta media verdad.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

^{III} Nota del Editor: El Olivar, un viejo bosque limeño delimitado por las avenidas Paz Soldán, Conquistadores, Pardo y Aliaga, Santa Cruz y Arequipa, fue declarado Monumento Nacional en 1959 por el Instituto Nacional de Cultura. Dicha distinción tuvo lugar debido a la subsistencia de sus olivos, su antigüedad y al especial desarrollo del bosque. Para mayor información, véase la siguiente página web: <http://elcomercio.pe/lima/304069/noticia-olivar-san-isidro-viejo-bosque-ciudad>.

DIEZ-CANSECO: Los españoles no escogieron Lima por gusto, era un lugar privilegiado y, además, con una gran actividad comercial y agrícola.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Es lo que se decía de Pucllana. La pregunta que debemos formularnos es: ¿Esto pasó en 1950? No, esto sigue pasando ahora. Cuando quieres hacer cualquier independización o construir en cualquier predio del Perú, necesitas un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos. Entonces, ¿qué pasa? Tienes un predio de 50 hectáreas y te comunicas con el Ministerio de Cultura para que emita el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos. Ellos vienen, hacen una inspección, y encuentran dentro del predio un cementerio, por ejemplo, o un templo. Esto pasa todos los días. El Ministerio o rescata el sitio —es decir, lo vuelve intangible—, o hacen un levantamiento del sitio para que puedas seguir adelante con tu proyecto, que tú lo tienes que pagar. Pero lo que sucede en este último caso, es que si tienes un título de 50 hectáreas, el Ministerio de Cultura no sólo te da su aprobación e indican qué parte es arqueológica, sino que del título de 50 hectáreas sacan la parte patrimonial que, por Ley pertenece al Estado, del Registro de Propiedad Inmueble.

4. La valorización del Patrimonio Cultural es muy importante para generar un sistema eficiente de protección. En algunos países se valoriza el Patrimonio Cultural a través del uso o frecuencia turística del recinto histórico, o se realizan plebiscitos o consultas a las comunidades para determinar su valor. ¿En el Perú, cómo se procede a la valorización del Patrimonio Cultural? ¿Cuál sería el modelo más adecuado?

VARÓN: La determinación del valor de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, especialmente los inmuebles, revisten una complejidad propia debido a una doble valoración que se debe dar, no sólo como bien, sino considerando además su valor cultural.

En el Perú aún no se cuenta con una base o criterios que permitan valorizar el Patrimonio Cultural. Sin embargo estamos trabajando

para poder contar con las herramientas que permitan este objetivo, por ejemplo, a través de las Cuentas Satélites de Cultura que estamos trabajando con el Banco Interamericano de Desarrollo a través de un proyecto que está en su etapa de implementación. Se ha podido publicar el Atlas de Infraestructura y Patrimonio Cultural^{IV}, en donde podrán encontrar datos importantes, si bien a grandes rasgos, muy interesantes que nos están permitiendo empezar a desarrollar las mediciones y lo que aporta la Cultura al desarrollo económico del país. Las industrias, las artes, el cine, la fonografía, los audiovisuales, la animación, son claros ejemplos de cómo es que la cultura genera desarrollo económico.

La declaración de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación se basa en la identificación de los diversos valores, tanto materiales cuanto inmateriales que el bien presenta, tales como el arqueológico, histórico, arquitectónico, urbanístico, artístico, tecnológico, simbólico, de identidad, así como por su autenticidad, integridad y singularidad, entre otros aspectos, los que pueden presentarse de manera individual —en algunos casos— o agrupada, pudiendo determinar incluso el grado de interés.

Una valorización del Patrimonio Cultural en términos de uso o frecuencia turística, condiciona el reconocimiento subjetivamente a la actividad comercial y las interpretaciones o intereses de las agencias u operadores turísticos que pueden orientar el interés de los usuarios, no estando necesariamente orientados a criterios protección y conservación de los bienes cuyos valores son principalmente intrínsecos.

Cabe señalar que la declaración de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, tiene como fin el reconocimiento y protección de la herencia cultural propia del pasado de cada comunidad, que perdura en la actualidad y se transmite a las generaciones presentes y futuras, creando y/o reforzando la identidad local, regional y nacional.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: El Patrimonio Cultural Inmueble es de propiedad del Estado y ello complica notablemente cualquier mecanismo

^{IV} Nota del Editor: Este atlas puede encontrarse en: <http://www.mcultura.gob.pe/atlas>.

que conlleve a medir el valor de estas propiedades. El Patrimonio Cultural Mueble es objeto de comercialización bajo la Ley de Patrimonio Cultural. Sin embargo, no existe un mercado formal de compra y venta de bienes de Patrimonio Cultural. Generalmente, el valor de las cosas en el mundo real está regido por la oferta, la demanda y las reglas del mercado. En el caso del Museo Larco, cuando tenemos que asignar un valor a nuestros objetos por razones de los seguros, lo que solemos hacer es utilizar publicaciones de remates internacionales de obras de arte, donde haya participado patrimonio peruano. Para nosotros es muy importante poder demostrar a las compañías de seguros que los precios asignados son referenciales, ya que, caso contrario, podríamos estar cayendo en subvaluaciones o sobrevaloraciones.

DIEZ CANSECO: Me parece que en el Perú no existe ningún instrumento de valorización. Todo lo contrario, existe un sistema perverso que lo único que promueve es la destrucción de lo que tenemos. De nada sirve declaraciones o resoluciones que pomposamente declaren ciertos bienes como integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación si, en contraprestación, el Estado no brinda facilidades para preservarlos. No se trata de que regalen el dinero. Debemos ser conscientes que existen otras necesidades más apremiantes, como la salud y la educación. No creo que se trate de valorizarlas sino de introducir mecanismos para brindarles valor, puesto que de nada sirve que tengamos un catastro de bienes culturales si no existen recursos para protegerlos. Saber y no hacer nada puede ser mucho más frustrante que no saber y hacer poco.

DE LA PUENTE: Es interesante, retomando lo último que estaban conversando sobre cómo la asignación y restricción del Derecho aleja determinados bienes de la población. Uno no puede participar en la gestión, relacionarse ni inculcarse más allá de cierto punto. Hace unos años, el Congreso aprobó la Ley 29864 – Ley de Promoción de Inversión Turística en Monumentos del Patrimonio Cultural, enfocado a la concesión para hoteles y restaurantes en el área circundante de los bienes arqueológicos. Se generó un escándalo. Cusco se levantó en protesta y por eso perdió ser sede de la cumbre del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). Hubo un problema de comunicación y la población –manipulada por algún

sector– pensó que se estaba privatizando el patrimonio.

Esta ley es interesante, la propiedad estatal del inmueble arqueológico se mantenía y lo único que se estaba otorgando al sector privado era una exclusividad de uso del marco circundante para operar un hotel o un restaurante, fuera del área intangible determinada por el Instituto Nacional de Cultura, por treinta años. Se establece que determinados porcentajes del precio por la concesión se inviertan en la seguridad, otro para la investigación, vías de acceso, etcétera. Al final se modificó la ley por el tema del levantamiento de Cusco, y se puso un candado diciendo que los gobiernos regionales son los que proponen al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y al Ministerio de Cultura, o al Instituto Nacional de Cultura en ese momento, una lista de cuáles monumentos pueden ser incluidos en este sistema de promoción de la inversión privada. Van a cumplirse seis años de aprobada dicha ley y parece que el proyecto de su reglamento está como posavasos en alguna oficina del Ministerio.

Las cosas están cambiando, pero el tema respecto de la valorización es tomado de forma controversial por algunos sectores, y muchos te contestarán que los bienes culturales tienen un valor inconmensurable. Entonces, no entiendo por qué hay tráfico ilícito si no se pueden valorizar. La verdad es que todo es cuantificable económicamente. ¿Cómo fijas el valor sobre algo? En función de cuánto cuesta elaborarlo y, si ello no es posible, en función de cuánto cuesta un bien equivalente. Más o menos así es la regla para poder determinar el valor de las cosas. Existe el tráfico ilícito de bienes culturales porque no se incentiva un mercado legal responsable. Por ejemplo, la prohibición de exportación de bienes culturales, salvo para investigación o exposición, automáticamente baja el precio del bien al estándar local y eleva su precio en el extranjero, porque es muy difícil obtenerlo.

Siguiendo con el tema de la valorización, hay muchos distintos valores respecto de un mismo objeto. Para un arqueólogo representa información científica y para un artista representa un diseño peculiar, y eso es válido. En función de cada uno es que se identifica y se determina el valor. Por ejemplo, un pedacito de resto orgánico en un sitio arqueológico te puede decir la antigüedad

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

de dicho monumento. El valor de ese bien cultural es inmenso, pero dicha relevancia no se reflejará equivalentemente en términos monetarios.

Volvemos al meollo del asunto que es el impacto sobre los derechos privados y cómo la ley incentiva comportamientos responsables o destructivos. Cuando encuentras una huaca, no te van a compensar económicamente el valor de tu propiedad. Entonces, para ti —propietario del terreno—, el valor que tienes es igual a cero.

Como conversábamos con Javier Lizaraburu hace unos días sobre el tema de cómo desincentivar el tráfico ilícito, le comentaba que parte de la solución es fomentar un mercado legal. Según la ley, comprar y vender huacos en el Perú es legal. Pero, ¿dónde los compras? Es muy complicado. Hay muy pocas personas que los tienen registrados. Y los depósitos de los museos públicos están repletos. ¿Qué pasaría si se vendieran los duplicados que están en los depósitos y que nunca van a ser exhibidos? El Ministerio sabría quiénes los tendrían y podría verificar que los mantengan bien. De esta forma se permite que la valorización de los ciudadanos sobre su propia cultura se satisfaga por un mercado regulado eficiente y no por el mercado negro. La restricción total en la práctica lleva al mercado negro.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Claro, lo que pasa es que este no es un tema técnico. [A Juan Pablo de la Puente] Tú estás hablando de generación de valor, estás hablando de la función del mercado en todo eso, pero no es un tema técnico, es un tema meramente ideológico. En términos ideológicos, es imposible ponerse de acuerdo.

LIZARABURU: Miren, así como en una respuesta anterior decía que me incomodó cuando el Estado quería tener una presencia todopoderosa sobre el tema, tengo que decirles que las respuestas que ustedes dieron [refiriéndose a las respuestas de Juan Pablo de la Puente y Luis Diez-Canseco] también me hacen sentir incómodo cuando se plantea que la única manera de ver el valor es comercial.

Si en algún momento queremos discutir esto, creo que ese argumento es un argumento que no gana adeptos.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: No, es algo meramente técnico. El tema está en “negro” y hay que irse al “blanco” para terminar en el gris. El gris es justamente las concesiones. Por eso, es que debemos partir de que esta ley no es otra cosa que una ley de destrucción del Patrimonio Cultural.

DIEZ CANSECO: Se trata de estabilizar el péndulo^V.

LIZARABURU: Obviamente, yo también veo el tema del valor de diferentes dimensiones. Para mí, una parte fundamental tiene que ver con el hecho de cómo nos apropiamos de esa sensación de pertenencia, cómo realmente reconocemos que eso es nuestro. Creo que muchas veces lo decimos, pero no lo sentimos porque está abandonado, porque esta enrejado y porque nadie nos habla de eso. Entonces, un aspecto es la difusión de su importancia.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Yo estoy viviendo un fenómeno fascinante. La cantidad de peruanos que sienten suyo y con orgullo el Museo Larco —y nos lo dicen a través de las redes sociales— es impresionante. La pregunta es si el aspecto privado, si esa sensación de posesión tiene que ver con quién es el dueño —Estado o privado—, o en cómo se entrega la institución al visitante.

LIZARABURU: Mi manera de hablar de apropiarnos claramente no pasa por ese tema científico de quién lo posee, si no de esa sensación interna. También de la manera cómo nos relacionamos con ese patrimonio. El año pasado hicimos una mesa redonda en El Comercio con artistas y gestores culturales jóvenes, con la nueva generación, para ver qué ideas surgían, y una de las que más me gustó por ejemplo, fue de uno que decía, “¿por qué no hacemos algo como la Noche en Blanco de las Huacas?”, donde las huacas se abran y podamos tener música, exhibiciones de arte, comida, y la gente recorra esos espacios, y una serie de actividades con las

^V Nota del Editor: El Dr. Diez Canseco hace referencia a la lógica seguida en: DIEZ CANSECO, Luis y José Ignacio TÁVARA. “Estabilizando el péndulo: Control de fusiones y concentraciones en el Perú”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 47. 2003. pp. 159 y siguientes.

cuales la gente comience a penetrar estos lugares.

DIEZ CANSECO: Pero se necesitan recursos con los que no cuenta el Estado o, si los tiene, el Ministerio de Economía y Finanzas se va a negar a brindarlos. Por ello se necesita establecer incentivos tributarios para que el sector privado decida invertir en cultura en lugar de comprar un automóvil nuevo para el presidente del directorio de una empresa o, en el caso de las personas naturales, decidir restaurar un balcón colonial en lugar de llevar a toda la familia de vacaciones a una playa del Caribe. En otras palabras, deben crear incentivos para que los gerentes de finanzas de las empresas sepan que la cultura les genera beneficios tributarios. Por ejemplo, deducciones al impuesto a la renta, considerar la inversión en cultura como el doble de gasto, o el establecimiento de créditos fiscales. Si ello ocurre, estoy seguro que recomendarán que se empleen los recursos disponibles y más que huir de cultura, buscarán oportunidades para gastar en ella.

LIZARZABURU: Sólo para terminar este punto del valor, algo también hablabas tú [a Juan Pablo de la Puente] de los valores que les dan los arqueólogos o los artistas, pero también el valor que tiene una huaca no va a estar siempre vinculada a esto. Creo que las que van a servir para esto son –y deberían ser– pocas, pero está el uso como espacio público, espacio para la educación, y aparte del impacto del valor inmobiliario de esa zona cuando tienes un lugar recuperado que no siempre tiene que ser para turismo.

DE LA PUENTE: Efectivamente, el turismo no es la solución para todo el Patrimonio Cultural. La concesión es conveniente sólo para algunas huacas, que estén preparadas para eso. Un turismo descontrolado destruye una huaca. Entonces, ¿cómo transformar un recurso turístico en un producto turístico? Esa es toda una cadena de gestión y muy complicada.

DIEZ CANSECO: Si se contara con una Ley de Promoción para la Preservación del Patrimonio Cultural que da incentivos tributarios, es más que probable que se incremente el turismo en el Perú. Si bien para frustración y una visión cortoplacista del Ministerio de Economía y Finanzas, ello puede significar una merma inicial en los ingresos del Tesoro Público,

en pocos años las arcas fiscales notarán un incremento considerable en sus ingresos. En efecto, ciudades preservadas y recuperadas, monumentos arqueológicos concesionados, pinturas restauradas, generarán más ingresos por el impuesto general a las ventas y por el impuesto a la renta de restaurantes, hoteles, agencias de viaje, operadores turísticos. Adicionalmente, promoverá oferta para quienes trabajen en estas actividades, además de los profesores, restauradores y operarios calificados, por citar algunos ejemplos.

5. ¿Qué papel juega el compromiso de la población en la conservación y puesta en valor del Patrimonio Cultural? ¿Se está llevando a cabo alguna política de implementación de trabajo en conjunto con la población? ¿Qué se podría hacer para fomentar el voluntariado en la conservación del Patrimonio Cultural?

VARÓN: La puesta en uso social del Patrimonio Cultural importa la necesidad de involucrar a la comunidad en la preservación del Patrimonio Cultural. Un monumento y/o conjunto arquitectónicos se integran a su medio en la medida en que recobren su valor histórico y se constituyan como evidencia del proceso histórico en el que también está directamente involucrado su entorno social actual, y en la medida en que éste sea capaz de percibirlo y entenderlo. La conservación del Patrimonio Cultural en sí implica un trabajo eminentemente técnico y especializado, el cual debe ser necesariamente profesional, no correspondiendo a una labor que aisladamente realice un voluntario, sino siendo parte de un trabajo de gestión de Patrimonio Cultural debidamente guiado por el especialista en conservación. Debe entenderse que la práctica de la conservación sigue una metodología científica.

LIZARZABURU: En el proyecto Lima Milenaria, que estamos haciendo junto con El Comercio, lo que justamente tratamos de hacer es sensibilizar autoridades, público en general. El tema del voluntariado yo se lo planteé al ministro Peirano, hace un mes, más o menos, cuando hubo una serie de protestas por el tema del cerro Puruchuco. Un tema que tocamos fue el de la sociedad civil. Aquí, a pesar de haber mucha indiferencia, también hay mucho interés de la gente por su patrimonio. El problema es que no hay sitios

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

por donde dar cabida a ese interés. Lo que yo le pregunté fue por qué no existe eso en el Ministerio, en algún sitio. Entonces, en ese momento anunció que estaba trabajando, con una oficina del Consejo de Ministros, en un plan piloto de voluntariado que se haría desde el Ministerio de Cultura. No he vuelto a escuchar del tema, pero parece que esa es una vía que se está tratando de desarrollar.

DIEZ CANSECO: Voy a ser bien crítico sobre esto. El peruano no se caracteriza por ser solidario. Esto es parte de nuestra idiosincrasia. Yo, honestamente, dudo que cualquier esfuerzo de voluntariado tenga éxito. Sólo existe en casos de cuidado de enfermos terminales y cosas por el estilo. El tema del voluntariado no es parte de nuestra cultura. Me encantaría que se impulsara, pero dudo mucho que haya voluntariado en el Perú. De repente me equivoco, pero esa es mi opinión.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Claro, uno ve el voluntariado en Estados Unidos y es algo completamente diferente. Lo que sucede es un tema más logístico. Cuando eres padre en Estados Unidos, por ejemplo, cuando tus hijos terminan la secundaria se van a estudiar a universidades en otros Estados. Entonces, el padre y la madre se quedan solos en casa, sin hijos y todavía jóvenes. Finalmente, se jubilan relativamente jóvenes y aún con energía. Entonces, hay un gran grupo de personas, creativas y con ganas, que entran a hacer voluntariado. Eso aún no sucede en nuestra sociedad. En el Perú, entonces, [a Luis Diez Canseco] estoy de acuerdo contigo en que la gente no es solidaria, pero no es sólo un tema idiosincrático, sino también logístico.

DIEZ CANSECO: Los peruanos tenemos muchos problemas económicos, sociales y familiares que resolver en general, como para estar dando nuestro tiempo gratis en voluntariado. El voluntariado se origina cuando existe tiempo y dinero y, aquí, en el Perú, la gente no tiene ninguna de las dos cosas.

LIZARZABURU: Desde otro punto de vista, es interesante darse cuenta cómo ha crecido la nueva Lima, sobre la base de la solidaridad andina. Las construcciones se siguen haciendo los fines de semana. La gente se ayuda a construir la casa. En colegios de San Juan de Lurigancho o Villa el Salvador, los chicos ya están haciendo voluntariado en su zona. Eso es lo que hay que fomentar.

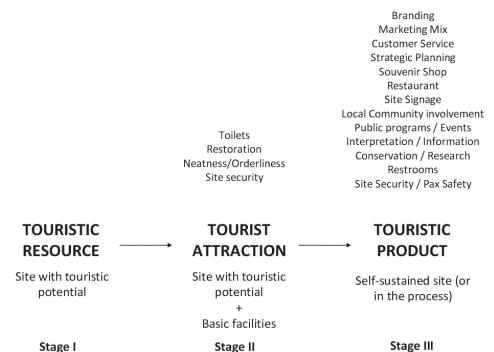
ÁLVAREZ-CALDERÓN: Yo quisiera aprovechar para mostrarles estas diapositivas con datos que han sido tratados recurrentemente. Según el Ministerio de Cultura, hay cuarenta mil sitios arqueológicos identificados en el Perú y sólo doscientos de ellos tienen algún tipo de protección. Esto quiere decir que cuentan con un vigilante, al menos algo. Respecto de este punto, lo más lúcido que he visto hasta ahora, en veintiún años dedicándome a esto, ha aparecido en el “Manual de Turismo del Perú” editado por Prom-Perú en el año 2000. Usaré como ejemplo la pirámide Mojeque, muy cerca de Sechín, en Casma. Aquí no hay ningún tipo de seguridad ni control. Esto es un **recurso turístico** totalmente abandonado y de mucha importancia, data de 1500 años antes de Cristo.

**Gráfico 1: La Pirámide de Mojeque
Recurso turístico**



Estos **recursos turísticos** deben convertirse en **atractivos turísticos**, contar con una serie de comodidades, para luego poder ser **productos turísticos**.

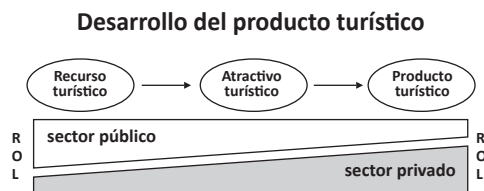
Gráfico 2: Proceso de formación de un producto turístico



El rol del sector público en este proceso es fundamental. Debe haber mucha presencia

del Estado. Pero, una vez que este espacio ya ha comenzado a crecer, surgen muchas cosas que deben ser administradas, pues este ya es un producto turístico que necesita restaurantes, tiendas, baños. ¿Cuándo va a poder haber este tipo de servicios en todos los sitios arqueológicos del Perú? ¡Vamos a estar muertos todos! Lo que debe hacer el Estado, entonces, es otorgar concesiones para que estos lugares cuenten con buenos servicios, un buen mantenimiento, un buen programa educativo, una cultura de servicio al cliente. Lo que tiene que hacer el Estado debe ser solo conservar, proteger y supervisar el lugar. Cuando este ya se ha vuelto producto turístico, el sector privado crece.

Gráfico 3: Desarrollo del producto turístico



Esto es lo más iluminado que he visto respecto de lo que tiene que pasar con el Patrimonio Cultural. Lo más importante para que un recurso turístico se vuelva un atractivo turístico es servicios mínimos, restauración y seguridad del sitio. Cuando éste ya es producto turístico, el Instituto Nacional de Cultura debe incorporar elementos como la seguridad –tanto de los turistas cuanto del mismo patrimonio–, conservación, la investigación, información, aplicación de programas públicos, eventos y toda una comunidad involucrada en el proyecto, la cual se sienta orgullosa de él. Que este sea para ellos una fuente de trabajo. Esto ya está sucediendo en algunos lugares. Hace falta planeamiento estratégico. ¿Hacia dónde está yendo el Ministerio de Cultura con el tema? No tiene idea de hacia dónde estamos yendo. Es necesario desarrollar una marca.

DE LA PUENTE: Un comentario. El involucramiento de la comunidad debería darse desde la primera etapa.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: De acuerdo, yo creo que lo primordial es asegurarse que el sitio cuente con facilidades básicas y que este logre auto sostenerse. No es tan difícil a través de las concesiones. Esto ya está sucediendo con Caral, que es casi un producto turístico

desde que entró Ruth Shady. Del 1994 al 2009 ha cambiado muchísimo. Casi llega a ser un producto turístico.

Gráfico 4: Caral (1994) en la etapa de “recurso turístico” (primera etapa)



Gráfico 5: Caral (2009) en la etapa de “atractivo turístico” (segunda etapa)



DE LA PUENTE: En la práctica, un caso emblemático que ha puesto en evidencia que la protección del patrimonio y su adecuada gestión generan desarrollo y beneficio para la población, es el proyecto de la Huaca de la Luna, en Trujillo. Representa la transformación de un cerro de arena en un polo de desarrollo de la zona. ¿Cómo? En el año 1992, se empezó con ayuda de la Fundación Ford, luego vinieron más fondos privados nacionales, de la Fundación Backus e internacionales, del World Monuments Fund, etcétera. Todo del sector privado. ¿Y el gobierno peruano? No financió significativamente el proyecto por casi veinte años. Sólo cuando evidenció el éxito, construyó el museo y mejoró las vías de acceso. Aquí, la gestión cultural muchas veces depende de este tipo de iniciativas privadas, con líderes creativos pues no hay institucionalidad.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Personajes como Ruth Shady, Walter Alva o Santiago Uceda, no hay ninguna política de Estado detrás de ellos. La gran puesta en valor de sitios como

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu, Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

Caral, Sipán o Huaca de la Luna no obedece a una política de Estado. Estos sitios han salido adelante por la acción heroica de sus desarrolladores. Lo que tenemos que lograr es que el Estado tenga éxito en el desarrollo de productos turísticos, pero al margen de las personas; por política estatal. Cada día hay menos gente con la pasión y entrega como la que han demostrado Shady, Alva, Uceda y otros.

DE LA PUENTE: Respecto al involucramiento de la población, desde el primer día hay que tener en cuenta que, en un proyecto de conservación, uno –como financista– quiere que su inversión perdure en el tiempo. La población es importante para que el sitio restaurado no pierda valor en el tiempo. Es una garantía para que la inversión en la conservación sea perdurable en el tiempo, pues la población la cuidará. Por eso, desde el primer día, la población debería estar involucrada. Así, sentirán suyo el proyecto y defenderán el monumento cuando esté amenazado.

DIEZ CANSECO: Yo creo que ello, además, denota una falta de visión y vocación por la cultura.

DE LA PUENTE: Claro, si ellos vieran algún ejemplo exitoso en otro lugar, quizás esa situación cambiaría. Ahora, lamentablemente, en el interior del país, el concreto y las lunas polarizadas son sinónimo de modernidad, y las tejas y el adobe son algo retrógrado.

6. En algunos países se generan incentivos tributarios para que las empresas privadas inviertan en conservación o protección del Patrimonio Cultural. Considerando que la conservación del Patrimonio Cultural puede elevar los costos a tal punto de que la inversión pública no pueda cubrirla, ¿cómo podría garantizarse? ¿Debería liberalizarse el Patrimonio Cultural, para ser un ámbito regulado por el Estado?

VARÓN: En este momento, el Ministerio de Cultura está trabajando una propuesta de ley sobre los incentivos a favor de la promoción de la cultura, consideramos que podríamos tenerla para fines de junio de 2013. La Ley de Creación del Ministerio de Cultura encarga la reglamentación de mecanismos que

permitan fomentar incentivos tributarios. Sin embargo, consideramos que una ley podría mejorar la situación y hacer mucho más atractivo el mercado cultural. Todo ello en concordancia con una mejora sustancial en los beneficios tributarios que favorecerían a quienes inviertan en cultura. Actualmente el Ministerio viene trabajando en alianzas público-privadas mediante convenios, a fin de favorecer mecanismos que permitan involucrar a los privados en la mejora de los activos culturales que, finalmente, son de todos los peruanos.

DIEZ CANSECO: Esperemos que lo señalado por el Doctor Varón sea cierto. Tal como he señalado en reiteradas oportunidades a lo largo de esta Mesa Redonda, se tienen que establecer incentivos. De no hacerlo, la promoción de la cultura será una frase vaciada de contenido. Sobre este particular, la legislación peruana vigente resulta intrascendente, por no decir nula. Lo único que permite es la reducción en el pago del patrimonio predial en la medida que la propiedad se dedique a casa-habitación, o se encuentre en estado ruinoso. Me pregunto, ¿por qué no se pueden brindar incentivos cuando una propiedad se dedica a un negocio? Por ejemplo, tiendas, restaurante u hotel. ¿Acaso ello no es bueno para la economía? Del mismo modo, la normativa privilegia al inmueble en estado ruinoso frente al restaurado, con lo que promueve absurdamente que nadie invierta en su recuperación. En otras palabras, el Estado premia que un inmueble declarado patrimonio histórico se caiga a pedazos. Curioso, ¿no es así?

LIZARZABURU: Este mismo tema lo estuve trabajando en un par de reportajes, por lo que existe un par de elementos que me gustaría plantear aquí. Uno es lo que está pasando afuera y lo otro es lo que no está pasando aquí. Lo que pasa en otros lugares, como en el Reino Unido, es que tienen programas muy fuertes de protección de patrimonio. Allí, por ejemplo, se dice que “proteger el patrimonio es invertir en el futuro”. Existen mecanismos muy eficientes que sirven para financiar la cultura. Uno de ellos, por ejemplo, es la lotería, que es manejada por el Ministerio de Cultura británico. Así, por cada libra obtenida, veintiocho peniques van a un fondo especial, que se distribuye de esta manera: 46% a Salud, Educación y Medio Ambiente, 18% a

deportes y 36% a Artes y Patrimonio. Esto ha permitido a la sección de Artes y Patrimonio del Reino Unido obtener 36 millones de dólares semanales, más o menos, equivalente al presupuesto anual del Ministerio de Cultura peruano. En el Perú, se ha tratado de hacer algo parecido con el impuesto de 12% que pagan los tragamonedas sobre sus ganancias. De este 12%, un 15% se le otorga al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Pero, de ese dinero, nada va para la cultura, sino para la promoción de la artesanía. Pero no hay que ir tan lejos para conseguir ejemplos. Ciudades como Bogotá y Quito, lugares donde también se ha venido recuperando Patrimonio Cultural, han generado una serie de mecanismos en los cuales yo me basé para hacer una propuesta al ministro de Cultura. Propuse la creación de un cuerpo de expertos dedicados a buscar fuentes de financiamiento. Así, dejaremos de esperar que el Estado se haga cargo de todo cuando hay muchas maneras de conseguir dinero.

DIEZ CANSECO: Hay que tener en cuenta que las fuentes de financiamiento normalmente buscan obtener algo a cambio. En Estados Unidos, por ejemplo, los grandes beneficiarios de fundaciones importantes obtienen del Estado una deducción por concepto de impuesto a la renta. Nadie dona o financia por amor al arte. En todos lados existe un interés de recibir una compensación a cambio del recurso.

LIZARZABURU: Claro. En Gran Bretaña también existe un equipo de gente que se encarga de esto. Otro mecanismo que ha surgido hace poco consiste en lo siguiente: Si un testador deja un 10% de su patrimonio para fines culturales, sus herederos obtienen una deducción considerable del impuesto a las herencias. Lo importante es inventar fórmulas creativas para traer dinero a las causas culturales. Es curioso, aquí, ver cómo Prom-Perú, el ente encargado de promover la cultura peruana, tiene un fondo propio, pero la Cultura peruana misma no lo tiene. Entonces, es posible ver cómo estos mecanismos, que además de recurrir al Estado lo hacen también con los privados, no existen en nuestro país, aun siendo cuna de civilización. Nunca llegaremos a la meta de hacer del turismo nuestra segunda fuente de divisas si no existe una red de mecanismos que permitan canalizar el dinero de fuentes privadas –que sí existen– hacia la conservación de nuestro patrimonio.

DE LA PUENTE: Respecto a los incentivos tributarios, los que están vigentes en el Perú están dirigidos eminentemente a los donantes de un proyecto, y no se aplican en beneficio del propietario de un inmueble virreinal o republicano. La misma idea de la Ley de Mecenazgo comparte esa visión. Lo que se debería buscar es el auto-sostenimiento de estos bienes culturales por sus propios propietarios, y eso no está contemplado. En el país existe un sistema de beneficios tributarios para las donaciones. El donante de un proyecto de conservación de patrimonio puede deducir el monto donado como gasto para efectos de la determinación de su impuesto a la renta, pero teniendo como techo el 10% de su renta neta. Eso es mucho dinero para empresas grandes y, aun así, el sistema no ha tenido éxito.

¿Por qué? Puede ser un tema cultural, de falta de solidaridad, de ver a la cultura como algo elitista, o de preferir la inversión en salud o educación. Esta actitud sólo se podría cambiar aprobando incentivos realmente agresivos, tal vez doblándolos. Sólo así podría fomentarse una cultura de solidaridad y hacer que la gente done. Un cambio radical es necesario, tal vez considerar crédito fiscal en lugar de deducción de gastos sería lo más atractivo. La Ley de Creación del Ministerio de Cultura eleva el techo de 10% a 15% pero aún no es aplicable pues no se ha aprobado el Reglamento correspondiente. Pero creo que lo más efectivo sería tratar de eliminar ciertas trabas burocráticas. Subir el techo de 10% a 15% no será efectivo pues existe la hipótesis de que inclusive las empresas que más apoyan la cultura no llegan al 1%. Otro problema, es la falta de disposición del Ministerio de Economía a impulsar este tipo de medidas y la inexistencia de data para evaluar realmente el impacto –positivo o no– de estos beneficios.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Lo que sí sería posible hacer es establecer fondos concursales en favor de la cultura, a los cuales toda persona podría contribuir. Algo de ese tipo sí podría darse. El problema es que el Estado sigue pensando que él es el único que puede recaudar y gastar el dinero eficientemente. Esta idea ya ha sido superada en otros países como los Estados Unidos, en donde el impuesto a la renta no es algo tan inexpugnable como lo es aquí. El dinero deducido de este impuesto es invertido por las empresas en favor de un bien cultural, generando un beneficio en su imagen.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

LIZARZABURU: Aquí existe una figura parecida llamada “obras por impuestos”, que acaba de ser usada por El Comercio para refaccionar el Teatro Municipal de Trujillo, y ahora están pensando en llevarla a Lima.

DIEZ CANSECO: El problema con esa figura es que sólo se admite hasta montos muy reducidos.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Lo que ha quedado claro es que el Estado peruano no tiene una visión estratégica del provecho que podría sacar de la generación de incentivos tributarios. El problema no es, pues, que no haya dinero, sino la mala gestión.

7. En cuanto a los museos, se sabe que hay museos públicos y privados. En atención a la diferencia principal entre éstos, ¿qué papel vienen jugando los museos o colecciones privadas existentes en nuestro país? ¿Qué clase de estímulo deberían recibir del Estado?

VARÓN: Existe una propuesta legal para expedir una nueva Ley del Sistema Nacional de Museos del Estado, cuya misión es presentar a este Sistema como un conjunto correctamente organizado que sea el ideal de los museos, y que les ofrezca una certificación de estándar de calidad, entregada exclusivamente a los museos cuya gerencia sea reconocida como óptima y que les asegure facilidades y beneficios para el desarrollo de sus actividades.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: La verdad es que yo no creo que el Estado deba estimular a los museos privados. Sí creo que tiene que estimular a los museos públicos que están en muy malas condiciones. Es más, los estímulos ya existen para los museos nacionales, pero me da la impresión de que se hace complicado porque no hay capacidad de gestión. No creo que deba haber algún estímulo para el privado. El que se mete en esta aventura, que se vuelva eficiente. El Museo Larco pasó por todo ese proceso. Cuando yo empecé a trabajar en el Museo Larco era un recurso turístico y lo llevamos a ser producto turístico.

DE LA PUENTE: Me parece extraordinaria la respuesta [de Andrés Álvarez-Calderón]. Precisamente, lo que estábamos hablando respecto de la eficiencia de la inversión

privada. Lógicamente, no podremos esperar la misma respuesta de un director de un museo nacional. Lo interesante de la inversión privada es que ella asume el riesgo. Yo, si hablara de un incentivo que podría poner el Estado, no sería en términos económicos, sino en términos legales, de no poner en duda la legalidad de las colecciones. La ley no es clara, hay muchos puntos grises en ese sentido. Por Ley, el propietario está obligado a mantenerlo, pero no reconoce tributariamente dicha inversión. Es decir, es más barato no hacer nada y, bueno, los casos de gente responsable y realmente comprometida no es el común denominador.

LIZARZABURU: Mi respuesta es menos técnica, va más por la estética o por el fin, pero, en primer lugar, no existe un gran museo. Es a falta de entender quiénes somos como nación, que no nos hemos dado el trabajo de crear un gran museo. Cuando vas a Ciudad de México, ¿qué es lo primero de lo que hablas? Del Museo Nacional de Antropología. O cuando vas a Nueva York, a Londres, a París, ¡son los museos! Con excepción del Cairo, porque lo que llama mucho la atención es la arquitectura.

DIEZ CANSECO: Estos museos han surgido y se han expandido gracias al sector privado que donaba y, a cambio, el Estado les otorgaba un certificado que podían aplicar para deducir impuestos.

LIZARZABURU: Giramos alrededor de los mismos conceptos. Que el Museo Nacional esté en el mismo edificio de la dictadura Velasquista te dice tanto de cómo el Estado asume la propia cultura. Para mí es fundamental revisar eso.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Creo que es importante agregar algo. Cuando uno llega al Metropolitan Museum, en la Quinta Avenida en Nueva York y el Central Park, está en la zona más cara de Nueva York. Es el metro cuadrado más caro, y allí está el Metropolitan Museum. Entonces tú dices, ¿cómo le han dado el metro más caro de Nueva York a tremendo edificio? ¿Cómo han gastado su plata en ese edificio? En ese momento uno nota qué importancia le dan los americanos a su cultura. Porque lo que tú piensas es que la gran plata que se han gastado, se la han gastado en el edificio. El asunto es que, cuando entras, lo que vas a ver no es su cultura, porque los gringos no tienen cultura. Comienzas a ver los templos

egipcios, los Monet, los Renoir, los Gauguin. Y cada persona que trabaja en estas cosas sabe que son, en un Monet, sesenta millones de dólares; si es Gauguin, veinte millones; el templo egipcio son cientos de millones. Los millones no paran. Resulta que el edificio en Central Park, al final del día, no vale nada, porque lo que vale es la colección.

Ahora, pongámonos a pensar qué ha gastado el Estado peruano en sus museos. Hasta ahora no ha gastado en un edificio. [A Javier Lizarzaburu] Porque el que tú mencionabas es el Museo de la Nación, que fue el primer Ministerio de Pesquería que hizo Velazco, donde la broma era que cada pescado tenía una oficina. Y luego ahí instalaron el Museo de la Nación. Y el otro, resulta que están en un problema porque la casa de Magdalena del Museo Nacional de Antropología e Historia es de San Marcos y no del Estado peruano, y están en conflicto. El Estado peruano nunca ha invertido en un museo nacional. Nunca. Ahora, no ha invertido en el edificio. ¿Ha invertido en la colección? No. Las colecciones que están adentro son todos descubrimientos arqueológicos que, como son cosas de propiedad del Estado, caen en el Estado. ¿Cuánto ha gastado el Estado peruano en su Museo Nacional? Nada. Eso es el reflejo de lo que pasa con la ley y con la conservación del Patrimonio Cultural.

8. **Hace unas semanas, en París, la casa Sotheby's subastó un lote de piezas de propiedad de la colección privada Barbier-Mueller, entre las que se encontraban algunas originarias del antiguo Perú. En este evento se denunció la venta de bienes de arte precolombina, procedentes de un supuesto de tráfico ilícito ¿Cuáles son los recursos que tiene el Estado peruano para pedir su repatriación? ¿Qué organismos internacionales pueden intervenir o cómo se solucionarían estos conflictos? ¿Existen normas de Derecho Inter-nacional, procedimientos especiales o son actos diplomáticos?**

VARÓN: Sobre este tema tenemos muchísima información que nos gustaría alcanzarles. El Perú, junto a otros países agraviados, realizó todas las acciones que correspondían a fin de suspender la venta. Sin embargo, Francia nos pide –y no sólo a nosotros– que demostremos documentalmente la fecha y forma de

cómo las piezas salieron del país. Eso es complicado porque, como ustedes saben, son actos ilícitos que definitivamente no están documentados. Básicamente trabajamos con la Organización Policial Internacional (INTERPOL), e internamente con la Fiscalía y con Cancillería, quienes se encargan de hacer todas las gestiones pertinentes para lograr las coordinaciones en el exterior. Sobre este punto, consideramos que Cancillería podría dar más detalle, por ser un tema de su competencia.

DE LA PUENTE: Este es un tema complicado, hemos visto que la Ley limita derechos y no otorga incentivos. Esto nutre y ayuda al mercado ilícito que mueve muchísimo dinero.

Los aspectos legales de defensa y de repatriación son sumamente complicados, se tienen 2 escenarios. El primero está a nivel del control en frontera –lo que está por salir de Perú o llegar a destino– y que está vigente a partir de inicios de la década de los setenta, que se aprueba la Convención de UNESCO de 1970 sobre represión del tráfico ilícito. En base a esto, los Estados se comprometen a que no pasen por sus fronteras bienes culturales que no tengan autorización de exportación, y hay mecanismos para su repatriación.

El segundo escenario es el siguiente: ¿Qué pasa con los objetos que ya pasaron la frontera ilegalmente o que pasaron la frontera legalmente hace doscientos años? Esta situación es muy complicada, porque el Estado debe probar ante el juez extranjero cuándo salió de su frontera para saber cuál ley nacional era aplicable. Además, no siempre en el Perú se restringió la exportación como se hace actualmente. Hoy es prohibición total, salvo casos de investigación o exhibición, que se otorga por un plazo máximo de dos años.

Se parte entonces de una premisa falsa: que todo bien cultural que está fuera del Perú lo está necesariamente de forma ilegal. En el caso específico de esta colección, entiendo que ha sido expuesta en muchos museos de Europa desde hace muchos años, sin que el Estado haya reclamado antes. Habría que analizar el caso, pero en función de la información pública parece que legalmente no habría cuestionamientos. Y, si ello fuera así, no tiene sentido haber destinado recursos públicos para contratar abogados en París.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

ÁLVAREZ-CALDERÓN: No hay claridad de los hechos. Se conoce que muchas de las piezas peruanas están en Europa en ilegalidad, ya que habría que demostrar que la pieza salió del Perú en un momento en que la Ley prohibía la salida. No se tiene la prueba de cómo cruzó la frontera del Perú una pieza de tanta antigüedad.

DE LA PUENTE: Otro tema adicional es que el juez de otro país toma decisiones según su ordenamiento y razonamiento legal, como ejemplo el caso *Perú v. Johnson*. Una persona en California fue encontrada con sesenta piezas arqueológicas peruanas en el año 1989. El Estado peruano demandó en Estados Unidos la devolución de dichas piezas. El juez pidió acreditar que las piezas hayan salido del Perú, porque podrían haber salido de Ecuador o Bolivia, por ejemplo. También pidió acreditar el momento en que las mismas salieron del país, para así determinar la ley peruana aplicable. En este caso, el juez aplicó la doctrina McClain, que se aplica como precedente en Estados Unidos. Dicha doctrina estipula que una norma que restringe la exportación representa únicamente el poder de policía de un Estado, y no que las piezas son de propiedad estatal.

El Estado dijo que la Ley 6634 del año 1929 estableció la propiedad estatal sobre objetos arqueológicos. El juez comenzó a revisar dicha ley y evidenció que trazaba una línea en ese momento: Todos los objetos que estaban en propiedad privada se mantenían así, y los que fueran descubiertos en el futuro serían de exclusiva propiedad estatal. ¿Cómo se quiso hacer esto? La propia ley lo decía: La creación de un registro. Todo lo que no esté en el registro es de propiedad estatal. Pero nunca se implementó dicho registro. Es más, hasta ahora no se implementa por completo. Entonces, el juez dijo que dicha ley no era aplicable, pues no se acreditaba la propiedad estatal. Aquí, entonces, está el problema del traspaso de fronteras y recuperación de objetos. Se tiene que acudir donde un juez y probar el momento de la exportación ilícita y que en ese momento la Ley no sólo prohibía la exportación sino que también asignaba propiedad estatal, de manera indubitable.

DIEZ CANSECO: ¿Cómo se hace en muchos países para recuperar su patrimonio en el caso que no se pueda probar que fueron sustraídos ilícitamente? Fácil. Colecta pública o *donors*

que adquieren los bienes. A cambio el Estado les reconoce el gasto como deducible por el impuesto a la renta.

LIZARZABURU: Las mayores y más importantes piezas de arte pre colombino están en museos del extranjero. Si el Ministerio de Cultura hace este *show* mediático cuando sabe que no lo va a conseguir es porque tiene que hacerlo, tiene que defenderlo. Esta comisión especializada tendría que adentrarse a ver si efectivamente hay piezas en el extranjero, piezas extraordinarias en el extranjero que el Perú pueda recolectar, pueda repatriar.

Luego, esta brigada de protección de patrimonio que existe en Italia, en España, que dedican 100% de su tiempo a hacer seguimiento de colecciones y cómo hacer para recuperarlas —no sólo fuera del país, sino dentro del mismo—, y definir qué es lo que está pasando con su patrimonio, porque ahora lo que hay es una arqueóloga que está haciendo un trabajo y cuando sale esta cosa mediática, tiene que dedicarse al tema. No hay recursos asignados para esto. Y, sobre registro, que desde el año 1929, [dirigiéndose a Juan Pablo de la Puente] como bien dijiste, se hablaba de la creación de un registro nacional, y se dio un año para que se hiciera; ahora han pasado cien y seguimos sin registro.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: El Museo Larco hizo su registro de cuarenta y cinco mil piezas y le donamos la plataforma al Instituto Nacional de Cultura después de toda nuestra investigación, de todo nuestro trabajo. Cecilia Bákula implementó la primera parte, que son las primeras cuarenta y cinco mil piezas registradas del Perú.

DIEZ CANSECO: Quiero aprovechar el momento para comentar lo que hacen muchas personas en relación con una colección de arte. Se señala que lo mejor consiste en no declararla puesto que la pueden considerar Patrimonio Cultural de la Nación. Al hacerlo, se verifica una expropiación regulatoria y no se recibe nada a cambio. Es por ello que lo más adecuado parecería ser el ocultar lo que se pudiera tener. Dicho esto, resulta irónico que en el Perú lo más saludable resulta encerrar colecciones de arte entre cuatro paredes a pesar de los ingentes recursos culturales con los que contamos y que podría promover un sinfín de exposiciones que enriquezcan nuestra educación.

DE LA PUENTE: Es que hay cierta inseguridad legal respecto de cómo acreditar fehacientemente la propiedad sobre un objeto antiguo, y también sobre los niveles de seguridad de la información contenida en el registro, para que no se convierta en un “menú de Perochena”.

¿Qué pasa si se da algún reconocimiento por registrar? Es decir, algún incentivo o beneficio. Esa es la mejor forma de promover y lograr un registro completo.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Cuando uno conversa de estas cosas, uno lo ve tan pragmático, tan realizable, tan viable, pero no va a ser nunca

viable, porque éste no es un problema técnico. Lo que está en el fondo no es la verdadera preocupación del país, esto está confundido con un tema ideológico; ahí entras en una nebulosa, en una media tinta y, en algunos casos, hay mucha hipocresía.

VARÓN: La conservación es fundamental puesto que a través de ella se garantiza la perdurabilidad de la información que contiene el bien cultural. Cuentas satélites de cultura. Además de su intrínseco valor, sí creemos que tiene un significado económico que puede contribuir al desarrollo a través de las industrias culturales y el turismo.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

ESTUDIO LLACZA & ASOCIADOS

La Asociación Civil THĒMIS saluda y agradece la iniciativa del Estudio Llacza & Asociados por su apoyo y confianza depositados en los proyectos y objetivos de THĒMIS, evidenciando de esta manera su compromiso en la difusión de la cultura jurídica en el Perú.

INCORPORACIÓN DE ALFREDO BULLARD AL COMITÉ CONSULTIVO

Es un orgullo para nosotros poder anunciar la incorporación del profesor Alfredo Bullard González, ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS, a nuestro Comité Consultivo. Su colaboración, a lo largo de los años, ha permitido y permitirá continuar lo que siempre procuramos: Brindar artículos de excelente calidad a nuestros lectores.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

THĒMIS-Revista de Derecho felicita a la recientemente creada y en funciones Comisión de Publicaciones, por el lanzamiento de su primer producto, "Los retos actuales de la Propiedad Intelectual: Visión latinoamericana". Les deseamos lo mejor en los próximos proyectos que emprendan.

La Comisión de Publicaciones, este ciclo, estuvo conformada por Camilo Clavijo Jave (Director), Alejandro Cavero Alva, María Paz Delgado Yábar, Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo y Milagros Mutsios Ramsay.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La Comisión de Contenido es el Consejo Editorial de la THĒMIS-Revista de Derecho. Se encarga de delimitar el Tema Central e invitar a distinguidos juristas y especialistas a participar, para luego realizar las labores de edición correspondientes.

En esta oportunidad, la Comisión de Contenido estuvo conformada por Carlos Fernando de Trazegnies Valdez (Director), Aldo Cisneros Jirón, Gonzalo Monge Morales, Luis Fernando Roca Lizaraburu y Christian Wong Vargas.

Ex miembros de la Asociación Civil THĒMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint • Ursula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr • Javier Albán González • César Antonio Alcorta Suero • Jenny Aliaga Aliaga • Luis Aliaga Blanco • Jimena Aliaga Gamarra • María Cristina Alva Noriega • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Joao Arbildo Caro • Guillermo Arribas Irazola • Andrés Avelino Aramburú Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Diana Arciniega López • Sergio Emilio Arellano Gonzáles • Fernando Arias-Stella Castillo • Cristina Arizmendi Bellido-Tagle • Arturo Arróspide Villarán • Patricio Ato del Avellanal Carrera • Lucía Ávila Bedregal • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca de la Piedra • Juan Luis Balarezo Revilla • Fabiola Baquerizo Micheline • Alonso Barreda Ayllón • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • María Rebeca Barrón Rodríguez • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievsky Spack • Pamela Battifora del Pozo • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre • María del Carmen Bedoya Valdez • Alberto de Belaunde de Cárdenas • Javier Alonso de Belaunde de Cárdenas • Maria Lucía Bellido Bertie • Úrsula Ben-Hammou Novoa • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Carla Bengoa Rojas • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea • Gonzalo Bernal Neumann • Gabriela Bernales Wuan • Luis de Bernardis Llosa • Maria Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Tweddle • Costanza Borea Rieckhof • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostriza • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda • Mayra Bryce Alberti • Alfredo Bullard González • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Aldo Cáceres Martínez • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Andrea Cadenas Cachay • Héctor Calero Ramírez • Jorge Antonio Calle Brush • Analía Calmell del Solar del Río • Javier Calmell del Solar Monasi • Cecilia Cánepa Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry • Federico de Cárdenas Romero • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Álvarez-Calderón • Carlos Casabonne Stoehsel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo • Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • GianPaul Castañeda Carruitero • Diego Castro Panez • Enrique Del Castillo Fernandez • José Ignacio Castro Otero • Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Carolina Chipollini Román • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • María Andrea Colina Cardozo • Úrsula Collimboy Sayán • Jorge Contreras Condezo • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera • Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Carlos Cornejo Vargas • Micaela Cortés Cabieses • Carlos Eduardo Cotera Solano • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Chantal Deleplanque Sánchez • Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela • Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva Gisella Domecq Garcés • Andrea Domínguez Noriega • Mario Fernando Drago Alfaro • Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Javier Eche copar Sabogal • Jaime Escribens Olaechea • Juan Antonio Egüez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles • Stephanie Espejo Espinal • Alessandra Espino Beltrán • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Gustavo Fierro Campos • Alejandra Flecha Corvetto • Fernando de la Flor Koechlin • Nicolás de la Flor Puccinelli • Daniel Flores Consiglieri • Rodrigo Flores Benavides • Hugo Forno Odría • Laura Francia Acuña • Daniel Francisco Pimentel • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén • Giuseppe Galluccio Tonder • Viviana Gálvez Córdova • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori • Gabriela García Arcia • Domingo García

Belaunde • Juan García-Montúfar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez • Mijael Garrido-Lecca Palacios • Bruno Giusti Díaz • Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio • Corina Gonzáles Barrón • Daniel Gonzáles la Rosa • Arabella Gonzáles Netto • Gianina Gotuzzo Oliva • José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melisa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gustín de Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache • Carlos Hamann García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Mariani • Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • María José Higuera Chicot • Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Úrsula Indacochea Prevost • Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraguirre Romero • Rosario Isasi Morales • José María de la Jara Plaza • José Alfredo Jiménez García • Baldo Kresalja Roselló • Rúzika Kresalja Santos • Antonio Kuljevan Pagador • Diego la Rosa Gonzáles del Riego • Sheila la Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros • Felix Labrín Mendoza • Rafael Lanfranco Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Camila de Lasa Larrea • Erick Lau Gastelo • Anthony Laub Benavides • Claudia Isabel Lazarte Abarca • Elsa Marina Lazarte Zababurú • Denise Ledgard Antúnez de Mayolo • Alexandra Lelouch Loeb • Sebastián León Saavedra • Mario Lercari Bueno • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem Guerra • Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Francisco Lira Miró Quesada • Isabel Lira Miró Quesada • Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Alejandra Llosa Parró • Gustavo López-Ameri Cáceres • Julia Loret de Mola Cáceres • Eduardo Loret de Mola Ugarte • Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers • Roberto Guillermo MacLean Martins • Kiana Maggiolo Cook • Alejandro Manayalle Chirinos • María Teresa Marroquín Manrique • Chiara Marinelli Tagliavento • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortíz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figari • Fernando del Mastro Puccio • Elías Maya Zusman • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo Vega • Mariana Mendoza Benza • Patricia Mendoza Franco • Daniela Meneses Sala • Marilú Merzthal Shigyo • Francisco Miranda Aguilar • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Ñique • Fernando Molina Rey de Castro • Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Óscar Montezuma Panez • Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Andrea Morelli Ferreyros • Jorge Luis Morelli Ferreyros • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Ítalo Muñoz Bazán • Milagros Muñoz Bazán • Jaime Mur Campoverde • Fabio Nuñez del Prado Chaves • Manuel Núñez Farfán • Mónica Núñez Salas • Mariana Negri Mendiola • Paul Nina Nina • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neill De la Fuente • Diego Ocampo Acuña • Lucía Olavarría Salinas • Pilar Olavide Galdós • Pia Gabriela Olea Ubillús • Pilar Oliva Rocca • Antonio Olórtegui Marky • Bernardo Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea • Valeria Osorio Véliz • Andrés Osterling Letts • Claudia Pacora Rodriguez • Giselle Pacheco Guillén • Rodrigo Padilla Philipps • Alvaro Palao Carrera • Xavier Palao Carrera • Valentín Paniagua Jara • Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • César Augusto Parodi • Mario Pasco Lizárraga • Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos Aurich • José Pedraza Newton • Milan Pejnovic Delgado • Eduardo Peláez Santillán • Macarena Penny Yrigoyen • Fernando Peña Nevon • Carolina Pérez Harm • Diego Pérez Terry • Mariela Pérez-Costa Piscocoy • Luz María Pérez-Garland Gamio • Mariano Perú Mayandía • Alejandro Peschiera Bonifaz • Chiara Pescetto Bustamante • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Milagros de Pomar Saettone • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorbo • José Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koechlin • Stefany Porudominsky Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Berta Prado Manrique • Rafael Prado Bringas • Manuel Fabricio Privat Colla • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper • Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker • María Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz Quiróz Romero •

Rodrigo Rabines Matta • Pedro Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán • Fernando Ramírez-Gastón Lecca • Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes Juscamaita • Viviana Ritchie Martínez • Eduardo de Rivero Santana • Carla Rizo-Patrón Labarthe • Ricardo Rizo Patrón Olaechea • André Robilliard Escobal • José Luis Rodríguez Guardamino • Marco Patricio Rodríguez Terry • Víctor Rodríguez Macedo • Diana Roig Trelancia • Carlos Rojas Klauer • Miguel Ángel Ronceros Neciosup • Juan José Ruda Santolaria • Milo Ruíz González • Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz Sandoval • Sebastian De Rutté Boiset • Rosario Saco Oliva • María Gracia Sáenz González • Rafael Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rafael Sánchez Ríos • Rocío Saux Valdez • Mauricio Santa Cruz Vásquez • Luis Andrés Schrader Mindreau • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Estefanía Shulca Romero • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissler • Sebastián Soltau Salazar • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chávez • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavelle • Luis Stucchi Díaz • Óscar Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutiérrez • Luciana Tataje Villalobos • Gonzalo Villanueva Llanos • Martín Tayro Cuba • Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge • Jorge Trelles Castro-Mendivil • Óscar Trelles de Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo • Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del Águila • Jessica Valdivia Amayo • Andrés Valdivia Montes • Eduardo Valdizán Sala • José Agustín Valencia-Dongo Medina • Álvaro del Valle Roeder • Óscar Daniel del Valle Salinas • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loayza • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes • Nicolás Vassallo Burneo • Javier de la Vega Gómez • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez • Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel Velarde Saffer • Pedro Mario Vera Ortiz • Verónica Vergaray Béjar • Aarón Verona Badajoz • Inti Vidal Felip • Ramón Vidurruzaga de Amézaga • Diego Villanueva Contardo • Carmen María Villarán Ascenzo • Milagros Villavicencio Pachas • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán • Deborah Woll Castañeda • Rocío Yépez Minaya • Marco Ismael Zaldívar Chauca • Bruno Zanoló Maggiolo • Verónica Zavala Lombardi • Ximena Zavala Lombardi • Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Gloria Zubizarreta Rondón • Fiorella Zúñiga Dede

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Andrés Álvarez-Calderón Larco, Alfredo Bullard González, Rémy Cabrillac, César Candela Sánchez, Juan Pablo de la Puente Brunke, Fernando de Trazegnies Granda, César Delgado Barreto, Luis Diez Canseco Núñez, Ignacio Agustín Falke Bordones, Luis García Corrochano Moyano, Alonso Gurmendi Dunkelberg, David Kennedy, Harold Hongju Koh, Javier Lizaraburu Montani, Julissa Mantilla Falcón, Pedro José Martínez-Fraga, Alexis Meza Mitacc, Julio González Soria, Pablo Moscoso de la Cuba, Fabián Novak Talavera, Michelle Reyes Milk, Nicole Roldán Barraza, Jorge Valdez Carrillo, Rafael Varón Gabai, Piero Vásquez Agüero.

Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales, Centro de Resolución de Conflictos de Miraflores, Editorial Economía & Finanzas, Ernst & Young, Hernández & Cía, Euromotors, Hurtado Abogados, La Unión Corredores de Seguros, Estudio Llacza & Asociados, Estudio Luis Echeopar García, MAS Consulting, Miranda & Amado Abogados, Muñiz, Ramírez & Perez-Taiman Abogados.

Daniela Chang Rodríguez, Aldo Cisneros Jirón, Camilo Clavijo Jave, Carlos Fernando de Trazegnies Valdez, María Paz Delgado Yábar, Manuel Ferreyros Pérez Ízaga, María Alejandra Justo O'Hara, Gonzalo Monge Morales, Mariano Perú Mayandía, Luis Fernando Roca Lizaraburu, Michel Salazar Tarazona, José Antonio Salgado Silva, Christian Wong Vargas.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor.

Raphael Aspíllaga de Páramo, Francesco Balbi Castellano, Eduardo Bedoya Perez, Ramiro Bolaños Flores, Alvaro Castro Reátegui, Alejandra Calderón Santillán, María Paz Delgado Yábar, Manuel Ferreyros Pérez Ízaga, Mary Cielo Núñez Minaya, Michel Salazar Tarazona, Massiel Silva-Santisteban Amésquita.



THEMIS
desde 1965

ENFOQUE  DERECHO
.COM

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN

Nombres

Apellidos

DNI

Teléfono

Dirección

E-mail



Suscripción Anual :

Estudiantes S/. 80.00

General S/. 90.00

Suscripción Bianual:

Estudiantes S/. 150.00

General S/. 170.00

Encuentranos en :  themis.pe

 facebook.com/themis.pe

 twitter.com/themis.pe

THEMIS
desde 1965

Formas de suscribirse

1

Puedes acercarte con tu cupón a nuestra oficina ubicada en:
Facultad de Derecho de la PUCP
Av. Universitaria 1801
San Miguel
Teléfono
(511) 626-2000 Anexo: 5391

2

Puedes depositar el monto correspondiente

Cuenta BBVA:

-Ahorros Soles:

0011-0713-0200024121-52

Cuenta BCP:

-Ahorros Soles:

194-2037501-0-17

Tras realizar el pago, enviar el voucher escaneado

3

También puedes enviarnos un e-mail con los datos descritos en el cupón y el tipo de suscripción deseado al siguiente correo electrónico
suscripciones@themis.pe

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a **editor@themis.pe**

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Se terminó de imprimir en:



 (511) - 3366699
www.printing.com.pe
ventaskinkos@gmail.com
Av. Venezuela 2344 - Lima 1
Junio 2013

THĒMIS

Revista de Derecho



1965 - 2013

THĒMIS

desde 1965

© Asociación Civil THĒMIS, 2013
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themis.pe

63

Diseño y diagramación: Germán Johnson Isuiza

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho** es responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Junio 2013
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2013-08237
ISSN: 1810-9934
Registro de Proyecto Editorial: 21501361200376
Año XXXVIII - Número 63
Tiraje: 1000 ejemplares

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2013
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Teléfono: 626-2000, anx. 5391

Impresión:
Kinko's Impresores S.A.C.
Av. Venezuela 2344 - Lima 1/ Telf.: (511) 336-6699 Fax: 366-5190
ventaskinkos@gmail.com / www.printing.com.pe
Lima - Perú

A lo largo de la historia, las relaciones comerciales y políticas de los Estados han implicado la necesidad colectiva de crear un sistema normativo común que propicie la armonía en las relaciones internacionales. Este sistema normativo común es el **Derecho Internacional**; la rama del Derecho que se encarga de establecer parámetros y límites de actuación en ámbitos internacionales. Así, los Estados asumen derechos y obligaciones frente a otros Estados y frente a los individuos que forman parte de la población de dichos Estados.

La presente edición de **THĒMIS-Revista de Derecho** responde a una coyuntura de particular protagonismo del Derecho Internacional en la escena política nacional, lo que ha generado un especial interés de la sociedad civil hacia el tema durante los últimos meses. Específicamente, estamos *ad portas* de un fallo de la Corte Internacional de Justicia, que definirá –por fin– qué le corresponde al Perú y qué a Chile en cuanto a soberanía marítima al sur de nuestro país.

La disciplina del Derecho Internacional, sin embargo, tiene algunas diferencias con el Derecho interno, las cuales lo presentan como un cuerpo normativo imperfecto y poco coercitivo. Lo cierto es que el Derecho Internacional se basa en la idea del Derecho horizontal, en donde el regulador (el Estado) es también el regulado. Así, los Estados crean Derecho entre ellos, integrando el ordenamiento jurídico internacional. No hay, entonces, un legislador del Derecho Internacional. No obstante, el Derecho Internacional está en un apogeo innegable, demostrado por la cantidad de convenios y tratados suscritos, las organizaciones internacionales dedicadas a temas de protección de Derechos Humanos, y la creación de tribunales internacionales. Esto, sin lugar a dudas, pone en evidencia la eficiencia del Derecho Internacional. Ahora bien, ¿es eficaz el Derecho Internacional?

La labor de la edición **THĒMIS-Revista de Derecho 63** es, entonces, la de difundir el Derecho Internacional como rama holística y eficaz. En ese sentido, tenemos el honor de iniciar el contenido de esta edición con un artículo de Harold Koh, ex decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale y ex Asesor Legal del Departamento de Estado de Estados Unidos, quien nos da una aproximación al sistema normativo internacional y, finalmente, a las razones por las cuales éste puede tener éxito en cuanto a cumplimiento. Seguimos la secuencia de artículos con la participación de Fernando de Trazegnies, quien, recordando su protagonismo en las negociaciones de la paz con el Ecuador, nos relata la historia de cómo se llegó finalmente a un acuerdo de paz definitivo. Así, deja ver qué elementos del Derecho Internacional Público no son recogidos usualmente por la doctrina. Inmediatamente, podrán encontrar la entrevista que THĒMIS realizó a Luis García-Corrochano, en la cual se abarcan temas actuales e interesantes del Derecho Internacional Público.

Dentro de las fuentes del Derecho Internacional, quizá la más comentada sea la de los tratados internacionales. Ésta es una forma de crear Derecho Internacional entre dos o más Estados. Los tratados internacionales pueden versar sobre, por ejemplo, Derechos Humanos. A la sazón, Piero Vásquez ahonda en el rango de los tratados de Derechos Humanos, según el Tribunal Constitucional Peruano. Asimismo, contamos con la participación de Fabián Novak, que analiza los criterios de interpretación de los tratados, en vista de la complejidad de éstos.

Uno de los temas más sonados dentro del Derecho Internacional es el de los Derechos Humanos, que muchas veces suele entrelazarse con el Derecho Internacional Humanitario. Así, la siguiente división está dedicada a Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Alonso Gurmendi inaugura esta sección, detallando la diferencia existente entre ambos y las implicancias que cada

uno conlleva. Continúan Julissa Mantilla, dándonos una visión diferente desde el punto de vista de género, y David Kennedy, quien presenta un enfoque crítico del movimiento internacional de los Derechos Humanos, al señalar que se cae en la tendencia de considerarlos absolutos, así como el excesivo pragmatismo con el que a menudo son aplicados.

Dejando de lado por un momento el ámbito público del Derecho Internacional, le dedicamos dos divisiones al Derecho Internacional Privado. En la primera, César Delgado Barreto analiza el contexto actual y define los retos del Derecho Internacional Privado, mientras que César Candela abarca el ámbito internacional del Derecho de Familia, en cuanto al desplazamiento internacional de menores. La segunda división del Derecho Internacional Privado corresponde al Arbitraje Internacional. Alfredo Bullard, nuevo miembro integrante del Comité Consultivo de THĒMIS, expone una visión innovadora acerca del orden público y sus efectos en la aplicación judicial de laudos arbitrales internacionales. Luego, Pedro Martínez-Fraga examina el divorcio que tiende a existir entre los conceptos jurídicos del Arbitraje Internacional y los procedimientos reales. Culmina Julio González Soria, quien comenta sobre el Arbitraje Internacional Comercial entre Iberoamérica y España.

Hay algunos temas que trascienden las esferas de lo público y lo privado. Es así que, en la siguiente sección, contamos con las participaciones de Jorge Valdez y Alexis Meza en materia de Comercio Internacional. Jorge Valdez examina los desafíos que enfrenta el Perú (país de renta media) en el plano internacional, mientras que Alexis Meza abarca la facilitación del Comercio Internacional. Luego, Pablo Moscoso se ocupa del Derecho del Mar, analizando el caso de las islas en la delimitación de la frontera marítima. Concluye Michelle Reyes abarcando el Derecho Penal Internacional, poniendo en tela de juicio la jurisprudencia de los tribunales ad hoc, y definiendo la línea que la Corte Penal Internacional debe seguir.

En la sección de misceláneas contamos con tres participaciones internacionales. El profesor Rémy Cabrillac, francés, analiza la predominancia del Código de Napoleón en el ordenamiento jurídico francés; mientras Ignacio Falke, argentino, presenta el empréstito público como instrumento de desarrollo a partir del caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y Nicole Roldán, chilena, encuentra los efectos de los clústers en la economía, en comparación a países como Argentina, Brasil, Chile y El Salvador.

Para cerrar esta edición de **THĒMIS-Revista de Derecho**, invitamos a Rafael Varón, viceministro de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales del Perú; Luis Diez Canseco, abogado con estudios de Historia; Javier Lizarzaburu, periodista y líder de la campaña “Lima Milenaria”; Juan Pablo de la Puente, abogado especialista en Patrimonio Cultural; y, Andrés Alvarez-Calderón, director del Museo Larco; a participar de una Mesa Redonda sobre Patrimonio Cultural en el Perú. Los participantes expusieron ideas innovadoras y llegaron a conclusiones muy interesantes respecto de la preservación del Patrimonio Cultural.

En nombre del Consejo Editorial de **THĒMIS-Revista de Derecho**, los invito a disfrutar de éste número tan especial; esperamos que sea de su agrado.

Lima, junio de 2013
EL DIRECTOR

THĒMIS

Revista de Derecho

Publicación editada por alumnos de la Facultad de
Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

2013-1

CONSEJO DIRECTIVO

Eduardo Bedoya Perez (Administración)
Alejandra Calderón Santillán (Desarrollo Social)
Verónica Carrasco Núñez (Seminarios)
Alvaro Castro Reátegui (Financiamiento)
Camilo Clavijo Jave (Publicaciones)
Carlos Fernando de Trazegnies Valdez (Contenido)
Manuel Ferreyros Pérez Ízaga (Actualidad Jurídica)
Israel Huamán Koo (Marketing & Ventas)
Farid Borhan Rifai Bravo (Cursos & Capacitación)

MIEMBROS ACTIVOS

Actualidad Jurídica

Ariana Lira Delcore
Josefina Miró Quesada Gayoso
Michel Salazar Tarazona
Adriana Tapia Quintanilla

Administración

Emily Quispe Cullampe
Otto Acosta Bernedo

Contenido

Aldo Cisneros Jirón
Gonzalo Monge Morales
Luis Fernando Roca Lizarzaburu
Christian Wong Vargas

Cursos & Capacitación

Joseline Pérez Cámara
Francesco Balbi Castellano
Giancarlo Escudero Miranda

Desarrollo Social

Daniela Chang Rodríguez
Tomás Denegri Vargas

Financiamiento

Sergio Avendaño Bavestrello
Maria Fernanda Chanduví Herrera
Sergio Ramírez Cárdenas
Eduardo Reyna Oie
Andrés Toledo Pérez

Márketing & Ventas

Mariliha Corzo Tueros
José Díaz Del Valle
Renato Manrique Portal

Publicaciones

Alejandro Cavero Alva
Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo
Milagros Mutsios Ramsay

Seminarios

Raphael Aspíllaga de Páramo
Ramiro Bolaños Flores
Maria Alejandra Justo O'Hara
Mary Cielo Núñez Minaya
Rodrigo Zaldívar Del Águila

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Avendaño Valdez
Alfredo Bullard González
Guido Calabresi
Carlos Cárdenas Quirós
Robert D. Cooter
Javier de Belaunde López de Romaña
Fernando de Trazegnies Granda
Francisco Eguiguren Praeli

Carlos Fernández Sessarego
Baldo Kresalja Rosselló
Elvira Méndez Chang
Juan Monroy Gálvez
Javier Neves Mujica
Richard A. Posner
George L. Priest

Asociación Civil THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themis@puce.edu.pe; editor@themis.pe
themis.pe

Reseña - Pintura:

THĒMIS-Revista de Derecho tiene el orgullo de presentar en la portada de la presente edición 63 a Joseph Mallord William Turner (1775-1851), pintor inglés y uno de los máximos exponentes de la corriente artística impresionista.

En esta ocasión presentamos su obra titulada “Venice, from the Porch of Madonna della Salute”, realizada en el año 1835. La pintura es un óleo sobre lienzo que se encuentra en el Metropolitan Museum of Art de Nueva York. Esta obra está inspirada en una de las tantas visitas que emprendió Turner a Venecia, ciudad que lo cautivó en su madurez. De todos los atractivos del ducado italiano cabe mencionar la sobrecogedora vista que le ofrecía el Gran Canal, vía acuática de mayor envergadura (alrededor de 4 kilómetros) en Venecia y que se retrata en este óleo, con especial énfasis en estructuras famosas que capturaron la sensibilidad del pintor y que cautivan a los locales y visitantes hasta el día de hoy. En la pintura, se puede distinguir en la orilla derecha del canal el Palacio Delfín Manin, mientras que en su orilla izquierda se podrá apreciar el Palacio Grassi donde Turner se alojó en 1826. Turner, entonces, nos retransmite su nostalgia y admiración por esta joya urbana del Mediterráneo.

Joseph Mallord William Turner nos ha acompañado en dos ediciones anteriores, así como en ésta y en la siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho, haciendo de esta revista un producto coleccionable al presentar cuatro pinturas notables del mismo autor. De tal forma que no sólo los interesados en el Derecho, sino también los amantes del arte, podrán encontrarse identificados con nuestro producto emblemático. THĒMIS, innovar es nuestra tradición.

TEMA CENTRAL: DERECHO INTERNACIONAL

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- Harold Hongju Koh **11**
¿Por qué las naciones obedecen al Derecho Internacional?
- Fernando de Trazegnies Granda **51**
El camino de la Paz
- Entrevista: Luis García Corrochano Moyano **65**
Diagnóstico: El Derecho Internacional, su eficacia y su relación con el Derecho interno

TRATADOS INTERNACIONALES

- Fabián Novak Talavera **71**
Los criterios para la interpretación de los tratados
- Piero Vásquez Agüero **89**
La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los tratados en el Derecho interno

DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

- Alonso Gurmendi Dunkelberg **109**
Lucha contrasubversiva en el Perú: ¿Conflicto armado o delincuencia terrorista?
- Julissa Mantilla Falcón **131**
La importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho: Asumiendo nuevos retos
- David Kennedy **147**
El movimiento internacional de los Derechos Humanos: ¿Aún parte del problema?

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- César Delgado Barreto **161**
Problemática del Derecho Internacional Privado contemporáneo
- César Candela Sánchez **175**
Los derechos fundamentales de la minoridad frente al desplazamiento internacional de niños, niñas y adolescentes: Bases para la intervención del Derecho Internacional Privado Tuitivo de la Familia

ARBITRAJE INTERNACIONAL

- Alfredo Bullard González **185**
“No cometerás actos impuros”: El orden público y el control judicial del laudo arbitral
- Pedro José Martínez-Fraga **201**
La necesidad de armonización de conceptos en los procedimientos de resolución de controversias internacionales: Desarrollando un principio sustantivo de transparencia y de obtención de pruebas en el ámbito transnacional
- Julio González Soria **225**
Apuntes sobre el Arbitraje Internacional Comercial en Iberoamérica y España

TEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

- Jorge Valdez Carrillo **241**
Una agenda nacional renovada: Los desafíos desde el exterior para un país de renta media
- Alexis Meza Mitacc **247**
Facilitación del Comercio Internacional: Un propósito permanente y una práctica necesaria
- Pablo Moscoso de la Cuba **255**
Las islas y sus efectos para la delimitación marítima en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y del Tribunal Internacional del Derecho del mar
- Michelle Reyes Milk **275**
Mandatarios al banquillo: Los legados de la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* y desafíos actuales para la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de los Jefes de Estado en funciones

MISCELÁNEAS

- Rémy Cabrillac **293**
¿Es el *Code Civil* la verdadera Constitución de Francia?
- Ignacio Agustín Falke Bordones **303**
Reflexiones en torno al empréstito público como instrumento genuino de desarrollo de los Estados locales, analizado desde la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Nicole Roldán Barraza **311**
¿Para qué queremos clústers?

MESA REDONDA: El Patrimonio Cultural en el Perú y el Mundo

- Rafael Varón Gabai, Luis Diez Canseco Núñez, Javier Lizarzaburu Montani, Andrés Álvarez-Calderón Larco, Juan Pablo de la Puente Brunke **321**



E S T U D I O

LLACZA

&

ASOCIADOS

NUESTRA FIRMA

Estudio Llacza & Asociados es una prestigiosa firma de abogados, que tiene una amplia y reconocida práctica manejando asuntos vinculados a las distintas ramas del Derecho, especialmente en lo relacionado al Desarrollo Inmobiliario.

Tenemos más de 8 años de experiencia logrando óptimos resultados que reafirman la confianza de nuestros clientes y garantizan día a día nuestro crecimiento.

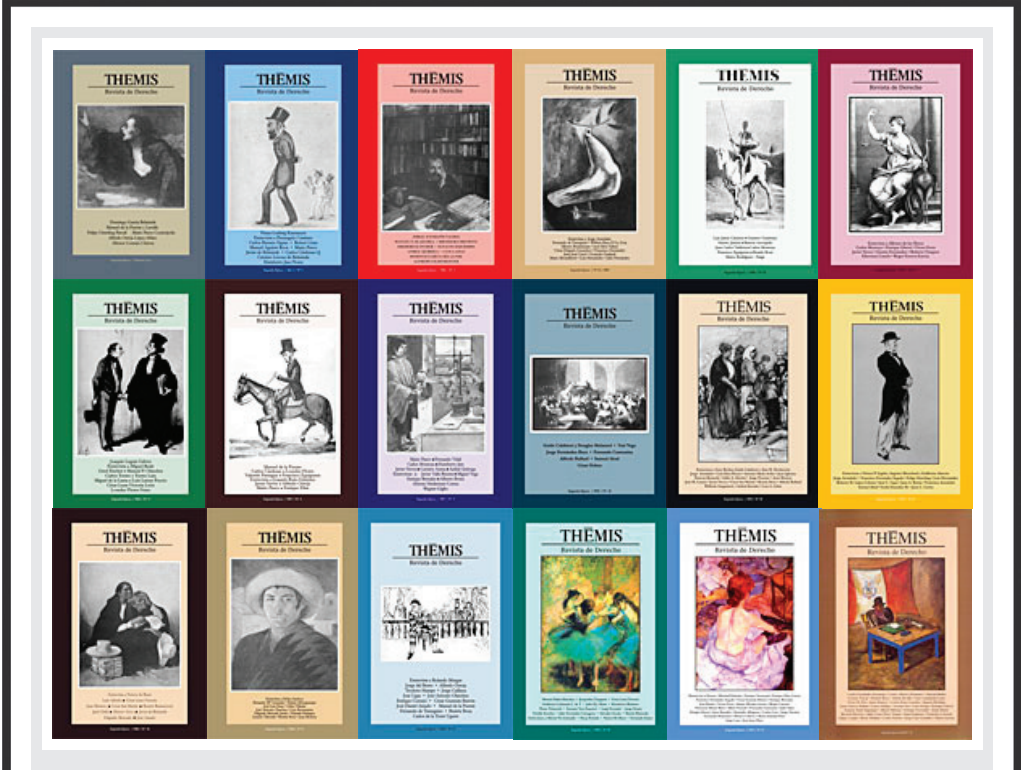
Nuestro objetivo es brindar a nuestros clientes asesoría integral en todas las materias vinculadas al desarrollo de sus proyectos personales y empresariales, contando con especialistas en el Derecho Civil, Registral, Penal, Laboral, Societario y demás ramas del derecho que nos permite solucionar los requerimientos de nuestros muy prestigiosos clientes.

ÁREAS ESPECIALIZADAS

- DESARROLLO INMOBILIARIO.
- DERECHO REGISTRAL
- DERECHO CIVIL
- DERECHO SOCIETARIO
- DERECHO LABORAL
- DERECHO PENAL

STAFF

- Juan José Llacza Cancho
DIRECTOR
- César Eduardo Alvites Carpio
ABOGADO ASOCIADO
- Jaime Grados Corrales
ABOGADO ASOCIADO
- Raquel Morales De La Cruz
ABOGADA ASOCIADA
- Javier Prado Collyns
ABOGADO ASOCIADO



THĒMIS-Revista de Derecho

Un Producto de THĒMIS

**DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO**

¿POR QUÉ LAS NACIONES OBEDECEN AL DERECHO INTERNACIONAL?*

Harold Hongju Koh**

¿Qué impulsa a los Estados a reconocer y comparecer ante normas que ellos no han generado y que ciertamente preceden hasta de un plano ajeno? En el presente artículo, el reconocido profesor de la Universidad de Yale, plantea resolver esta vieja interrogante por medio de un análisis histórico de lo que él ha denominado “La Cuestión del Cumplimiento”. De este modo, se analizan las clásicas dicotomías entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional, así como las corrientes filosóficas que surgieron en torno a la cuestión, culminando el recorrido con las propuestas de autores como Abram Chayes, en contraposición a la tesis de John Rawls.

De este recuento y análisis a partir del devenir de las respuestas dadas a la “Cuestión del Cumplimiento”, se recoge una respuesta íntegra que concilia no sólo los enfoques de Chayes y Rawls, sino que incluso destruye la clásica división entre el Derecho doméstico y el Derecho Internacional, al afirmar que el cumplimiento se garantiza cuando las naciones han interpretado, analizado e interiorizado los dictámenes de las normas internacionales en su ordenamiento local, acoplándolos a su propio sistema de valores.

* El presente artículo tiene como título original “Why do nations obey international law?”. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Aldo Cisneros Jirón y Luis Fernando Roca Lizarzaburu, miembros de la Comisión de Contenido de THÉMIS.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Distinguido con la mención de “Sterling Professor of International Law” por el mismo centro de estudios. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale entre 2004 y 2009.

Esta permanece como una de las más desconcertantes preguntas de las Relaciones Internacionales. Hace poco más de treinta años Louis Henkin declaró: “Casi todas las naciones observan casi todos los principios del Derecho Internacional y casi todas sus obligaciones, casi todo el tiempo”¹. Aunque el trabajo empírico hecho desde entonces parece confirmar a sobremanera ésta cerrada, aunque optimista descripción², los académicos, por lo general, han evadido la pregunta causal: Si los actores transnacionales, por lo general, obedecen al Derecho Internacional, ¿por qué lo obedecen y por qué también lo desobedecen?

La pregunta es fundamental desde una perspectiva tanto práctica como teórica. Desafía a los académicos especializados en los campos del Derecho Internacional y de las Relaciones Internacionales. Esto, debido a que esta pregunta abarca en sí varias áreas relativas a asuntos internacionales, las cuales van desde seguridad internacional hasta políticas económicas desde negocios y transacciones internacionales hasta comercio internacional; desde las leyes que rigen a la Unión Europea, hasta las organizaciones internacionales de diversa naturaleza. Todo esto impone un reto crítico, ya en marcha para la política exterior de los Estados Unidos de Norteamérica, si nos ubicásemos bajo el supuesto de hecho de que nos será impredecible saber cuándo y cómo los diversos Estados llevarán a cabo sus obligaciones respecto a represalias comerciales, protección ambiental, Derechos Humanos, seguridad global y organizaciones supra-nacionales. ¿Cómo podremos contar con el **multilateralismo**, en reemplazo de las clásicas políticas bipolares, como la piedra angular del orden *post* Guerra Fría?

Académicos versados, tanto en Derecho Internacional cuanto en Relaciones Internacionales, han discutido durante siglos acerca

del poder que poseen las leyes más allá de las fronteras; esta cuestión, con el fin de la Guerra Fría, trajo consigo una serie de implicancias que influenciaron las posibilidades del Derecho Internacional, siendo uno de estos efectos el realzar dramáticamente la Cuestión del Cumplimiento³. En la década pasada, se dio con mayor fuerza una creciente percepción en el sentido de que “el Derecho Internacional importa”, lo que ha hecho que los politólogos, teóricos políticos, juristas internacionales y hasta filósofos del Derecho se replanteen la ya mencionada Cuestión del Cumplimiento.

Dos libros recientes, que coronan las carreras de tres reconocidos abogados internacionalistas, representan, a mi parecer, el esfuerzo más comprensivo y sofisticado para abordar esta demandante cuestión. En “La nueva soberanía”, Abram Chayes, profesor de la Universidad de Harvard y actual subsecretario de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, argumenta que la conformidad con el Derecho Internacional se da con mayor frecuencia en regímenes convencionales, es decir, países con un “modelo de gestión”⁴ establecido. Bajo la opinión de Chayes, las naciones obedecen los lineamientos del Derecho Internacional, no necesariamente porque están amenazadas con sanciones en caso de incumplir el Derecho Internacional; sino que, más bien, éstas se encuentran persuadidas porque la dinámica del Derecho Internacional encaja perfectamente con su propia vorágine interna. En otras palabras, existe una coherencia que fundamenta la percepción de que el Derecho Internacional podría estar hecho a la medida de tales naciones. “El instrumento fundamental para mantener la conformidad con los tratados en un nivel aceptable”, y añade, “es un **proceso interactivo y discursivo** entre las partes, la organización que respalda el tratado respectivo y el público circundante”⁵ [El énfasis es nuestro].

¹ HENKIN, Louis. “How nations behave”. Segunda edición. Nueva York: Columbia University Press. 1979.

² En años recientes, académicos tanto del Derecho Internacional cuanto de las Relaciones Internacionales han empezado a realizar estudios empíricos sobre las condiciones que rigen el cumplimiento de los tratados internacionales sobre todo, en materia de comercio. Para tal caso, revisar: ULRICH, Ernst y Gunther JAENICKE. “Adjudication of Trade Disputes in international and national economic Law”. En: American Journal of Comparative Law 40. 1992.

³ A través de la revisión de este ensayo presentaré cuatro tipos de relaciones entre la norma y la conducta manifestada: Coincidencia, conformidad, cumplimiento y obediencia.

⁴ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. Cambridge: Harvard University Press. 1995.

⁵ Ibidem.

En “La Justicia en el Derecho Internacional y sus Instituciones”⁶, Thomas Franck, profesor de la Universidad de Nueva York, sostiene que la Cuestión del Cumplimiento no radica en un modelo de gestión o en una confluencia de dinámicas; sino que se basa, en cambio, en la justicia intrínseca de las leyes internacionales. Influenciado por los argumentos filosóficos recogidos en sus primeros trabajos⁷ y basado en sus Lecturas de La Haya en Derecho Internacional, la visión del profesor Franck del Derecho Internacional expone que las naciones obedecen “leyes carentes de poder” porque éstas, de alguna forma, se hallan empujadas a su cumplimiento bajo un interiorizado sentido de legitimidad y justicia.

Sendos libros son trabajo de adeptos. Ambos reconocen que la transformación moderna del concepto de soberanía ha redefinido el Derecho Internacional; en tal sentido, el Derecho Internacional y sus normas cooperan con la construcción de intereses e identidades nacionales por medio de un proceso basado en discursos justificatorios⁸. Además, la aproximación que Chayes hace desde su perspectiva basada en “modelos de gestión” y la aproximación que Franck realiza desde su concepto de “justicia” en conjunto, no son más que dos expresiones modernas de dos prominentes tradiciones intelectuales en las discusiones ligadas al Derecho Internacional. Personalmente, me refiero a estas como la **tradición procesal** y la **tradición filosófica**. Estas tradiciones intelectuales han defendido históricamente la disciplina ante dos proclamas divergentes: En una mano, la doctrina realista, que sostiene que las leyes internacionales no son estrictamente **leyes**, ya que no son vinculantes y carecen de auténticas sanciones⁹; y en la otra, la postura racionalista, la cual manifiesta que

las naciones solamente obedecen al Derecho Internacional si, y solo si, éste sirve para su propio interés nacional”¹⁰.

Aun así, ambos libros, instructivos como son, dan una aguda visión de una materia mucho más extensa. Ambos, el modelo de gestión y el modelo de justicia omiten, a mi parecer, el actual y minucioso **proceso legal** desarrollado por las **transnacionales**: Esa compleja maraña de **interacción** institucional y mundial, mediante la cual las normas no son solamente debatidas e **interpretadas**, sino que también son **internalizadas** en últimas instancia por los sistemas jurídicos domésticos o nacionales¹¹. Ambas perspectivas fallan al momento de describir cómo es que un discurso basado en la “gestión” o en la “justicia” logra que los lineamientos del Derecho Internacional sean adheridos al Derecho local, al punto de hacerse parte del inventario nacional de valores. Ambos libros evaden la labor de explicar el proceso evolutivo en el cual el cumplimiento coyuntural de ciertas normas deviene en obediencia habitual. Bajo mi punto de vista, tal omisión es pasar por alto el proceso de interacción, interpretación e internalización. Es fundamental entender a profundidad cuáles son los factores que empujan a las naciones a **obedecer** al Derecho Internacional, en lugar de meramente describir su comportamiento.

La primera parte de este ensayo examina la historia de los diversos esfuerzos académicos, a fin de tratar con la Cuestión del Cumplimiento. La segunda parte aborda las teorías de Franck y Chayes, analizando su trasfondo intelectual y sugiriendo en qué aspectos sus planteamientos estarían errados e incompletos. La tercera parte repara en lo que, personalmente, considero una aproximación más completa a fin de entender

⁶ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. Oxford: Clarendon Press. 1995.

⁷ Ver: FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. Nueva York: Oxford University Press. 1990.

⁸ Chayes explica la funcionalidad del proceso discursivo: “Un proceso que incluya el discurso, el razonamiento y la negociación es una fórmula ganadora”.

⁹ Ver: NARDIN, Terry. “Ethical Traditions in International Affairs”. En: NARDIN, Terry y David MAPLE. “Tradition of International Ethics”. Cambridge: Cambridge University Press. 1993. Ver también: KENNAN, George. “American Diplomacy 1990-1950”. Nueva York: Mentor Books. 1984. pp. 95-103.

¹⁰ Ver: HENKIN, Louis. Op. cit. p. 49. “Etiquetar o calificar algo de justo o injusto, deseable o indeseable es meramente una estrategia cínica para motivar a las naciones, dado que si no hay ningún cuerpo o sanción que vele por su cumplimiento las naciones sólo cumplirán con el Derecho Internacional en la medida que este cumplimiento sirve a sus intereses particulares”.

¹¹ Para un desarrollo más detallado de este argumento, ver: KOH, Harold. “Transnational Legal Process”. En: Nebraska Law Review 75. 1996.

por qué las naciones obedecen. Esta visión combina elementos de las dos teorías antes presentadas y criticadas, pero incluye un análisis que se avoca a detallar el proceso de interacción, interpretación e internalización de las normas internacionales.

I. LAS RAÍCES DE LA CUESTIÓN DEL CUMPLIMIENTO

Como la mayoría de las leyes, las del Derecho Internacional rara vez son vinculantes, pero usualmente se obedecen¹². Este fenómeno ha sido estudiado en el contexto de legislación local por psicólogos, filósofos, antropólogos y abogados nacionales¹³ y, curiosamente, se le ha prestado mucha menos atención en el plano internacional. De hecho, la forma en la cual la Cuestión del Cumplimiento ha sido estudiada a través de los años como un proceso moral, filosófico, científico-político y, ahora, como una pregunta empírica, por sí mismo abre una ventana a través de la cual los internacionalistas han optado por pensar y reflexionar sobre el rol del Derecho Internacional. Esta evolución en el pensamiento académico refleja el hecho que la examinación seria ha ocurrido contra el trasfondo de una transformación del Derecho Internacional. Tal transformación ha sido caracterizada bajo una marca distintiva y ésta es la pérdida gradual de soberanía, la increíble proliferación de regímenes internacionales, instituciones y actores no estatales¹⁴, el colapso de la dicotomía público-privada, el rápido avance de las reglas basadas en tratados y la creciente penetración del Derecho Internacional en la escala doméstica. Estas tendencias han reestructurado el escenario

en el cual el Derecho Internacional actúa, estableciendo lo que Franck llama "la era post ontológica"¹⁵.

A. El Derecho Internacional primitivo

Durante el periodo clásico del Derecho Internacional, la pregunta de por qué las naciones obedecen era, a menudo, anexada a la siguiente ¿Por qué **deberían** obedecer? Esta última pregunta fue respondida por una referencia semi-teológica a una **ley superior** o **ley natural**, de la cual el Derecho Internacional era una de sus manifestaciones¹⁶. Antes del Imperio Romano, la religión servía como una fuente de parámetros para las leyes nacionales¹⁷. En el Derecho romano, Gaius definía *ius gentium* en términos de "ley común", o "ley de todos los hombres"¹⁸. El prefacio de las Instituciones Justinianas, publicadas en el año 533 después de Cristo, empieza con una observación respecto a la conexión existente entre el Derecho nacional y el Derecho Natural¹⁹. Durante la Edad Media, el Derecho Internacional o universal emergió con el Derecho Eclesiástico, e incluso ciertos tratados internacionales tenían fuerza legal, aunque fuera solo porque estos eran ratificados bajo juramento, el cual, **siendo un sacramento**, estaba sujeto a ser obligatorio; de lo contrario, se incurría en falta contra la jurisdicción de la Iglesia²⁰.

Los académicos medievales no hacían distinciones entre las leyes locales y las internacionales. En lugar de ver un Derecho nacional, ellos entendían el Derecho como un *ius nature et gentium*; esto es, una ley universal vinculante a toda la humanidad²¹. En esta

¹² Incluso Hans Morgenthau, un crítico feroz del Derecho Internacional, considera que "negar la existencia del Derecho Internacional sólo porque muchas de sus normas no son vinculantes es mentir en la cara de toda la evidencia". Ver: MORGENTHAU, Karl. "Politics among Nations: The Struggle for Power and Peace". Cuarta edición. Nueva York: Alfred A. Knopf. 1978.

¹³ El estudio del cumplimiento en relación a la obediencia de la Ley doméstica ha sido abordada desde un plano interdisciplinario. Entre estos estudios destaca: FRIEDLAND, Martin. "Sanctions and Rewards in the Legal System: A Multidisciplinary Approach". Toronto: University of Toronto Press. 1989.

¹⁴ Como mencioné anteriormente, estas dos tendencias conformaron lo que Chayes denominó **la nueva soberanía**.

¹⁵ FRANCK, Thomas. "Fairness in International Law and Institutions". p. 6.

¹⁶ STARKE, John. "Introduction to International Law". Londres: Butterworths. 1922.

¹⁷ Ver: BEDERMAN, David. "Religion and the sources of International Law in Antiquity". En: JANIS, Mark. "The Influence of Religion on the Development of International Law". Nueva York: Martinus Nijhoff. 1972.

¹⁸ JANIS, Mark. "An Introduction to International Law". Boston: Little Brown. 1988. También ver: NUSBAUM, Arthur. "A concise History of the Law of Nations". Nueva York: The McMillan Company. 1947.

¹⁹ Ver: JUSTINIANO. "De Iure Naturali et Gentium et Civili". Institución 1.2.

²⁰ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 24.

²¹ Ver: DICKINSON, Edwin. "The Law of Nations as Part of the National Law of the United States". En: University of Pennsylvania Law Review 101. 1952.

época, las clásicas distinciones entre lo local y lo internacional, lo público y lo privado, que luego dominarían el marco teórico del Derecho Internacional, aún no habían sido desarrolladas. El Derecho de las naciones había sido diseñado para abarcar lo privado, lo público, lo doméstico, así como las transacciones, incluso incluía las leyes entre Estados e individuos, incluido el Derecho Marítimo (afectando precios, puertos, almirantazgo, etcétera) y el Derecho Mercantil aplicable a las transacciones comerciales internacionales²². El sistema era monista; el Derecho local e Internacional constituían una sola unidad legal, con instituciones domésticas actuando como intérpretes de las normas internacionales²³.

Como un académico resaltó, “la diferencia más notable entre el antiguo y el moderno Derecho Internacional es que en el antiguo radica la eliminación total de un proceso como puente entre las fuentes y la substancia. La mente antigua no puede concebir normas para el comportamiento de la nación más allá de su ordenamiento local y sin mencionar las diversas sanciones por el no cumplimiento de tales leyes”²⁴. Esto último empezó a cambiar a partir del siglo XIV, cuando las distinciones teóricas empezaron a dominar el Derecho Internacional y el discurso legal empezó a aparecer. Los comentaristas italianos, como los profesores Bartolo de Sassoferrato (1313-1357) y Baldo de Perugia (1327-1400) primero inauguraron el Derecho Internacional Privado

como “el conjunto de derechos y deberes de los individuos relacionados a los hechos relevantes que son total o parcialmente internacionales”²⁵. Posteriormente, sería el Derecho anglosajón el que otorgaría un rótulo a esto último, catalogándolo como “conflicto de leyes” (*conflict of laws*)²⁶. En “Seis libros de la República” (1576), el francés Jean Bodin desarrolló una teoría general del Estado, la cual aportó el concepto moderno de soberanía como la fuerza de mando o la matriz del Derecho Internacional²⁷.

En un famoso pasaje del segundo libro “De Legibus ac Deo”, el jesuita español Francisco Suárez (1548-1617) introdujo la noción de la práctica cotidiana que deberían tener las naciones en utilizar el Derecho Internacional como una fuente suplementaria²⁸. El italiano Alberico Gentili, escribiendo desde Oxford, se convirtió quizá en el primer escritor en hacer la separación definitiva entre el Derecho Internacional, y la Teología y la Ética, otorgándole la categoría de jurisprudencia²⁹. Finalmente, Hugo Grocio, el holandés a menudo aclamado como el **padre del Derecho Internacional**³⁰, fue el primer escritor en expresar *ius gentium* no meramente como Derecho Natural, derivado de la razón, sino también, como consecuencia de actos volitivos generados por operaciones independientes de la voluntad humana³¹. Grocio también aportó la noción de una sociedad internacional, una comunidad donde los partícipes están envueltos por un orden legal internacional³².

²² Ver: BERMAN, Harold. “The Law of International Commercial Transactions (*Lex Mercatoria*)”. En: Harvard International Law Journal 19. 1978.

²³ Bajo un enfoque dualista del Derecho Internacional, los individuos vulnerados por naciones extranjeras no tiene ningún derecho inmediato del cual exigir una reparación ante un Estado. Los Estados tomarán tales demandas como parte de su base discrecional y subsecuentemente determinarán si procede el reclamo o no del sujeto vulnerado. Ver: HENKIN, Louis. “The Constitution and United States Sovereignty: A Century of Chinese exclusion and its Progeny”. En: Harvard Law Review 100.1987. Ver también: KOH, Harold. “Transnational Public Law Litigation”. En: Yale Law Journal 100. 1991.

²⁴ BENDERMAN, David. Op. cit. p. 6.

²⁵ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 47.

²⁶ Ver: STORY, Joseph. “Comentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic”. Boston: Hilliard, Gray & Co. 1834.

²⁷ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 56. Ver también: BARTELSON, Jens. “A Genealogy of Sovereignty”. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

²⁸ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 67. Cita a: SUÁREZ, Francisco. “Leibus Ac Deo”. 1612.

²⁹ BRIERLEY, James. “The Law of the Nations”. Oxford: Clarendon Press. 1963. Ver también: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 84.

³⁰ BOUTROS-GHALI, Boutros. “A Grotian Moment”. Nueva York: Editorial Fordham. 1995.

³¹ Ver: NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. p. 104. Ver también: GROCIO, Hugo. “De Jure Belli Ac Pacis”. 1625.

³² Para ejemplificar la vasta literatura escrita como parte de la discusión en torno a los postulados de Grocio y la **sociedad internacional**, sugiero leer a BULL, Hedley. “The Grotian Conception of International Society”. En: BUTTERFIELD, Herbert y Martin WIGHT. “Diplomatic Investigations”. Cambridge: Harvard University Press. 1946.

Entonces, para mediados del siglo XVII, los fundamentos que habrían de gobernar la disciplina del Derecho Internacional ya habían sido establecidos: La disciplina estaba ligada a la jurisprudencia, nacida de la voluntad humana, conducida por el concepto de soberanía, y segmentada en componentes públicos y privados.

B. Derecho Internacional tradicional

El devenir desde el Derecho Internacional primitivo al tradicional trajo consigo un cambio fundamental en el paradigma y en el pensamiento conceptual respecto a la naturaleza de las obligaciones más allá de las fronteras. Como Friedrich Kratchwil había notado: “Los académicos tradicionales tendían a establecer una clara frontera conceptual, que se daba entre Derecho Municipal y Derecho Internacional, además de apreciar el Derecho Internacional en base a las relaciones contractuales. Por lo tanto, se asignaba al concepto de **soberanía contractual** un lugar central en la construcción de los dos órdenes. Los textos primitivos, por su parte, presentan un grupo de **mandatos universales** basados en principios de orden moral, divino o natural, a los cuales los individuos están sometidos. En consecuencia, al señalar el carácter obligatorio del Derecho Internacional, los académicos tradicionales tuvieron que empezar a catalogar ciertos actos como **soberanos**, además de proceder con el análisis a través de casos específicos públicos y privados, a fin de concluir el grado de legitimidad del acto. Mientras, el académico primitivo siempre parte de la noción de **justicia** y procede a analizar a partir de los actores, para luego recién valorar los actos”³³.

En 1648, el Tratado de Westfalia puso fin a tres décadas de guerra, aleccionando su autoridad

sobre la de varios principados europeos. Este evento marcó los sucesos venideros en el Derecho Internacional, ahora basado en los principios fijos de territorialidad y autonomía nacional³⁴. Quienes escribían la historia de las Relaciones Internacionales desde la política estaban poco interesados en cuestionarse por qué las naciones deberían obedecer el Derecho Internacional, viendo la pregunta como ética o filosófica, mas no como científica o empírica³⁵. Con este sistema, el concepto de obligación legal (*opinio juris sive necessitatis*), fue emergiendo como la clave para poder distinguir entre lo que era Derecho Internacional consuetudinario de la práctica voluntaria por la cual los Estados podrían optar, pero siempre eran libres de desobedecer³⁶.

C. La era dual: Del Derecho Natural al positivismo

Desde este punto de vista, se empieza a dar una pequeña aproximación al positivismo, el cual no veía al Derecho Internacional como una derivación del Derecho Natural, mas sí como un constructo social o un constructo humano en base a leyes, tratados y costumbres. Los primeros positivistas, como Thomas Hobbes (1588-1679), Richard Zouche (1590-1661) y Samuel Rachel (1628-1691) rechazaron el razonamiento detrás de la tesis del **Derecho Natural** y, en cambio, establecieron que el Derecho de las naciones es en verdad la ley entre las naciones, la cual consiste tanto en costumbre cuanto en tratados³⁷.

En 1789, las consideraciones en torno al principio de soberanía empezaron a dominar el discurso internacional. Jeremy Bentham acuñó el término “Derecho internacional”³⁸. El mismo término rechazaba la idea monista de un Derecho único, integrado y transnacional, en favor de una noción del Derecho Público

³³ KRATOCHWIL, Friedrich. “Constructivism as an Approach to International Law and Relations”. Georgetown University Paper. 1996.

³⁴ Ver: HENKIN, Louis; PUGH Richard; SCHACHTER, Oscar y HANS SMIT. “International Law: Cases and Materials”. Segunda edición. Saint Louis: West Publishing Co. 1987.

³⁵ Ver: CORBETT, Percy. “Law and Society in the Relations of States”. Nueva York: Harcourt, Brace & Co. 1951.

³⁶ Para una historia del concepto, ver: BEDERMAN, David, “The curious resurrections of custom: Beach access and judicial takings”. En: Columbia Law Review 96. pp. 1375 y 1450-1453. 1996. Para un enfoque filosófico del tema, ver: FINNIS, John. “The Foreign Relations and Law of the United States”. Oxford: Clarendon Press. 1980. pp. 297-298.

³⁷ NUSSBAUM, Arthur. Op. cit. pp. 123-125.

³⁸ BENTHAM, Jeremy. “An Introduction to the Principles of Morals and Legislation”. Londres: Athlone Press. 1970 (el original es de 1790).

de las naciones, el cual operaba en un plano horizontal con solamente actores estatales involucrados. Igualmente importante, Bentham asumió que “las transacciones internacionales planteadas ante cortes municipales siempre fueran decididas por reglas internas y no internacionales”³⁹. Al romper el vínculo normativo entre leyes internacionales y el sistema doméstico, Bentham ayudó a iniciar la era de la teoría dual, en la cual las bases del cumplimiento entre el Derecho local y el Internacional divergían.

A diferencia de la tradición ética, la cual se basaba en el argumento de la justicia para explicar por qué las naciones deberían y obedecerían el Derecho Internacional, el positivismo planteaba un estudio más analítico. La escuela inglesa analítica de jurisprudencia, encabezada por un seguidor de la corriente de Bentham, John Austin, concluyó pronto que las leyes del Derecho Internacional no eran en realidad “Derecho”, porque, a diferencia de las normas domésticas, las leyes internacionales no estaban garantizadas por un ejercicio soberano de la coerción. “Los deberes que el Derecho Internacional impone están sostenidos sobre sanciones morales, por miedo a las naciones, o por miedo a los soberanos que podrían crear un ambiente de **hostilidad** e incurrir en sanciones indirectas en contra de aquel que viole las máximas generalmente aceptadas y respetadas”, escribió Austin⁴⁰.

Aun contemporáneamente, ambos, dualismo y positivismo, afrontaron retos en la práctica y en la teoría. En la práctica, una profunda interpretación de los sistemas doméstico e internacional y una fuerte fijación en los ámbitos público y privado permanecieron como los temas claves del sistema legal. Contrariamente a las afirmaciones de Bentham, los “Comentarios”

de Blackstone habían manifestado que el Derecho Internacional había internalizado completamente el Derecho de las naciones, el cual Blackstone describió como: “El sistema de reglas deducible de las razones naturales y establecidas por consenso universal sobre los habitantes civilizados del mundo, para asegurar el cuidado de la justicia y la buena fe, en aquella relación que podía existir entre dos o más Estados independientes y los individuos que pertenecían a los mismos”⁴¹. Particularmente, cuando Inglaterra se convirtió en el poder predominante en el mundo, el Derecho de las naciones empezó a ser domesticado bajo los márgenes del *Common Law* anglosajón, el cual fue acoplado también a las colonias americanas⁴². Hasta mediados del siglo XIX, los tratados americanos líderes en el Derecho Internacional, particularmente los “Comentarios” del Canciller James Kent (1763-1847) y “Los elementos del Derecho Internacional” por Henry Wheaton (1785-1848), presentaron la ley de las naciones tal como fue discutida por Grocio, Vattel, Bynkershoek y Pufendorf, como completamente internalizada por los primeros principios del sistema legal americano, cuya “creyente observancia es esencial al carácter nacional”⁴³.

Entre los teóricos, el famoso ensayo de Kant escrito en 1795, “La paz perpetua”, constituyó la principal respuesta a los positivistas⁴⁴. Kant, específicamente, hizo un llamado a los gobiernos de tomar en cuenta el consejo dado por los filósofos, y seguir el sendero para que el Derecho Internacional garantice la “paz perpetua”. Kant predicó esta forma de entender el Derecho Internacional no bajo los parámetros utilitarios de Bentham, pero sí a través de un paradigma, bajo el cual, el Derecho Internacional era un medio para asegurar la paz y delimitar un marco para la justicia, la democracia y un liberalismo basado en los Derechos Humanos. Kant sostuvo una tesis que no estaba basada en un gobierno

³⁹ *Ibíd.* p. 296: “Ahora, si se da cualquier tipo de transacción entre dos o más individuos que responden a diferentes Estados, serán los tribunales locales, en su calidad de fueros internos para la justicia, quienes determinarán bajo el sistema doméstico de cuál estado es competente para el caso [...]”.

⁴⁰ AUSTIN, John. “The Province of Jurisprudence Determined”. Londres: Wendenfield & Nicolson. 1954.

⁴¹ BLACKSTONE, William. “Commentaries”. Chicago: The University of Chicago Press. 1968 (el original es de 1765).

⁴² La declaración de independencia estadounidense anunciaba que los recién constituidos Estados Unidos de América tenían entre sus causales de separación con la corona británica el “decente respeto al Derecho por la diferencia de opinión del que goza la humanidad”. Ver: MOYNIHAN, Patrick. “On the Law of Nations”. Cambridge: Harvard University Press. 1990.

⁴³ KENT, John. “Commentaries on American Law”. Nueva York: Ediciones Halsted. 1832.

⁴⁴ Ver: KANT, Emmanuel. “La paz perpetua y otros ensayos”. 1795.

mundial, pero sí en una sociedad con distintos Estados soberanos regidos por una misma ley internacional. En esta sociedad, los vínculos entre los individuos crearían consenso sobre los intereses comunes incluso más allá de las fronteras⁴⁵. Kant creía que estos vínculos transnacionales crearían una interdependencia moral y conducirían, a la larga, a mayores posibilidades para la paz por medio de acuerdos⁴⁶.

Estos debates entre la perspectiva naturalista, positivista, utilitarista e incluso kantiana fueron tomando relevancia en el discurso tradicional⁴⁷.

Coincidentemente, casi al mismo tiempo que el ensayo escrito por Kant apareciera, Bentham escribió su propio ensayo titulado "Un plan para la paz perpetua y universal". En este ensayo, y otro titulado "Objetos del Derecho Internacional"⁴⁸, Bentham recomienda la codificación de leyes no escritas que, sin embargo, son vigentes en base a la costumbre. Estas leyes, una vez codificadas, serían la base de las nuevas convenciones "sobre todos los puntos que permanecen inciertos y en el cual los intereses de dos Estados o más pueden colisionar, perfeccionando el estilo de las leyes de todo tipo u orden, sean internas o internacionales, y creando una corte común para que la judicatura pueda sentar las diferencias entre Estados"⁴⁹.

Al final de este periodo, cuatro posturas identificables habrían emergido en torno a la Cuestión del Cumplimiento. La primera fue la postura establecida por Austin, de tinte positivista y realista. Sostenía que las naciones obedecían el Derecho Internacional "porque no es realmente Derecho".

La tradición filosófica de analizar el principio de obligatoriedad en el Derecho Internacional se dividió en la vertiente utilitaria racionalista de Hobbes, la cual enseñaba que las naciones obedecían el Derecho Internacional y sus mecanismos cuando éste tenía correlato directo con sus intereses, es decir, obedecen al Derecho Internacional cuando éste les sirve, y también en la corriente kantiana, la cual asumía que las naciones generalmente siguen el Derecho Internacional motivadas por un sentido de la moral y la ética, derivadas de la consideración del Derecho Natural y el principio de justicia. Los escritos de Bentham reunirían la cuarta postura basada en que las naciones se encuentran incentivadas de obedecer el Derecho Internacional para probar a las demás naciones su posición como parte de un proceso legal tanto discursivo cuanto productivo.

Con el fin del siglo XIX, la práctica estatal exhibió una creciente tendencia a desarrollar nuevos procesos, leyes e instituciones. Este periodo estuvo marcado por la aparición de incipientes leyes humanitarias y globales, como aquellas que prohibían el comercio de esclavos, tráfico de blancas y piratería, hasta condenar ciertos comportamientos, incluso en contexto de guerra⁵⁰. Podría ser mencionado el Tratado de Berlín de 1878, que consigna la especial protección del Estado para con las minorías religiosas (que sirvió como modelo para la creación del Sistema de Minorías, luego auspiciado por la Sociedad de Naciones⁵¹) y la primera Conferencia por la Paz de La Haya, que estableció la Corte Permanente de Arbitraje (la cual la Sociedad de Naciones luego convertiría en la Corte Internacional de Justicia⁵²).

⁴⁵ Ver: HURRELL, Andrew. "Kant and the Kantian Paradigm in International Law". En: *Review of International Studies* 16. 1990. Ver también: TESÓN, Fernando. "The Kantian theory of International Law". En: *Columbia Law Review* 92. 1992. pp. 53-86.

⁴⁶ Para mayores explicaciones sobre la posición kantiana, la cual sostiene que el comportamiento de las naciones debe estar basado en una moral internacional globalmente alcanzada y aceptada, recomiendo leer: DOYLE, Michael. "La filosofía de Kant respecto al Derecho y las Relaciones Internacionales". En: *Philosophy and Public Affairs* 12. 1983.

⁴⁷ Ver: KUNZ, Josef. "Natural Law thinking in the Modern Science of International Law". En: *American Journal of International Law* 55. 1961.

⁴⁸ BENTHAM, Jeremy, "The Work of Jeremy Bentham". Una recopilación de ensayos ilustrativos escritos entre 1786 y 1789. Ver también: "An Introduction to the Principles of Morals and Legislation". pp. 412-415.

⁴⁹ *Ibid.* p. 554.

⁵⁰ Ver: MOYNHAN, Ethan. Op. cit. p. 20. Ver también: NADELMANN, Ethan. "Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society". En: *International Organization* 44. 1990.

⁵¹ Ver: THORNBERRY, Patrick. "International Law and the right of minorities". Oxford: Clarendon Press. 1991.

⁵² Ver: BEDERMAN, David. "The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907." En: JANIS, Mark. "International Courts for the Twenty-First Century". La Haya: Kluwer Academic Publishers. 1992.

Estas tendencias terminaron por fusionarse en lo que sería el naciente Derecho Internacional, al menos en materia de Derechos Humanos. Particularmente, hubo también grandes exponentes de formas⁵³, sobretodo en la creación de lo que he denominado “moral transnacional”, como William Wiberforce y la Sociedad Británico Extranjera Anti esclavitud; Henry Dunant y el Comité Internacional de la Cruz Roja, e incluso activistas pacifistas y cristianos, como el America’s William Ladd and Elihu Burritt, que promovió el Arbitraje Internacional Público, y cortes internacionales permanentes⁵⁴.

La Primera Guerra Mundial interrumpió estos sucesos, empujando a los académicos a retratar y analizar el nuevo régimen legal surgido tras el Tratado de Versalles⁵⁵. El periodo de entreguerras fue el tiempo de desarrollo de estas tesis. La constitución de la Sociedad de Naciones limitó el uso de la guerra como un medio soberano para ejercer la política nacional. La Organización Mundial del Trabajo se convirtió en la primera organización inter-gubernamental permanente, cuyo único propósito era ocuparse de cómo mejorar las condiciones requeridas para el bienestar social, y la Conferencia de París discutió propuestas para solucionar conflictos surgidos del nacionalismo⁵⁶.

Estos tempranos pasos políticos a fin de construir instituciones estimuladas por el pensamiento de entreguerras fueron el factor clave en la promoción del cumplimiento en relación a las normas del Derecho Internacional. En uno de sus trabajos modernos, sobre todo referente a la Cuestión del Cumplimiento, Alfred Verdross, en

su obra “Le Fondement du Droit International”⁵⁷, identificó la principal causa del cumplimiento como una convergencia entre los valores y los intereses de la nación, lo que la conduce a establecer tales tratados y acuerdos⁵⁸. En los años venideros, el académico de Oxford, James Brierly escribió “Las Bases de la Obligación en el Derecho Internacional”⁵⁹, construida en base a las tesis de Vedross, con la añadidura de la idea de que las naciones obedecen el Derecho Internacional partiendo de una necesidad de preservar la “solidaridad” para con un Estado aliado que le sirva en sus intereses⁶⁰.

Este periodo de entreguerras modificó la dinámica con la cual aparecían estas diversas corrientes de pensamiento en torno a la Cuestión del Cumplimiento, mezclando en el proceso el factor de la solidaridad y el factor de la reputación⁶¹. Para el momento de la Segunda Guerra Mundial, la Cuestión del Cumplimiento se había dividido en cuatro tendencias: Realista, racionalista, kantiana y procesal (la cual incluía el principio de la solidaridad con los otros miembros de la comunidad internacional).

D. La era de las instituciones

Tras la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial, los arquitectos del sistema de la posguerra reemplazaron la costumbre de centrar las leyes en el plano estatal para, en cambio, apostar por un ambicioso orden positivista, construido sobre la base de instituciones y constituciones: Instituciones internacionales gobernadas por acuerdos multilaterales organizando soluciones proactivas ante los diversos

⁵³ Ver: NADELMANN, Ethan. Op. cit. p. 482.

⁵⁴ Para obtener mayor información sobre el trabajo transnacional de Wilberforce y el movimiento anti-esclavista británico, revisar: FLADELAND, Henry. “Men and brother: Anglo american anti-slavery cooperation”. Urbana: University of Illinois Press. 1972.

⁵⁵ Ver: BERMAN, Nataniel. “The paradoxes of legitimacy: Case Studies in International Legal Modernism”. En: Harvard International Law Journal 32. 1991.

⁵⁶ Como David Kennedy había notado, en 1918 se da, en efecto, un corte entre el Derecho Internacional y las instituciones internacionales. Esta etapa sería lo que Cardozo denominaría “el fin de una era en la cual el Derecho Internacional, salvo contadas excepciones, estaba confinado meramente a la regulación de las relaciones entre dos Estados distintos”. 1993.

⁵⁷ Recueil des Cours. 244. 1927.

⁵⁸ Verdross argumentaba que “el deber de los estados en sus relaciones recíprocas”. Deriva de “una norma supraconsensual (*pacta sunt servanda*) y una vez que el contenido de esta norma se veía validado por el consentimiento fundaba un nuevo sistema internacional. Ver: BERMAN, Nataniel. Op. cit. p. 585.

⁵⁹ Recueil des Cours. 458. 1928.

⁶⁰ Ver: BRIERLY, James. Op. cit. p. 56. Allí describe una teoría del cumplimiento análoga a los planteamientos de Krabbe.

⁶¹ La literatura académica de esta era, pese a todo, permaneció en su mayoría influenciada bajo el paradigma dualista, reforzada por los trabajos de dos teóricos dualistas, Triepel y Anzilotti, los cuales sostenían que no se puede concebir un sistema de leyes vinculantes si se separa un régimen del otro.

temas internacionales que pudiesen surgir. Estas constituciones globales se basaban en la responsabilidad institucional para declarar leyes particulares en el plano internacional. El conflicto político, por ejemplo, estaría regulado por las Naciones Unidas y sus órganos constituyentes bajo las premisas de la Constitución de las Naciones Unidas que insta a los países abstenerse del uso unilateral de la fuerza⁶².

El sistema de las Naciones Unidas fue complementado con una variada mezcla de agencias especializadas, órganos funcionales y múltiples pactos de defensa basados en el respeto de la soberanía e integridad territorial. Conflictos económicos destructivos, por su parte, serían mitigados a través del sistema de Bretton Woods, el cual proveía la disposición que sería el Banco Mundial el encargado de supervisar el desarrollo y crecimiento internacional, y el Fondo Monetario Internacional tendría por obligación monitorear el balance de pago y los Acuerdos Generales de Tarifas y Comercio. Ambos organismos en conjunto dirigirían los principios internacionales del liberalismo y del capitalismo de mercado⁶³. Estas instituciones económicas globales fueron reforzadas por comunidades económicas regionales como la Comunidad Económica Europea, gobernada por su propio tratado constituyente.

Esta compleja red de Derecho positivo reconceptualizó el Derecho Internacional como un medio creativo para organizar las actividades y relaciones entre diversos actores transnacionales, una categoría que ahora incluía organizaciones inter-gubernamentales con capacidad de decisión independiente. Dentro de este intenso marco global normativo, se imaginaron normas legales que reflejarían preocupaciones sistémicas internacionales en

lugar de intereses particulares. La globalización y la regulación económica hicieron fuertes incursiones en la ahora establecida distinción entre el Derecho Público y Privado. Mientras tanto, la perspectiva de Integración regional europea de la legislación nacional e internacional, junto con el crecimiento post-Nuremberg de las publicaciones sobre Derecho Internacional y Derechos Humanos, así como su potencial, planteó grandes desafíos teóricos a la distinción dualista entre lo municipal y lo internacional⁶⁴.

Uno de los más conocidos tratados legales de esta era, escrito por Grenville Clark y Louis Sohn, "Paz Mundial mediante el Derecho Mundial", llegó a proponer un modelo de aplicación de la ley penal para hacer cumplir las normas internacionales, con las grandes potencias de las Naciones Unidas que actúan conjuntamente como las policías del mundo⁶⁵. Sin embargo, casi de inmediato, la intensa bipolaridad de la Guerra Fría representa esta visión positivista como una aldea *potemkin*. En lo que respecta en particular a la utilización de la fuerza, el orden de la Guerra Fría pronto parecía un "sistema revolucionario", una "sacudida por las rivalidades de poder inexpiables y conflictos ideológicos en una organización internacional que [se] ve reducida a la impotencia"⁶⁶. "El sistema se mantuvo dualista, particularmente en los Estados Unidos, donde el Derecho Internacional y el nacional continuaron como sistemas separados"⁶⁷.

Durante estos años, el Derecho Internacional cayó en gran descrédito público. Particularmente en los Estados Unidos, la corriente realista llegó a dominar el pensamiento sobre la Cuestión del Cumplimiento. Mientras tanto, la corriente kantiana en particular cayó en el

⁶² Para las descripciones más ricas de este período sugiero leer: TOWNSEND, Hoopes y Douglas BRINKLEY. "FDR and the creation of the UN". New Haven: Yale University Press. 1997. También ver: URGHART, Brian. "A life in peace and war". Nueva York: Harper and Row. 1987.

⁶³ El General Agreement on Tariffs and Trades (GATT), por supuesto, fue solo un documento que se intentó aplicar hasta la creación de la Organización Internacional del Comercio.

⁶⁴ Los juicios de Tokio y Nuremberg no sólo galvanizaron el movimiento mundial por los Derechos Humanos, sino que también reformularon el concepto de soberanía una vez que las naciones negaron que el Derecho Internacional sólo es aplicable a Estados, es decir también se redefinieron los alcances del Derecho Internacional.

⁶⁵ Ver: GRENVILLE, Clark y Louis SOHN. "World Peace Through World Law". Segunda edición. Cambridge: Harvard University Press. 1960.

⁶⁶ HOFFMANN, Stanley. "International Organization and the International System". En: Janus and Minerva: Essays in the Theory and Practice of International Politics. Boulder: Westview Press. 1987.

⁶⁷ Ver: KOH, Harold. Op. cit. Aquí se describe el impacto de la Corte Suprema estadounidense en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*. 1964.

descrédito, descartada al ser percibida como una especie de gobierno mundial basado en pensamientos moralistas y utópicos, los cuales, al igual que la estrategia de apaciguamiento, jugó en las manos del bloque comunista. Uno de los principales críticos de este enfoque, George F. Kennan, memorablemente remarcó: “Estamos ante un inútil enfoque legalista, moralista a los problemas internacionales”, es decir, “la creencia ingenua de que debería ser posible suprimir las caóticas y peligrosas aspiraciones de los gobiernos en el ámbito internacional por la mera aceptación de algún sistema de reglas y restricciones legales”, lo cual sería un “enfoque que ha dominado nuestra política exterior durante los últimos cincuenta años”⁶⁸.

Especialmente en los Estados Unidos, el desdén realista de la Guerra Fría hacia la utopía del Derecho Internacional desató un continuo alejamiento esta esta rama del Derecho y las Relaciones Internacionales. A pesar de que ambas ramas de estudio cubren, en gran medida, el mismo terreno intelectual, empezaron a evolucionar independientemente, proponiéndose distintas metas y alcanzando distintas conclusiones acerca de la influencia del Derecho en las relaciones internacionales⁶⁹. A partir de entonces, ambas disciplinas empezaron a aceptar una silenciosa división, definida por los distintos objetivos que ambas buscaban alcanzar. Los estudiosos de las Relaciones Internacionales se bañaron en realismo, tratando al Derecho Internacional como una disciplina ingenua y fuera de discusión. Los abogados internacionalistas, en cambio, cambiaron su enfoque y buscaron metas bastante más humildes; discutir cuáles eran las normas del Derecho Internacional y cómo estas se aplicaban a casos particulares; ocasionalmente discutían cuál regla era la que se debía aplicar.

Durante esta época también, los filósofos del Derecho montan la más sostenida crítica

sobre la fuerza de obligatoriedad del Derecho Internacional. Hans Kelsen, a diferencia de John Austin, quien concebía el Derecho Internacional como un sistema no impuesto por mandato soberano, afirmó, en cambio, que el Derecho Internacional constituye una forma primitiva de Derecho, basado en la libre disposición⁷⁰. Herbert Hart, aceptando el desafío, argumentó que el Derecho Internacional carece de dos características que se consideran centrales en el concepto mismo de la ley: En primer lugar, “las normas secundarias de cambio y adjudicación que prevén la legislatura y los tribunales”, y en segundo lugar, “una regla unificadora que permita el reconocimiento, especificando ‘fuentes’ de la ley y el establecimiento de criterios generales para la identificación de sus reglas”⁷¹.

Hasta que los actores dentro de la comunidad internacional internalicen tanto las normas guías de reconocimiento cuanto las normas secundarias para ordenar el nuevo sistema, decía Hart, el Derecho Internacional sólo podrá consistir en un conjunto de normas primarias, en las cuales las naciones sólo verán un modelo moral, sin nada que las obligue a obedecerlo. En efecto, Hart define la noción misma de “obediencia” del Derecho Internacional, y la distingue del concepto de “cumplimiento”. Las normas internacionales, por tanto, son las que los países pueden cumplir o incumplir, pero no “obedecer”, en el sentido de la aceptación o la incorporación de esas normas a la legislación nacional interna, es decir hay obediencia, mas no necesariamente **legalidad**.

Sin embargo, incluso en esta época, el Derecho Internacional como auténtico productor de fuerza coercitiva tuvo sus defensores dentro del campo de las Relaciones Internacionales. Teóricos de la escuela kantiana americana de tendencia liberal internacionalista⁷² y la escuela británica **grociana** de la “Sociedad

⁶⁸ KENNAN, George. Op. cit. p. 95.

⁶⁹ Ver: BOYLE, Francis Anthony. “World Politics and International Law”. Durham: Duke University Press. 1985. pp. 3-76.

⁷⁰ Ver: KELSEN, Hans. “Principles of Public International Law”. Nueva York: Holt, Rinehart and Winston. 1952. pp. 417-418.

⁷¹ Ver: HART, Herbert. “The concept of law”. Segunda edición. Cambridge: Harvard University Press. 2004. Ver también: MACCORMICK, Neil. “The Legal Reasoning and the Legal Theory”. Oxford: Clarendon Press. 1978. p. 284.

⁷² Stanley Hoffmann había calificado al **internacionalismo liberal** como una de las dos grandes corrientes ideológicas mundiales tras la Segunda Guerra Mundial, la otra ideología que Hoffmann consideraba era el comunismo. Ver: HOFFMANN, Stanley. “The crisis of Liberal Internationalism”. En: Foreign Policy 98. 1995.

Internacional” continuaron argumentando a favor de la pertinencia del Derecho Internacional⁷³. Ambos, sin embargo, seguían emitiendo un análisis vago sobre cómo precisar por qué las naciones obedecen. Posteriormente, se publicaría el libro “Sistema Internacional y el Derecho Internacional”, en 1965, en el cual un destacado internacionalista liberal escribió que “la base de la obligación es la misma en cada ordenamiento jurídico: Una conciencia entre los sujetos que este orden es necesario si se quiere llegar a un fin común”⁷⁴.

Teóricos europeos, tal vez menos impulsados emocionalmente por una necesidad de apoyar la hegemonía estadounidense, nunca aceptaron plenamente un cisma entre el Derecho Internacional y las Relaciones Internacionales⁷⁵. Estudiosos ingleses como Martin Wight (1913-1972) y Hedley Bull (1932-1985) desarrollaron la idea de una conciencia común entre los Estados. Sobre la base de la cadena “solidaria” identificada por Brierly y Verdross, invocaron expresamente la noción de Grocio concerniente a desarrollar una “sociedad internacional”. Dentro de esta sociedad internacional⁷⁶, razonaron, las naciones cumplirían el Derecho Internacional por razones esencialmente comunitarias: No sólo a causa de los cálculos de costo-beneficio sobre transacciones particulares, sino también porque las reglas particulares se anidan dentro de un tejido mucho más amplio en un curso de relaciones comunitarias que terminan por incluir a los Estados.

Surgió un enfoque basado en Kant y Grocio para analizar las nociones estadounidenses emergentes dentro del proceso legal internacional. Esta corriente siguió dos caminos distintos: La llamada “Ciencia Política” o “Escuela de New Haven de Derecho Internacional”, pionera en Yale por Myres McDougal, Harold Lasswell, y sus asociados⁷⁷, y el **enfoque de la abogacía** fundado en Harvard, el cual se cristalizó en la “Escuela del Proceso Legal Internacional” de Abram Chayes, Thomas Ehrlich, y Andreas Lowenfeld⁷⁸. Ambas corrientes argumentaron que el cumplimiento de los actores transnacionales con el Derecho transnacional podría ser explicado por referencia al proceso por el cual estos actores interactúan en una variedad de foros públicos y privados. A través de este proceso interactivo, se sugiere que el Derecho ayuda a traducir las reivindicaciones de autoridad legal sobre el comportamiento meramente nacional.

Las dos escuelas de la teoría del proceso legal crecieron de raíces distintas. La escuela de New Haven surgió de la escuela americana de realismo legal, la cual se concentró en la interacción entre las reglas y los procesos sociales al momento de enunciar la ley⁷⁹. Dicha escuela buscó “desarrollar una crítica funcional al Derecho Internacional en términos de fines sociales [...] la cual debe concebir al sistema legal como un **proceso** y no una condición”⁸⁰. “Dentro del proceso de toma de decisiones”, escriben McDougal y Lasswell, “el centro de nuestro interés está en el proceso legal, con lo

⁷³ Ver: BULL, Hedley. Op. cit. p. 39.

⁷⁴ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. p. 149.

⁷⁵ Andrew Hurrell argumentó que “uno de los planteamientos más impactantes de la Europa previa a 1914 era como pocos teóricos aceptaran la dicotomía entre la sociedad doméstica y la anarquía internacional”. En: HURRELL, Andrew. “International Society and the study of Regimes: A reflective approach”. En: RITTBERGER, Volker. “Regime Theory and International Relations. Oxford: Clarendon Press. 1993.

⁷⁶ Ellos definieron la sociedad internacional como “un grupo de Estados, o mejor dicho, un grupo de diferentes comunidades políticas independientes, que no necesariamente han de conformar un sistema, en el sentido que el comportamiento de cada una de las naciones es un factor necesario para el cálculo que puedan realizar las otras respecto a lo acontecido por obra de un actor, sin embargo, el diálogo y el consenso serán las reglas de uso corriente en estas relaciones, reconociendo nuestro interés común por mantener nuestros acuerdos”.

⁷⁷ Como la mayoría de escuela la escuela de New Haven no incluía todos los abogados internacionalistas que residían en New Haven. Uno de los estudiantes de esa escuela manifestó: “La escuela de New Haven no describe los diferentes procesos y decisiones que se dan en la comunidad internacional por medio de la clásica dicotomía entre el Derecho nacional y el Derecho Internacional, sino que describe esta variable en términos de la interpretación e **inter penetración** de diversas fuentes de autoridad exterior en la brújula doméstica, es decir, establecer patrones comunes dentro y fuera de las fronteras.

⁷⁸ Ver: CHAYES, Abram, Thomas EHRlich y Andreas LOWENFIELD. “International Legal Process”. Nueva York: Little, Brown & Co. 1968.

⁷⁹ Ver: LASSWELL, Harold. “Jurisprudence for a free Society: Studies in Law Science and Policy”. New Haven: New Haven Press. 1992. pp. 249-267.

⁸⁰ Ver: ROSCOE, Pound. “Philosophical Theory and International Law”. Citado en: MCDUGAL, Myres. “International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception”. 1995. p. 137.

cual nos queremos referir al proceso de toma de decisiones autoritativas y de control”⁸¹. En su forma moderna de escuela de “orden público internacional”, los líderes de la escuela de New Haven, Myres McDougal y Michael Weisman, argumentaron que el Derecho Internacional es en sí mismo un “proceso constitutivo mundial de toma de decisiones autoritativas” y no un simple juego de reglas cuyo fin es la imposición mundial de los derechos que conlleva la dignidad humana, diseñado para servir a fines y valores particulares a través de un complejo sistema de control⁸².

Casi simultáneamente, Chayes, Ehrlich y Lowenfeld publicaron una compilación de casos estudiados, la cual se tituló “Proceso Legal Internacional”, que pretendía ilustrar el papel de la ley en el proceso de las decisiones políticas en el ámbito internacional. A diferencia de la escuela de New Haven, que se basó en la escuela nacional de Yale de la Ciencia Política, Chayes y sus colegas señalaron explícitamente a Henry Hart y sus famosos materiales nacionales inéditos, y a Albert Sacks en su obra “El Proceso Legal”. Los materiales de Chayes, deliberadamente, “cruzan a través de las categorías del Derecho Internacional, por lo que muchas veces son concebidos como ‘Derecho Internacional Público’, ‘organizaciones internacionales’ o ‘problemas legales de negocios internacionales’”⁸³. Preguntaban explícitamente “¿cómo y qué tanto debían la ley, los abogados y las instituciones legales operar para afectar el curso de los asuntos internacionales? ¿Cuál es el proceso mediante el cual se ajustan los intereses y se toman las decisiones en el escenario internacional?”⁸⁴.

La escuela de Hart y de Sacks había hecho la reclamación relativamente estrecha de que las técnicas legales y de doctrina no son una mera auto-definición, sino más bien se desarrollan a partir de la interacción

entre las instituciones y los procedimientos, ejercidos en casos particulares frente a foros tanto públicos cuanto privados. Aplicado al Derecho Internacional, Chayes y sus colegas argumentaron que este proceso interactivo opera de una forma bastante particular, ya que en gran medida se desarrolla sin especificar la asignación de recursos, la organización de la actividad e incluso cómo resolver y contener los conflictos. Los materiales de Chayes eran más descriptivos que prescriptivos, haciendo la modesta afirmación de que la Ley no suele ser determinante en los asuntos internacionales, pero que “la Ley es importante y el papel de los abogados es aún más importante”⁸⁵. Sin negar la importancia de las normas jurídicas sustantivas, el equipo Chayes sostuvo, caso tras caso, que el proceso legal asigna la competencia de toma de decisiones entre actores a cargo de esas decisiones, sean nacionales o internacionales, y en particular especifica regulaciones para determinados temas, refrena y reorganiza el comportamiento nacional particular, y se relaciona con la situación política, económica y cultural establecida en cada Estado. Como el propio Chayes más tarde lo puso, los teóricos internacionales del proceso legal creen que el Derecho Internacional y el doméstico afectan a la acción política mediante su operación conjunta “primero, como una limitación de la acción; en segundo lugar, como la base de la justificación o legitimación de la acción, y tercero, como fuente que proporciona estructuras organizativas, procedimientos y foros “en el que las decisiones políticas pueden ser alcanzadas”⁸⁶.

Aunque algunos estudiosos del Derecho Internacional se mantuvieron abiertos y exclusivamente afiliados a la escuela internacional del proceso legal, las dos caras del proceso legal pronto se convirtieron en la tradición dentro de la cual se define la mayor parte

⁸¹ MCDUGAL, Myres y Harold LASWELL. “The identification and Appraisal Diverse Systems of Public Order”. En: American Journal of International Law 53. 1959.

⁸² Como miembro prominente de esta escuela, Dame Rosalyn Higgins declaró: “El Derecho Internacional es un proceso, un sistema de toma de decisiones, no es meramente un sistema neutral para la aplicación de reglas”.

⁸³ CHAYES, Abram, Thomas EHRlich y Andreas LOWENFIELD. Op. cit. p. 81. Los temas incluidos en este acápite van desde adjudicación, Derecho doméstico, tratados bilaterales y multilaterales hasta comercio, regulación y demás acuerdos de orden económico.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibid.* p. 49.

⁸⁶ CHAYES, Abram. “The Cuban Missile Crisis: International Crisis and the Role of Law”. Nueva York: Oxford University Press. 1974.

de América después de la guerra, como la corriente en la cual la mayoría de especialistas en Derecho Internacional comenzaron a operar⁸⁷. La escuela de New Haven ha sostenido que el Derecho Internacional no es un conjunto de normas, sino un proceso de autoridad en la toma de decisiones⁸⁸. Myres McDougal y Michael Reisman han desarrollado el reclamo de la Ciencia Política en varias áreas del Derecho Internacional Público⁸⁹, junto con académicos de tan diversa orientación política como Richard Falk⁹⁰, John Norton Moore⁹¹, Rosalyn Higgins⁹², y Bums Weston⁹³, con quienes compartió la metodología del proceso de la escuela sin adoptar sus fines sociales o sus valores políticos. Mientras tanto, Abram y Antonia Chayes persiguieron siempre el aplicar el análisis jurídico internacional de procesos, sobre todo en áreas como el control de armas y el uso de la fuerza⁹⁴; Roger Fisher hizo lo mismo para las negociaciones internacionales⁹⁵, y Milton Katz, Kingman Brewster⁹⁶ y Andreas Lowenfeld⁹⁷ para las transacciones comerciales internacionales; Richard Lillich de los Derechos Humanos internacionales⁹⁸; Frederick Kirgis para organizaciones internacionales⁹⁹, y John Jackson¹⁰⁰ y Robert Hudec para Derecho Mercantil Internacional¹⁰¹.

Sin embargo, durante estos años, es sorprendente que pocos estudiosos intentaron plantear respuestas directas a la pregunta de por qué los países obedecen. Para la Escuela del Proceso Legal Internacional, el intento más completo apareció en el muy citado libro de Louis Henkin "Cómo se comportan las Naciones", publicado por primera vez en 1968¹⁰². Una lectura atenta de Henkin permite que uno se detenga en la discusión de la "política de observancia de la ley", donde muestra que su defensa del Derecho Internacional se basa en gran medida en precedentes utilitarios, locales y racionalistas¹⁰³. Parte, pues, del supuesto "de que las naciones actúan de forma deliberada y racional, después de ir reuniendo cuidadosamente y sopesar con precisión todos los hechos y factores pertinentes se tomará una decisión". Además, Henkin postula "que, salvo un acto irracional poco frecuente, las naciones no dejan de considerar las obligaciones internacionales, a menos que su violación garantice un importante saldo de ventaja sobre el costo"¹⁰⁴. Pudo identificar varios factores en las Relaciones Exteriores y en el ámbito doméstico, sin separarlos de aquellos factores que dependían del interés nacional

⁸⁷ Ver: KOH, Harold. Op. cit. p. 207.

⁸⁸ Ver: Simposio "McDougal's jurisprudence: utility, influence and controversy". En: American Society of International Law 79. 1985. pp. 283.

⁸⁹ Para una visión más completa de la vasta literatura, recomiendo consultar autores como McDougal y Lasswell, sobre todo en su publicación conjunta: "Human Rights and World Public Order". 1980.

⁹⁰ Ver: FALK, Richard. "The Status of Law in International Society". Princeton: Princeton University Press. 1970. pp. 642-659.

⁹¹ Ver: NORTON MOORE, John. "Prolegomenon to the Jurisprudence of Myres McDougal and Harold Lasswell". En: Virginia Law Review 54. 1968.

⁹² Ver: HIGGINS, Rosalyn. "Problems and Process". Oxford: Clarendon Press. 1994. pp. 89.

⁹³ Ver: BURNS, Weston; FALK, Richard y Anthony D'AMATO. "International Law and World Order". Segunda edición. Saint Paul: West Publishing. 1990.

⁹⁴ Ver: CHAYES, Abram. "The Cuban Missile Crisis: International Crisis and the Role of Law". p. 94. Aquí, el autor discute el uso del Derecho en la política exterior de los Estados Unidos. Para mayor información, ver: CHAYES, Abram. "An Inquiry in to the workings of Arms Control Agreements". En: Harvard Law Review 85. 1961.

⁹⁵ Ver: FISHER, Roger. "Bringing Law to Bear on Governments". En: Harvard Law Review 74. 1972.

⁹⁶ Ver: KATZ, Milton. "Law of International Transactions and Relations". Londres: Stevens & Sons. 1960.

⁹⁷ Ver: LOWENFELD, Andreas. "International Economic Law". Charlottesville: University of Virginia Press. 1975.

⁹⁸ Ver: LILLICH, Richard. "International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice". Boston: Little Brown. 1991.

⁹⁹ Ver: KROB, Frederic. "International Organizations in their Legal Setting". 1977.

¹⁰⁰ Ver: JACKSON, John. "The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations. 1989.

¹⁰¹ Ver: HUDEC, Nathan. "Enforcing International Trade Law". Pie de página número 2. 1968.

¹⁰² Ver: HENKIN, Louis. "Politics: Values and Functions". En: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de la Haye 216. 1989.

¹⁰³ *Ibid.* p. 49.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 47.

o en temas de reputación¹⁰⁵. Ni siquiera las “razones domésticas” distinguían claramente entre los factores derivados de la identidad nacional¹⁰⁶, que resultan de la incorporación al Derecho interno de normas internacionales¹⁰⁷ o que constituyen motivos burocráticos o psicológicos relacionados a la “aceptación interna”¹⁰⁸. Henkin reconoció que “con la aceptación [de las normas internacionales] viene la observancia, la costumbre y la inercia de la continua observancia”¹⁰⁹. Sin embargo, ninguna parte explora el grado en el cual la observancia del Derecho Internacional es en sí misma una actividad constructivista, que se alimenta en aras de modificar la legislación interna, reformar la burocracia nacional y cambiar la actitud de los actores, es decir, de los tomadores de decisiones nacionales.

La escuela de New Haven, en cambio, siguió un curso que era, a la vez, expresamente normativo y abiertamente científicista¹¹⁰. En el mismo año en que el análisis de Henkin apareció, su colega de Columbia, Oscar Schachter busca responder a la pregunta de por qué las naciones obedecen aplicando los aportes de Lasswell-McDougal como marco para la investigación en el proceso global de la autoridad la toma de decisiones¹¹¹. Schachter ofreció “una definición ‘procesal’ del formación de obligación”¹¹², argumentando que “cinco procesos constituyen las condiciones necesarias y suficientes para

el establecimiento de un marco jurídico obligatorio”¹¹³. Pero, al final, Schachter concluyó: “[T]odo el proceso que tiene por fin el degenerar obligaciones es intencional, si está dirigido a la satisfacción de intereses y demandas humanas, por lo tanto, penetrante y ‘orientado a un análisis valorativo’”¹¹⁴. Con el tiempo, New Haven se convirtió en el foco primordial de la escuela de orientación hacia el valor, llegando a preocupar incluso a los que simpatizaban con sus ambiciones metodológicas. Así, conectando el proceso y el contexto con una serie de valores normativos, los críticos decían que la escuela de New Haven sostenía la idea de que “un tratado o norma internacional podía no ser cumplido o cumplida si éste o ésta no concordaba con alguna finalidad fundamental de la comunidad internacional”¹¹⁵, un fin muchas veces equiparable a los intereses internos de los Estados Unidos. Algunos años después, el mismo Schachter llegó a lamentar que “subordinando la ley a la política, el enfoque de McDougal disuelve las restricciones impuestas por las reglas y abre el camino a las políticas subjetivas disfrazadas de Derecho”¹¹⁶.

Así, al final de esta era, la tradición del proceso había divergido en dos corrientes distintas: El enfoque de la escuela del Proceso Legal Internacional, que concibe el proceso como una herramienta para la restricción de la política de

¹⁰⁵ Entre otros factores de la política exterior, Henkin incluye el interés común de mantener las relaciones internacionales en un contexto amigable, es decir, que a través de sus comportamientos, la mayoría de las naciones tiende a mantener un ambiente de cordialidad y entendimiento a fin de cuidar su reputación y sus intereses.

¹⁰⁶ Henkin se basa en la separación de poderes y en la carta constituyente de cada Estado como ejemplos de lo que él ha denominado “factores políticos domésticos” los cuales interactúan con los factores internacionales a fin de crear un orden jurídico único.

¹⁰⁷ Ver: HENKIN, Louis. Op. cit. p. 67.

¹⁰⁸ *Ibíd.* pp. 58-63.

¹⁰⁹ *Ibíd.*dem.

¹¹⁰ La escuela de New Haven había argumentado que el Derecho Internacional, no es sino el resultado final de un proceso autoritario para la toma de decisiones, influido por el contexto social y que promueve el cumplimiento de intereses comunes y reconoce valores transnacionales y culturales como la dignidad humana.

¹¹¹ Ver: SCHATCHER, Oscar. “Towards a Theory of International Law”. En: *Virginia Journal of International Law* 8. 1968.

¹¹² *Ibíd.* p. 319.

¹¹³ *Ibíd.* p. 307. Los factores contemplados por Schachter fueron: (i) La designación de un comportamiento o de una serie de comportamientos requeridos; (ii) la comprobación de la capacidad y voluntad de los actores en el proceso; (iii) la determinación de cierta **audiencia** que pudiera emplear este caso como un precedente; (iv) transmisión de los comportamientos requeridos a la audiencia antes referida; (v) la aceptación por parte de la audiencia del caso particular como un precedente vinculante que podrá ser empleado en la defensa de su interés en un eventual proceso análogo.

¹¹⁴ *Ibíd.* p. 319.

¹¹⁵ Ver: Simposio “McDougal’s jurisprudence: Utility, influence and controversy”. p. 271. Aquí se remarca y profundiza la tesis de Schachter.

¹¹⁶ Ver: DUXBURY, Neil. “Patterns of American Jurisprudence”. Oxford: Clarendon Press. 1995. p. 197.

los Estados, frente al enfoque de la escuela de New Haven, que lo ve como una justificación de la política internacional. La escuela de New Haven vio el Derecho Internacional como un proceso en sí mismo, dedicado a la institución de una serie de valores normativos, mientras que la escuela del Proceso Legal Internacional vio dicha rama del Derecho como un conjunto de reglas promulgadas por una comunidad pluralista de los Estados, bajo cuyo contexto se cobija el proceso de toma de decisiones entre los Estados¹¹⁷.

Al final, ninguna escuela intentó, mucho menos ofreció o propuso, una convincente explicación de por qué los países obedecen. Hasta que los Chayes retomaron la pregunta varias décadas después, la escuela de Proceso Legal Internacional sólo sugirió, pero nunca explicó, por qué el participar en el proceso lleva a las naciones a obedecer. La Escuela de New Haven fusionó la ley con la política, y al hacerlo, concluyó con demasiada facilidad que lo que constituye la política correcta es, *per se*, legal. Por asumir que los países más poderosos no pueden desobedecer al Derecho Internacional, pues ellos lo crean, la escuela de New Haven “perdió de vista el rasgo distintivo del Derecho, en tanto método de control social, quitando a la ley su esencia normativa con el pretexto de hacer más rígida la disciplina”¹¹⁸.

E. Interdependencia y transnacionalismo

Entre las décadas de 1970 y 1980, el panorama legal había cambiado significativamente, dado que durante estos años se dio el vertiginoso crecimiento de los regímenes e instituciones internacionales¹¹⁹, de la mano con la proliferación de actores no estatales¹²⁰, así como una creciente interpenetración de productos nacionales en sistemas económicos internacionales. Todos estos factores inauguraron los que se conocería como la era de las “relaciones transnacionales”, definidas por

un erudito como “interacciones regulares más allá de las fronteras nacionales, en las cuales al menos uno de sus agentes es un agente no estatal o no funciona en nombre de un gobierno nacional o una organización intergubernamental”¹²¹. De esta forma, las empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales y personas privadas resurgieron como actores importantes en el escenario transnacional. En particular, durante la crisis del petróleo de la década de 1970 se puso de relieve la interdependencia entre la política y la economía en la nueva economía transnacional, y se creó la disciplina de la economía internacional¹²². Esta materia, en lugar de centrarse estrictamente en los Estados-nación como actores globales, se enfocó más bien en buscar las redes transnacionales entre los actores no estatales, instituciones internacionales y estructuras políticas nacionales como importantes fuerzas que median en la sociedad internacional, es decir hallar la estructura detrás de los actores sin centrarse exclusivamente en los mismos.

La pregunta ahora impuesta a los estudiosos de Relaciones Internacionales es ¿cómo, a pesar de la bipolaridad del régimen de la Guerra Fría, la cooperación interestatal había persistido? Tales expertos se hallaban en una posición en la cual no podían ignorar el notable crecimiento del acceso de la población a beneficios como la educación formal, así como también fueron testigos del avance de los regímenes informales, públicos y no públicos que promovieron la evolución de las normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones y cómo los Derechos Humanos, el control de armas, el Derecho Económico Internacional, y el Derecho Ambiental Internacional habían creado un nuevo paradigma, más diverso y menos centralizado. En respuesta a todas estas nuevas variables a considerar, los institucionalistas liberales y los economistas

¹¹⁷ Ver: Simposio “McDougal’s jurisprudence: utility, influence and controversy”. p. 267.

¹¹⁸ HOFFMAN, Stanley. “The study of International Law and the Theory of International Relations”. En: American Society of International Law 57. 1963. pp. 26-27.

¹¹⁹ JACOBSON, Harold. “Networks of Interdependence”. Nueva York: Alfred A. Knopf. 1979.

¹²⁰ Ver: MANSBACH, Richard. “The Web of World Politics, Non-State Actors and the Transformation of International Relations”. 1976. Del mismo autor: “Pressure Groups in the Global System: The Transnational Relations of issue oriented Non-Governmental Organizations”. Nueva York: St. Martin’s Press. 1982.

¹²¹ RISSE-KAPPEN, Thomas. “Bringing Transnational Relations Back In”. Cambridge: Cambridge University Press. 1995.

¹²² KEOHANE, Robert y Joseph NYE. “Power and Interdependence”. Boston: Little Brown. 1997. pp. 12-15.

político- internacionales desarrollaron, finalmente, la denominada **teoría de régimen**, la cual era un estudio detallado de principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones, que confluyen en determinadas áreas temáticas¹²³. “Al hacer esto, ellos cambiaron el enfoque de la investigación del funcionamiento de las organizaciones internacionales *per se* por un fenómeno más amplio, la **cooperación internacional**, las relaciones **interinstitucionales**, como se ejemplifica en los regímenes internacionales de mantenimiento de la paz internacional¹²⁴ o de gestión de la deuda externa”.

De un solo golpe, este análisis ha creado un nuevo marco teórico para el Derecho Internacional dentro de la teoría las Relaciones Internacionales y la Ciencia Política, siendo este último campo el que ha llegado a reconocer que las normas jurídicas, de hecho, fomentan el cumplimiento del régimen de normas, proporcionando canales para la solución de controversias, la demarcación e incluso para la activación de acciones de represalia, sin mencionar que los Estados requieren que se les proporcione información sobre las implicancias del cumplimiento. El principal trabajo teórico sobre el cumplimiento en esta época fue hecho por los politólogos Robert Keohane¹²⁵, Robert Axelrod¹²⁶ y Oran Young¹²⁷. Pero, como los seguidores de Chayes irónicamente suelen relatar acerca de las diferencias que existen entre el trabajo elaborado por un abogado y el realizado por un politólogo, lo que más choca a un abogado internacionalista al leer esta clase de literatura –un estudio de Ciencia Política– es la persistente renuencia, y hasta rechazo, de los científicos políticos de mencionar “la palabra con L (Ley)”¹²⁸. Por otra parte, los teóricos del

régimen decidieron explicar la cooperación casi en su totalidad en términos racionalistas: Ellos entendieron que el cumplimiento del Derecho Internacional resulta casi en su totalidad en los beneficios funcionales que proporciona dicho cumplimiento, es decir que tanto el cumplimiento puede afectar o servir a sus intereses particulares¹²⁹.

Los racionalistas por su parte, dominaron por completo la teoría de las Relaciones Internacionales durante los ochentas con su análisis funcionalista de por qué los países obedecen el Derecho Internacional. En Estados Unidos, el estudio de los procesos legales continuó dominando el estudio del Derecho Internacional¹³⁰. Siguiendo el ejemplo de Chayes, Ehrlich y Lowenfeld, los estudiosos del Derecho comenzaron a evitar, como restringiendo intencionalmente, la tradicional dicotomía en las categorías público/privadas y nacionales/internacionales en favor de lo que Philip Jessup había llamado “Derecho transnacional”, el cual había sido definido para abarcar “toda ley que regula las acciones o eventos que trascienden las fronteras nacionales” y que incluye “tanto el Derecho Internacional Público como el Privado, más otras reglas que no terminarían por caber en su totalidad en estas categorías estándar”¹³¹.

Al revisar el libro de casos de Harvard, originalmente desarrollado por Milton Katz y Kingman Brewster, Henry Steiner y Detlev Vagts optaron por centrarse en los “problemas legales transnacionales”. Dicha categoría es expresamente mixta, mezclando Derecho nacional e Internacional, y Público y Privado, a través de áreas temáticas que van desde los Derechos Humanos, el Comercio y el Medio

¹²³ KRASNER, Stephen. “International Regimes”. Ithaca: Cornell University Press. 1983.

¹²⁴ KEOHANE, Robert. “Two Cheers for Multilateralism”. En: Foreign Policy. 148. 1985. pp. 165.

¹²⁵ KEOHANE, Robert. “Cooperation and Discord in the World of Political Economy”. Princeton: Princeton University Press. 1984.

¹²⁶ Ver: AXELROD, Robert. “The evolution of cooperation”. Nueva York: Basic Books. 1986. Ver también: TAYLOR, Michael. “Anarchy and Cooperation”. Londres: Wiley. 1976; Del mismo autor: “The possibility of Cooperation”. Cambridge: Cambridge University Press. 1987.

¹²⁷ YOUNG, Oran. “Compliance and Public Authority: A Theory with International Applications”. Ithaca: Cornell University Press. 1979.

¹²⁸ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 303.

¹²⁹ Ver: KEOHANE, Robert. “International Institutions: Two Approaches”. En: KEOHANE, Robert. “International Institutions and State Power”. Boulder: Westview Press. 1992. pp. 125-158.

¹³⁰ En los años de la posguerra, las Relaciones Internacionales se volvieron “La ciencia social predominante en Norteamérica”. Y esto se expresa explícitamente en la siguiente publicación: HOFFMANN, Stanley. “An American Social Science: International Relations”. En: Daedalus 106. 1977.

¹³¹ JESSUP, Philip. “Transnational Law”. New Haven: Yale University Press. 1956.

Ambiente, hasta abarcar inclusive los negocios internacionales y la política exterior de EE.UU.¹³². Todos los temas de transacciones legales, dijeron ellos, “ocupan distintas posiciones a lo largo de un espectro cuyos extremos son lo ‘nacional’ y lo ‘internacional’, lo ‘privado’ y lo ‘público’” y que puede ser revisado usando términos procesales genéricos¹³³.

El libro de casos de Steiner y Vagts no es una pieza teórica que pueda ignorarse a la ligera, ya que inauguró lo que ahora se denomina como el estudio explícito del **proceso legal transnacional**: La teoría y la práctica de la forma en la que actúan los actores públicos y privados, incluyendo los Estados-Nación, las organizaciones internacionales, las empresas multinacionales, empresas, organizaciones no gubernamentales y particulares, todos terminan por establecer relaciones en una serie indeterminada de foros públicos y privados, nacionales e internacionales para luego, interpretar, asimilar y aplicar las normas del Derecho Transnacional¹³⁴. Lo que distingue al **proceso legal transnacional** de su antepasado, el **proceso legal internacional** es su concentración en el carácter transnacional, normativo y constitutivo del proceso legal global.

Al centrarse en las transacciones transnacionales, la aproximación fue expresamente **no tradicional**, yendo más allá de la histórica dicotomía entre lo privado/público, y lo nacional/internacional ya que los actores a estudiar no se agotan, ni siquiera, en los Estados-Nación. Al centrarse en la contraposición del proceso legal con aquellos estudios de corte más político o social, el enfoque examinó el carácter distintivo de

la ley como un medio de ejercer autoridad y control social entre elementos dispares. Este acercamiento enfatizó la normatividad de la ley: Cómo las normas legales generadas por la interacción que se acontece entre los actores transnacionales moldean y guían las futuras transacciones. Al enfocarse menos en áreas relacionadas con temas particularmente substantivos y concentrarse en aquellas relacionadas a temas trans-substantivos, dicho enfoque remarcó el hecho de que la ley internacional es, al mismo tiempo, dinámica y constitutiva, en el sentido de que opera para reconstituir los intereses nacionales, sirve a estos y, a su vez, crea un precedente sobre el cual apoyar los mismos¹³⁵.

Muchos de los escritos en revistas de Derecho Internacional entre los años 1970 y 1980 abrazaron estudios particulares, es decir, centrados en la evaluación de incidentes por separado en base a una teoría general. De esta forma, fueron examinados casos, demandas, y episodios institucionales que pusieron de manifiesto la riqueza del proceso legal transnacional¹³⁶. Sin embargo, la única monografía que abordó la cuestión de cumplimiento a cabalidad, es decir, en términos de un proceso legal transnacional, fue la que elaboró Roger Fisher¹³⁷. Rechazando tanto las distinciones entre lo público/privado como lo doméstico/internacional, Fisher adoptó un enfoque netamente transnacional¹³⁸. Su argumento ha sido reconocido por la importancia que tuvo al promover el cumplimiento de la interacción institucional regular¹³⁹, la interpretación de las normas¹⁴⁰ y la interiorización de tales normas a las escalas locales de diversas naciones receptoras¹⁴¹.

¹³² Ver: STEINER Henry; KOH, Harold y Detley VAGTS. “Transnational legal problems”. Cuarta Edición. Nueva York: West Group. 1994.

¹³³ *Ibid.* p. 141.

¹³⁴ Ver: KOH, Harold. *Op. cit.* En: 183-184.

¹³⁵ KLOTZ, Audie. “Norms Reconstituting Interests: Global Racial Equality and U.S Sanctions Against South Africa”. En: *International Organization* 49. 1995.

¹³⁶ REISMAN, Michael y Andrew WILLARD. “International Incidents”. Princeton: Princeton University Press. 1988.

¹³⁷ FISHER, Roger. “Improving Compliance with International Law”. Charlottesville: University of Virginia Press. 1981.

¹³⁸ *Ibid.* p. 17.

¹³⁹ Fisher distinguió entre lo que él denominó “cumplimiento de primer orden”, el cual era el cumplimiento en base a una clara interiorización de las normas y “cumplimiento de segundo orden”, donde hay aun aparente incumplimiento pero el actor rápidamente desiste de su incumplimiento.

¹⁴⁰ Es importante tener en cuenta las siguientes instituciones domésticas como las cortes, ya que éstas están perfectamente en capacidad de denunciar violaciones contra las leyes del Derecho Internacional.

¹⁴¹ Como Fisher escribió: “Uno de las mejores maneras para incrementar el respeto inicial que una nación tiene ante el Derecho Internacional es tener leyes substantivas a escala local que puedan interrelacionarse con las normas internacionales que se pretende introducir”.

Ahora bien, si el libro de Fisher marcó la respuesta que la **escuela del proceso** daba a los racionalistas, Thomas Franck, desde la Filosofía del Derecho, responde que es el poder de las naciones lo que justifica la legitimidad y da sentido al proceso. Durante estos mismos años, se produjo también el resurgimiento del kantismo en toda su amplitud, manifestándose en la jurisprudencia angloamericana, y con ella, un renacimiento de la tradición filosófica kantiana, tanto en las Relaciones Internacionales¹⁴² cuanto en el Derecho Internacional¹⁴³. De esta forma, aplicando esta filosofía en las Relaciones Internacionales, se recurre a lo que Kant llamó **el compromiso a un triple conjunto de derechos**: En primer lugar figura “la libertad de la autoridad arbitraria, a menudo llamada la ‘libertad negativa’”; en segundo lugar, “los derechos necesarios para proteger y promover la capacidad y las oportunidades, las ‘libertades positivas’ y, como tercer factor, “el liberalismo democrático como sistema circundante y garante de los acuerdos sostenidos”¹⁴⁴.

Respecto a la aplicación de estos valores como fuente de legitimidad del Derecho Internacional, Franck planteó la siguiente pregunta: “¿Por qué lo hacen?, ¿Por qué potentes y poderosas naciones obedecen reglas impotentes?”¹⁴⁵. Explícitamente adaptando la teoría y la terminología de Ronald Dworkin, John Rawls y Jürgen Habermas, Franck respondió: “[L]a obediencia se reside pues en que, como Estados, perciben que ante la desobediencia se establecería un precedente legítimo de descrédito institucional, lo cual podría afectar al Estado desobediente o a sus intereses en el futuro”¹⁴⁶. Tomemos, pues, en cuenta que en este texto se definió la legitimidad como “la característica que posee una norma o institución para ejercer

una atracción hacia cumplimiento, dado que el Estado, en cuanto es institución, reconoce sus principios en esta legitimidad y concibe estos principios comúnmente aceptados como propios y elementales del proceso correcto”¹⁴⁷. Afirmando que “la legitimidad ejerce una atracción para el cumplimiento que es fortalecida por la calidad de la regla” y partiendo de esta máxima, Franck propuso cuatro indicadores de la legitimidad de una norma: Primero, su claridad o “determinación”; segundo, su validación simbólica por medio de formalidades; tercero, su coherencia conceptual y, finalmente, su adhesión al “proceso justo” o su conformidad con la “jerarquía normativa organizada” del sistema de reglas internacionales¹⁴⁸.

Como era de esperar, el análisis de Franck atrajo críticas por parte de cada una de las otras escuelas, las cuales enfocaron la mayoría de sus ataques en la Cuestión del Cumplimiento. Funcionalistas, como Robert Keohane, argumentaron que el esfuerzo de Franck por vincular la “legitimidad” y la conformidad era esencialmente circular, esto es, que redundaba y no era concluyente, además de considerarlo carente de un nexo de cuestión causal importante¹⁴⁹. Otros kantianos auto-proclamados criticaron a Franck por exaltar la legitimidad sobre la justicia y construir, así, un principio “que sacrifica la moralidad y la primacía del respeto a la autonomía individual en favor de la regularidad del procedimiento”¹⁵⁰.

Sin embargo, la crítica más encarnizada vino de la “nueva corriente” de críticos del estudio del Derecho Internacional, los cuales rechazaron la afirmación de Franck sobre “cumplimiento por legitimidad”, a la cual calificaron como “otra versión del positivismo liberal neo-kantiano”¹⁵¹. Muy pocos de estos académicos trataron de

¹⁴² Ver: DOYLE, Michael. Op. cit.

¹⁴³ Ver: TESÓN, Fernando. Op. cit.

¹⁴⁴ Ver: DOYLE, Michael. Op. cit. pp. 206-207. Ver también: BEITZ, Charles. “Political Theory and International Relations”. Princeton: Princeton University Press. 1979.

¹⁴⁵ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. p. 3.

¹⁴⁶ *Ibíd.* p. 24.

¹⁴⁷ *Ibíd.* p. 25.

¹⁴⁸ *Ibíd.* pp. 41-207. Franck establece una relación análoga entre la legitimidad de las normas internacionales con las convenciones sociales e incluso con el reglamento un club social.

¹⁴⁹ KEOHANE, Robert. “International Relations and International Law: Two Optics”. Discurso en la Escuela de Derecho de Yale. 1978.

¹⁵⁰ TESÓN, Fernando. Op. cit. p. 95.

¹⁵¹ KOSKENNIEMIMI, Martti. “Social Theory and the Vanishing of International Law”. American Journal of International Law 86. 1992. pp. 175-177.

abordar por su cuenta la pregunta respecto a la conformidad que Franck enmarcó, en parte porque veían al Derecho Internacional como algo indeterminado y, por ello, encontraron incoherente la noción de un actuar estatal “afín” a dictámenes y pautas internacionales¹⁵². De este modo, defendiendo el principio de que “El Derecho Internacional no tiene poder”, los académicos izquierdistas se aliaron, de algún modo, con los políticos realistas de derecha¹⁵³ dado que compartían elementos comunes ambos consideraban al poder bruto como la base y requisito indispensable para motivar y consumir el cumplimiento.

F. Después de la Guerra Fría: El nuevo orden mundial

El fin de la Guerra Fría y el colapso subsiguiente de un mundo basado en la bipolaridad inauguró una nueva era. La era de **la Ley global** en la cual vivimos ahora. En los vertiginosos días que le siguieron a la caída del Muro de Berlín, el futuro parecía inusualmente brillante para el “Nuevo Orden Mundial” que abanderaba Occidente con los Estados Unidos de América. El escenario era propicio; la democracia estallaba por todas partes¹⁵⁴. El multilateralismo y las normas internacionales parecían resurgir con la derrota de Saddam Hussein en la Operación Tormenta en el Desierto¹⁵⁵. La Unión Soviética hizo un notable cambio de actitud, primero acogiendo el Derecho Internacional¹⁵⁶ y luego, al desintegrarse, dejando a los Estados Unidos como la única “nación indispensable del mundo”¹⁵⁷. El Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, NAFTA) y el Tratado de Maastricht terminaron por marcar toda una nueva vitalidad para la organización regional y la liberalización del comercio. Pero la euforia se desvaneció de golpe, así como las

posibilidades de la nueva ley global¹⁵⁸. Cuando el comunismo se derrumbó, los Estados no adoptaron una **monovisión** occidental como se previó, sino que se fragmentaron incluso en su plano doméstico; el fin del mundo bipolar expuso a las naciones que se encontraban bajo su esfera a que perdieran la identidad común que las acogía, lo cual provocó violentas oleadas de nacionalismo étnico. El caso más conocido es lo que fue una guerra brutal de campañas genocidas en la antigua Yugoslavia. Las organizaciones regionales como el NAFTA y la Unión Europea, así como regímenes mundiales de comercio y medio ambiente, se enfrentan ahora a los inclementes retos que trajo consigo esta nueva transición global: El intervenir en conflictos internos cuando estos afectan los Derechos Humanos o la misma estabilidad de la región; la siempre presente discusión sobre la disolución y ocupación de los Estados fallidos como Somalia, Ruanda y Haití por sus profundas crisis, sin mencionar que tales tragedias entre otros efectos sociales, provocaron un notable flujo de refugiados que empezaron a desafiar la compasión global y a los políticos de turno¹⁵⁹.

La era posterior a la Guerra Fría ha sido testigo de cómo el Derecho Internacional, los actores transnacionales, las decisiones y compromisos asumidos en los foros, y los modos de regulación fueron mutando en formas híbridas fascinantes. El Derecho Internacional comprende ahora una mezcla compleja de costumbre, ley positiva, ley declarativa¹⁶⁰ y de Derecho blando¹⁶¹; tales factores no tratan simplemente de ratificar el sistema vigente, sino de legitimarlo. La soberanía como prisma absoluto de las Relaciones Internacionales ha perdido su predominancia, por lo cual, en materia de Derecho Internacional no estamos ante un paradigma único, sino más bien ante una especie

¹⁵² PURVIS, Nigel. “Critical Legal Studies in Public International Law”. Harvard Law Review 32. 1991. pp. 81-110.

¹⁵³ Comparar KENNAN, George. Op. cit. con PURVIS, Nigel. Op. cit. p. 110.

¹⁵⁴ ACKERMAN, Bruce. “The Future of Liberal Revolution”. New Haven: Yale University Press. 1992.

¹⁵⁵ Ver: “Transcript of News Session by President Bush”. New York Times. 23 de Agosto de 1990. Página A 16.

¹⁵⁶ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. p. 169.

¹⁵⁷ “The Inauguration: Transcript of President Clinton’s Second Inaugural Address to the Nation”. New York Times. 21 de Enero de 1997. Página A 14.

¹⁵⁸ HOFFMANN, Stanley. Op. cit. Loc. cit.

¹⁵⁹ LOESCHER, Gil. “Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis”. Oxford: Oxford University Press. 1993.

¹⁶⁰ CHODOSH, Hiram. “Neither Treaty nor Custom: The Emergence of Declarative International Law”. En: Texas International Law Journal 26. 1991. p. 87.

¹⁶¹ PROSPER, Weil. “Towards Relative Normativity in International Law”. En: American Journal of International Law 77. 1983. pp. 413-414.

de **cubo Rubik** con una variedad abrumadora de secuencias, caras y combinaciones. En tal sentido, los Estados-Nación, las organizaciones inter-gubernamentales regionales, las organizaciones no gubernamentales, y los regímenes y las redes informales no son jugadores independientes, sino por el contrario, son organismos dependientes entre sí para impulsar la nueva dinámica internacional¹⁶².

El sistema internacional se ha ido convirtiendo en uno de tipo **neomonístico**, esto es, con nuevos canales abriéndose a la interpretación del Derecho nacional e internacional a través de decisiones judiciales, ejecutivas y legislativas, siendo el Derecho Internacional un producto de distintas fuentes que no deja de ser un *corpus* único que cobija a la variedad de actores antes descrita¹⁶³. Por ello, nuevas formas de resolución de conflictos¹⁶⁴, de acción ejecutiva, toma de decisiones administrativas y de gobierno, así como la legislación, se han convertido en parte de un proceso legal transnacional que influye en la conducta nacional, transforma los intereses nacionales, y ayuda a constituir e incluso reconstruir identidades nacionales¹⁶⁵, dando a entender que el Derecho Internacional no es sólo una vía para la consecución de intereses particulares, sino donde manifestar y hasta formar una identidad nacional.

En los últimos cinco años, estos avances han devuelto, una vez más, la pregunta sobre el cumplimiento al centro del escenario de la polémica académica, lo cual se hace manifiesto en las revistas de la teoría internacional. Es así

como un significativo número de estudiosos de Relaciones Internacionales han abordado partes del problema, particularmente en las áreas de control ambiental y tráfico de armas, los cuales se encuentran en vertiginoso auge¹⁶⁶. Por su parte, especialistas en Ética Internacional han seguido examinando la cuestión, por lo general, desde una perspectiva tan Kantiana como Rawlsiana¹⁶⁷. Además, un número pequeño, pero creciente, de especialistas en Derecho Internacional han comenzado a explorar los problemas en torno a la Cuestión del Cumplimiento desde una perspectiva interdisciplinaria¹⁶⁸. Entre los estudiosos del Derecho y de las Relaciones Internacionales interesados en las normas, se ha venido dando un valioso y revelador diálogo interdisciplinario que, además de complementar ambos enfoques, parece compenetrarlos, al punto que algunos estudiosos incluso sugieren que se considere a estos avances como una emergente *joint discipline* para examinar la cuestión de cumplimiento y las cuestiones conexas¹⁶⁹.

Tras estos incidentes, la literatura referida al cumplimiento ha seguido tres vías explicativas distintas; cada una tiene sus orígenes en una de las raíces históricas de la Teoría de Cumplimiento¹⁷⁰. La primera, como es lógico, es una teoría instrumental-racionalista, que ve las normas internacionales como instrumentos mediante los cuales los Estados tratan de conseguir y garantizar sus propios intereses, tales como la estabilidad, riqueza, poder, etcétera¹⁷¹. Estudiosos de las relaciones internacionales, como Robert

¹⁶² WEISS, Thomas y Leon GORDENKER. "NGO's, the UN and Global Governance". Boulder: Lynn Rienner. 1996. Ver también: CHARNOVITZ, Steve. "Participation of non-governmental organizations in the World Trade Organization". En: University of Pennsylvania Journal of International Business 17. 1996. p. 331.

¹⁶³ Ver: STEINER Henry, Harold KOH y Detley VAGTS. Op. cit. pp. 514-994.

¹⁶⁴ Ver: KOH, Harold. "Transnational Public Law Legislation".

¹⁶⁵ Ver: KOH, Harold. "Refugees, the Courts and the New World Order". En: Utah Law Review 3. 1994. pp. 1014-1018.

¹⁶⁶ Ver: DUFFIELD, John. "International regimes and alliance behavior: explaining NATO conventional force levels". En: Oregon International Law Review 46. 1992. pp. 819-835.

¹⁶⁷ BROWN, Chris. "International Relations Theory, New Normative Approaches". Londres: Harvester Wheatsheaf. 1992.

¹⁶⁸ En adición a lo señalado, en el libro de Chayes y en la extensa obra de Thomas Franck, otros académicos han incluido cuestiones a esta tesis en el mismo sentido de los renombrados maestros, por tanto sugiero la obra de los siguientes autores: Jose Alvarez, Richard Bilder, Michael Byers, Mark Janis, David Kennedy, Benedict Kingsbury y Edwin Smith.

¹⁶⁹ KENNETH, William. "Elements of a Joint Discipline International Law and International Relations Theory: Building Bridges". En: American Society of International Law 86. pp. 167-168. 1992.

¹⁷⁰ *Ibid.* pp. 47-61.

¹⁷¹ KEOHANE, Robert. "International Relations and International Law: Two Optics".

Keohane, Duncan Snidal¹⁷² y Oran Young, y los estudiosos del Derecho, tales como Kenneth Abbott¹⁷³ y John Setear¹⁷⁴, han aplicado cada vez técnicas más sofisticadas de la teoría de la elección racional para argumentar que los Estados-Nación obedecen el Derecho Internacional cuando sirve a beneficiarlos en sus intereses, sean de corto o largo plazo. En esta concepción racionalista, con sus concepciones ya siendo proyectadas a un nivel de sistema de comunidad internacional, lleva al siguiente razonamiento: Las naciones emplean estrategias de cooperación para perseguir un complejo y multifacético interés nacional a largo plazo, y el cumplimiento de las normas legales y su negociación son sólo meras partes de una estrategia, que recién empieza a dar frutos al largo plazo. Aunque los racionalistas empedernidos generalmente tienden a adoptar alguna variante de “la fórmula cínica” de Henkin¹⁷⁵, los más sofisticados instrumentistas, antes de reducir todo a una máxima o fórmula, están dispuestos a desglosar el Estado en sus distintos componentes, introduciendo a las instituciones internacionales y a los actores transnacionales para, de ese modo, incorporar nociones de interés a largo plazo y examinar de esta forma la cuestión dentro de un contexto de un gran juego de varias partes¹⁷⁶.

Una segunda vía explicativa sigue un enfoque kantiano liberal. El enfoque kantiano se divide en dos líneas identificables: Una basada en la noción de Franck de “reglas- legitimidad”¹⁷⁷ y otro que hace afirmaciones más amplias sobre el papel causal que juega la identidad nacional. Los teóricos de las Relaciones Internacionales inclinados a la doctrina **liberal**, como Andrew Moravcsik y Anne-Marie Slaughter, han argumentado que el factor determinante referido a si las naciones obedecen se puede encontrar

no a nivel sistemático, sino que este reside en la estructura interna. Bajo este punto de vista, el cumplimiento depende en gran medida de si el Estado puede ser caracterizado como **liberal** en su identidad, es decir, que cumple con determinados requisitos que lo harían acreedor de esta categoría como tener una forma de gobierno representativo, garantías de los derechos civiles y políticos, y un sistema judicial dedicado al Estado de Derecho. Moviendo de un tirón la ahora familiar máxima kantiana de que “las democracias no deben luchar entre sí”, estos teóricos postulan que las democracias liberales tienen más probabilidades de **crear Derecho** entre ellas, mientras que las relaciones entre Estados liberales y no liberales tenga lugar, más probablemente, en el ámbito de la política¹⁷⁸.

La tercera línea es una propuesta **constructivista**, basada ampliamente en los conceptos de formación de la identidad y de la sociedad internacional. A diferencia de los teóricos instrumentales del interés, los cuales tienden a tratar a los intereses del Estado como un hecho, los “constructivistas” han argumentado desde hace tiempo que los Estados y sus intereses están contruidos socialmente sobre “principios filosóficos generalizados, los cuales forman arquetipos de identidades, normas de comportamiento, e incluso términos comunes de discurso”¹⁷⁹. Antes que decir que los actores internacionales y sus intereses son los que crean las reglas, los constructivistas sostienen que “existen reglas y normas que determinan cómo se llevará a cabo el juego internacional, quiénes serán los actores, qué reglas deben seguir si uno quiere asegurarse determinadas consecuencias de determinados actos, y cómo los títulos posesorios pueden establecerse y transferirse”¹⁸⁰. Así, los constructivistas

¹⁷² SNIDAL, Duncan. “Coordination Versus Prisoner’s Dilemma: Implications for International Cooperation and Regimes”. En: *American Political Science Review* 79. 1985.

¹⁷³ Ver: ABBOTT, Keneth. “The Trading Nation’s Dilemma: the Functions of the Law of International Trade”. En: *Harvard International Law Journal* 26. 1985.

¹⁷⁴ BYERS, Michael. “Response, Taking the Law out of International Law: A Critique of the Iterative Perspective”. En: *Harvard International Law Journal* 38. 1997.

¹⁷⁵ GRIECO, Joseph. “Cooperation Among Nations: Europe, America, and Non-tariff Barriers to Trade”. Nueva York: Cornell University Press. 1990.

¹⁷⁶ KEOHANE, Robert. “International Relations and International Law: Two Optics”.

¹⁷⁷ *Ibid.* pp. 142-148

¹⁷⁸ BURLEY, Anne-Marie. “Law Among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine”. En: *Columbia Law Review* 92. pp. 1920-1921. 1992.

¹⁷⁹ FINNEMORE, Martha. “National interests in international society”. Ithaca: Cornell University Press. 1996. p. 15.

¹⁸⁰ WOODS, Ngaire. “The uses of theory in the study relations”. En: WOODS, Ngaire. “Explaining international relations since 1945”. Oxford: Oxford University Press. 1996.

ven cómo las normas desempeñan un papel fundamental en la formación de identidades nacionales.

La escuela constructivista, predominantemente americana, tiene estrechos lazos familiares con la escuela inglesa de la “sociedad internacional”, herencia de Hugo Grocio¹⁸¹. Al igual que los constructivistas (y a diferencia de los instrumentistas más sofisticados), los estudiosos contemporáneos de la comunidad internacional ven a las normas, los valores y la estructura social de la comunidad internacional como elementos indivisibles que vienen ayudando en conjunto a la formación de la identidad de los agentes que operan en ella. Las naciones, portanto, obedecen las reglas internacionales no sólo por cálculos sofisticados acerca de cómo el cumplimiento o incumplimiento de tales normas afectará a sus intereses, sino porque un comportamiento reiterado y compartido de tales normas les otorga un espacio para legitimar sus propuestas e intereses, de tal forma que la alternativa del incumplimiento es descartada o, cuando menos, considerada arriesgada. En palabras de Andrew Hurrell, “gran parte del grado de cumplimiento del que gozan las normas internacionales se deben a la relación entre el individuo –siendo entendido el término **individuo** como nación particular– y el patrón de acción y procedimiento más amplio en la comunidad internacional, de tal forma que los Estados, en general, mantienen fidelidad a las normas internacionales, aun así si éstas podrían estar en contra de un apetito o de un interés coyuntural, dado que su preservación protege intereses aún más elevados, los intereses a largo plazo del Estado por ser considerado un actor legítimo en la comunidad internacional”.

Cada uno de estos hilos explicativos tiene un poder persuasivo importante, al punto que cada uno bien podría ser complemento de su contraparte. Sin embargo, mi punto de vista se detalla en la Parte III –la cual se presentará a continuación. Mi opinión es la siguiente: Ninguno de estos enfoques proporciona una teoría suficientemente **gruesa** o **robusta** sobre el papel del Derecho Internacional en

la promoción del cumplimiento con normas compartidas globalmente. Solo son una respuesta corta a la pregunta, “¿por qué las naciones obedecen al Derecho Internacional? ¿El Derecho es acaso simplemente “interés”, “identidad”, “formación de la identidad”, y/o ser parte de la “sociedad internacional”? Una respuesta completa debe también tomar en cuenta la importancia de los elementos de la interacción en el proceso legal transnacional, la interpretación de las normas internacionales, y finalmente, la internalización de las normas nacionales como determinantes de por qué los países obedecen. Lo que falta, en resumen, es una propuesta que vendría a ser una cuarta corriente histórica en base al proceso legal transnacional para justificar la Cuestión del Cumplimiento.

Sin embargo, esta afirmación, que se enriquecerá a continuación, plantea dos cuestiones importantes. En primer lugar, ¿cuál es el conocimiento actual sobre el proceso por el cual las naciones y otros actores transnacionales, promueven el cumplimiento, y en última instancia, la obediencia? En segundo lugar, ¿qué es lo que determina la legitimidad de las normas globales que se internalizan a través de este proceso? Tanto el enfoque gerencial de los seguidores de Chayes cuanto el enfoque de la valoración intrínseca de la justicia de Franck nos ayudan a aproximarnos a la respuesta.

II. EL ENFOQUE GERENCIAL Y EL ENFOQUE DE EQUIDAD

Tanto Chayes cuanto Franck buscan librarse del anteriormente preponderante paradigma realista en un esfuerzo por explicar qué papel juega el Derecho Internacional en el mundo posterior a la Guerra Fría, es decir la era contemporánea. Los libros¹⁸² de ambos autores son hitos importantes en el debate académico en torno a la Cuestión del Cumplimiento, así como también son obras culminantes del proceso filosófico que cada uno abandera. Cada uno elige aproximarse al cumplimiento a través de un único filtro analítico: La gestión y la equidad, respectivamente. Sin embargo, al igual que todos los lentes, estos filtros aclaran **por qué distorsionan**, es decir, recurren a

¹⁸¹ Los académicos contemporáneos se esfuerzan por incluir en esta compilación teórica los trabajos de Andrew Hurrell, John Vincent, Barry Buzan, Gerritt Gong, Richard Little, and Michael Donclan.

¹⁸² HURRELL, Andrew. “International Society and the study of Regimes: A reflective approach”. p. 59.

una simplificación incluso excesiva con tal de reducir la materia a conceptos claros y sencillos. Entonces, ¿qué es lo que ven y qué aquello que terminan por obviar?

A. Cumplimiento sin cumplimiento: Enfoque gerencial de Chayes

“La nueva soberanía” es una magnífica obra que reúne la vasta experiencia de Chayes, dándole énfasis a su aproximación práctica, así como numerosas discusiones llevadas a cabo a lo largo de su extensa carrera basada en enseñar y escribir sobre la arquitectura de los regímenes internacionales y los patrones de cumplimiento de los tratados de control de armamentos y del medio ambiente¹⁸³. El libro “Deliberadamente descriptivo y prescriptivo” trata de describir cómo la regulación internacional se lleva a cabo a través de lo que podríamos denominar **regímenes de los tratados**. Este rótulo pretende detallar por qué ciertos **regímenes de los tratados** tienen éxito, es decir, logran generar cumplimiento entre las naciones que celebran estos tratados o, por el contrario, fracasan en generar tal cumplimiento.

A través de sus capítulos, el libro postula encuadrar el análisis en tres factores: Eficiencia, interés nacional, y propensión de las normas del régimen para promover el cumplimiento de los Estados-Nación. ¿Por qué, entonces, las naciones se apartan de esas normas? Los discípulos de Chayes explican que dicho incumplimiento surge como un producto derivado de la ambigüedad e indeterminación del texto (del tratado), las limitaciones en la capacidad de las partes para llevar a sus compromisos de tratados, y lo que ellos llaman **la dimensión temporal**: Retrasos evitables o inevitables que afectan el cumplimiento del tratado, sea por parte de un actor estatal o no estatal interactuando con un organismo de su misma naturaleza o no¹⁸⁴.

Sin embargo, teniendo en cuenta que existen ciertos impulsos que conducen al incumplimiento, ¿cómo pueden ser estas desviaciones mantenidas en niveles al menos aceptables? Los autores dan respuesta a esta pregunta a través del contraste generado a partir de dos estrategias alternativas para promover el cumplimiento del tratado en cuestión. Primero, se desarrolla un **modelo de aplicación**, y luego de revisar los distintos dispositivos coercitivos disponibles —sanciones militares y económicas contempladas en virtud de tratados—, se concluye que usualmente está condenado al fracaso¹⁸⁵. Ellos argumentan que “la autoridad sancionadora es raramente concedida por un tratado, rara vez se utiliza, dado que el cumplimiento se da por sentado, además que la misma sanción puede ser ineficaz cuando se utiliza”¹⁸⁶. De igual forma, el reiterado uso de las sanciones implica altos costos para el sancionador y puede plantear problemas graves en su legitimidad y en cómo se proyecta a la comunidad internacional¹⁸⁷.

Siendo así, como alternativa se ofrece un **modelo de gestión**, en el cual los actores nacionales tratan de promover el cumplimiento de los tratados, no motivados a través de la coacción, sino más bien a través de un modelo cooperativo de cumplimiento, que trata de introducirlo por medio de procesos interactivos, los cuales combinan la justificación, el discurso y la persuasión¹⁸⁸. Soberanía, según afirman, ya no significa la ausencia de agentes exteriores que interfieran en la política doméstica, sino más bien la libertad de participar en las Relaciones Internacionales como miembro válido de regímenes internacionales¹⁸⁹. “La nueva soberanía” no comprende ya aristas como el control territorial o la autonomía de gobierno, sino que ahora sirve como **status reivindicador** de la nación como actor internacional¹⁹⁰. Ahora, el impulso de estos

¹⁸³ CHAYES, Abram. “Compliance Without Enforcement: State Behavior Under Regulatory Treaties”. En: *Negotiation Journal* 7. 1991.

¹⁸⁴ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 15.

¹⁸⁵ *Ibid.* pp. 2-3.

¹⁸⁶ *Ibid.* pp. 32-33.

¹⁸⁷ *Ibid.* p. 54.

¹⁸⁸ *Ibid.* pp. 109-111.

¹⁸⁹ Respecto a la soberanía, Chayes sugiere que en nuestros días este concepto antes imperante se ha transformado en una categoría residual del “compromiso internacional”. Cuando la interrelación y la capacidad de participación en los foros internacionales constituiría una “nueva soberanía”.

¹⁹⁰ *Ibid.* p. 27.

actores para el cumplimiento no es tanto el miedo de ser sancionados; el motivo auténtico sería el miedo, pero no por la sanción, sino por el descrédito y la falta de legitimidad en la que podría caer la nación infractora ante sus pares de la comunidad internacional¹⁹¹.

Dado el carácter contingente de “la nueva soberanía”, es necesario hacer una precisión de cómo estos **regímenes de tratados** gestionan el cumplimiento del Estado con el Derecho Internacional. Aquí, Chayes da muestra de su herencia positivista, otorgando una respuesta más funcional que filosófica. Una y otra vez se señala que estamos ante un **proceso interactivo** basado en un **discurso justificativo** entre los miembros del régimen; no niega la existencia de las sanciones, pero dado el costo que suponen las mismas y su poca versatilidad no son, pues, el factor principal en la Cuestión del Cumplimiento¹⁹². Al igual que la monografía de Roger Fisher publicada en 1981¹⁹³, la tesis de Chayes nos presenta una suerte de caja de herramientas con las que cuenta un político. Estas **herramientas** son dispositivos diseñados para fomentar un mayor cumplimiento de lo dispuesto por las normas dentro del **régimen**: Son **instrumentos de gestión activa** como la investigación, el recojo de información y datos, la constante verificación y vigilancia, la creación de un procedimiento para la resolución de conflictos, el desarrollo de una estrategia para la evaluación y revisión de los intereses, y los canales por los que serán manifestados. Por medio del uso prudente de estas herramientas, según argumentan, tanto los organismos no gubernamentales y las instituciones intergubernamentales son revitalizadas como instrumentos de gestión para velar por el cumplimiento de los tratados.

El Libro de Chayes es todo un clásico de la restauración del proceso jurídico internacional. Es, quizá, la más profunda

y completa descripción **transubstantiva** del papel que juega la ley en el proceso normativo internacional. Las corrientes de estudios basadas más en el análisis de casos particulares que en la doctrina terminan por ignorar este factor clave al hacer un estudio meramente transversal de los ámbitos público y privado¹⁹⁴.

Sin embargo, a pesar de todas las virtudes del libro, dos preguntas aún persisten. En primer lugar, ¿cómo precisamente hace un enfoque general para hacer todo el trabajo respecto al cumplimiento de los tratados? En segundo lugar, ¿qué importancia, y aplicación tendría este planteamiento en el vasto reino del Derecho consuetudinario, a diferencia del Derecho Internacional basado en tratados?

El enfoque gerencial de Chayes “requiere tanto de un gerente (el régimen) cuanto de un proceso (el discurso)”¹⁹⁵. Los autores rechazan la representación simplista del régimen como “un sistema de conmutación, lo que facilita la independencia interacciones de los Estados independientes ‘en favor’ del papel activo del régimen de modificación de las preferencias, la generación de nuevas opciones, persuadir a las partes a avanzar a aumentar el cumplimiento de las normas del régimen, y orientar la evolución de la estructura normativa en la dirección de los objetivos generales del régimen¹⁹⁶. Es así como el **régimen de los tratados** administra un **proceso interactivo para asegurar el cumplimiento**, el cual se lleva a cabo en siete etapas: (i) La recopilación y desarrollo de los datos de la situación particular y la conformidad de las partes con el Reglamento; (ii) la identificación de los comportamientos que serán útiles a la Cuestión del Cumplimiento; (iii) el diagnóstico de las fuentes que señalen comportamientos aparentemente irregulares; (iv) el examen de la parte en falta para evaluar su capacidad de cumplir con sus obligaciones; (v) las ofertas de

¹⁹¹ Ningún Estado puede considerar siquiera ignorar las normas internacionales porque existen demasiadas audiencias, tratados, foros y alianzas que podrían reprobarnos tal atrevimiento con las obvias consecuencias de tal rechazo a los intereses del Estado infractor.

¹⁹² *Ibíd.* p. 25.

¹⁹³ *Ibíd.* Pies de página 137-141.

¹⁹⁴ Los ejemplos son palpables en el plano *inter alia*, manifiesto en el uso de la fuerza, sanciones económicas, Comercio Internacional, Derecho Ambiental, Derecho del Mar, Derecho de Transporte y Comunicaciones, Derechos Humanos, desnuclearización y normas de desarme, reducción de deuda soberana, etcétera.

¹⁹⁵ Chayes al respecto afirma: “El discurso entre los Estados, Organizaciones Internacionales y algunas instituciones públicas se da en base a las normas análogas o comunes”.

¹⁹⁶ *Ibíd.* p. 229.

capacitación, guía, asistencia técnica de estar ante un actor con capacidad insuficiente; (vi) la invocación de mecanismos de solución para la controversia, y (vii) a veces, la conclusión de que las normas del tratado mismo deben ser adaptadas a la conducta no conforme con el tratado original¹⁹⁷.

De tal suerte, “La nueva soberanía”, por medio de un análisis más exhaustivo, se convierte en una fuerte reminiscencia de un artículo clásico de Abram Chayes, “El proceso jurídico interno”¹⁹⁸. Allí, Chayes, desde un enfoque netamente procedimentalista, argumentó que, en la era post-Brown, el litigio nacional había pasado por una crisis que lo forzó a voltear la mirada sobre el paradigma del Derecho Privado, el cual se iría convirtiendo, a través de sus figuras y alcances, en un potencial nuevo Derecho Público. Dentro de este nuevo paradigma, el juez ejerce una gestión abierta, interpretando el texto constitutivo, exigiendo y supervisando la información que le es presentada, y declarando normas de uso amplio para que sean afines a las herramientas del cumplimiento legal de las partes, como la persuasión y la estimulación. Tanto para Chayes cuanto para Richard Neustadt, la fuerza primordial del juez es el poder de persuadir¹⁹⁹, sirviéndose para tal fin de los medios formales sirviendo como punto de influencia y moneda de cambio del ejercicio discursivo para la creación de normas en el proceso.

En “La nueva soberanía”, Chayes, igualmente, sostiene que el **régimen de los tratados** ha asumido un papel de gestor en relación con el cumplimiento de sus Estados miembros, al igual como sucede en los litigios públicos donde los jueces poseen este mismo papel de gestores. “El tratado (regulatorio) y el régimen en el que se encuentra incrustado no deben verse como elementos de un

conjunto de normas prohibitivas, sino como instituciones y figuras diseñadas para garantizar el cumplimiento dentro de cada área a través del tiempo”²⁰⁰. El papel clave del supervisor legal o juez es la solución de pleitos internos, y en el caso del **régimen de tratados** se da un proceso interactivo, dialéctico en el discurso justificativo, en el cual se invocan las normas, interpretándolas y elaborando un ambiente de presión internacional que garantice el cumplimiento de tales normas²⁰¹.

A pesar de parecer adecuado en cierto nivel, el modelo de gestión se muestra incompleto en cuatro aspectos. Primero, éste enfatiza su poder y exagera la debilidad del modelo aplicativo, creándose la ilusión de que ambos son modelos alternativos. La verdad es que ambos son marcadamente complementarios. El modelo de litigación pública funciona no sólo porque las partes hablan a través del juez, sino porque este conserva el máximo poder sancionador²⁰². En los **regímenes de los tratados**, el modelo de gestión no tiene éxito meramente por el poder discursivo, sino que este factor se complementa con la posibilidad o, dicho coloquialmente, con la **sombra de ser sancionado**, por más remota que esta posibilidad pueda ser. También es necesario, cuando menos, detallar cómo se enarbolan los eslabones de la cadena del cumplimiento. Tenemos, entonces, a las partes interactuando dentro de un **régimen de los tratados**, lo cual conducirá a la enunciación de la norma²⁰³; luego se pasa a la liquidación, acaece el cumplimiento de la norma y, finalmente, se manifiesta la obediencia constante.

En segundo lugar, la obra de Chayes sugiere que el impulso final para la Cuestión del Cumplimiento no es la sanción, sino el temor a un daño en su reputación. Mas la pérdida de

¹⁹⁷ Ibid. p. 109-286.

¹⁹⁸ CHAYES, Abram. “The role of judge in Public Law litigation”. En: Harvard Law Review 89. 1976.

¹⁹⁹ Ver: NEUSTADT, Richard. “Presidential power and the modern presidents: The politics of leadership from Roosevelt to Reagan”.

²⁰⁰ CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 228.

²⁰¹ Ibid. p. 112. Dice: “La esencia del proceso legal internacional es una dialéctica que enfatiza el rol de cada etapa y cómo opera en la creación de presión societaria entre los miembros para alcanzar un óptimo cumplimiento de las normas emanadas”.

²⁰² Ver: COVER, Robert. “The Supreme Court 1982 Term-Foreword: Nomos and narrative”. En: Harvard Law Review 97. 1983.

²⁰³ Ver: MNOOKIN, Robert y Lewis KORNHAUSER. “Bargaining in the Shadow of the Law: the case of divorce”. En: Yale Law Journal 88. 1979.

reputación, sólo se dará si una de las partes desconoce el comportamiento de la otra; es decir, si no hay un desafío a la interpretación sólida del tratado mutuamente aceptada, entonces no hay **incumplimiento**²⁰⁴. De hecho, una de las funciones clave que cumple el **régimen de los tratados** es la de servir como un intérprete definitivo de sus propias normas y el **régimen de los tratados** no es otro que la interpretación mutuamente reconocida por las partes²⁰⁵. Entonces, por mucho que el juez de Derecho Público interprete la Ley, el **régimen** hace lo propio con sus tratados en orden de determinar si ha ocurrido una violación. Sin embargo, existen excepciones dentro del Derecho Internacional, sobretudo en áreas tales como los Derechos Humanos, en las cuales es la comunidad internacional la que interpreta y determina si una norma ha sido violada, incluso más allá de lo que pueda considerar un Estado particular o los Estados involucrados²⁰⁶.

Tomemos, por ejemplo, la norma mundial en contra del genocidio o de los crímenes de lesa humanidad. Analicemos esta propuesta ahora a partir de un ejemplo. Aunque los Estados que forman parte de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos (**régimen de los contratos**) puedan estar facultados para interpretar las palabras y las disposiciones de este texto, esta capacidad de interpretación no les da un poder exclusivo o absoluto para dar una interpretación definitiva de una norma tan amplia. Lo que sí sucede es, en cambio, que existen otros organismos, elementos de una red que, pese a la complejidad de relaciones y variedad de instituciones que interactúan en esta red, incluso en distintos niveles, todo es un *corpus* dispuesto para un mismo fin, o la interpretación de una misma norma. De allí que existan otros intérpretes legítimos de las

normas internacionales respecto al genocidio, como los tribunales nacionales, regionales e internacionales; los tribunales especiales, las legislaturas nacionales y regionales, entidades ejecutivas (como el Consejo de Seguridad de la ONU), publicistas internacionales, organizaciones no gubernamentales²⁰⁷, entre otros. En suma, la norma se encuentra sujeta a un régimen interpretativo de frentes múltiples, es decir, aquellos que interpretan e incluso **re-ensamblan** el significado de la norma son a menudo parte de un grupo de instituciones mucho más grande y variado que las partes que componen el tratado particular²⁰⁸.

En tercer lugar, la imagen que nos brinda la postura de Chayes omite cualquier descripción detallada de cómo es que los Estados internalizan normas restrictivas. No se menciona pues, para nada, medios tales como la incorporación judicial²⁰⁹; lo cual es “la cristalización ejecutiva o legislativa de la aceptación a nivel doméstico, por la cual las naciones cumplidoras hacen explícita la interiorización de la norma internacional pertinente”. Como los autores reconocen, el cumplimiento de los tratados debe ser entendido como un juego de dos niveles: En el primer nivel se hallan las relaciones que se establecen entre un actor y sus socios en el tratado, y en el segundo nivel se manifiestan los efectos a escala internacional, sin dejar de mencionar que todo este proceso se da en coherencia con el Derecho interno de los actores²¹⁰. Sin embargo, la propuesta de Chayes no examina cómo este vínculo jurídico transnacional entre lo doméstico y los niveles internacionales realmente opera. Esta aclaración pendiente no ha de ser ignorada, dado que éste es el enlace que determina el grado de influencia que tiene **el proceso de gestión** para llevar los intereses de un Estado

²⁰⁴ Ver: CHAYES, Abram. Op. cit. p. 120.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 118.

²⁰⁶ Ver: COVER, Robert. Op. cit. p. 45.

²⁰⁷ La norma contra el genocidio, por ejemplo, se encuentra en el Convenio para la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio, del 12 de enero de 1951.

²⁰⁸ Los Chayases reconocen esto al definir abiertamente el régimen de tratados como “un proceso interactivo muy complejo que involucra no sólo a los Estados y a sus representantes sino que también, cada vez más, a distintas organizaciones internacionales y a sus miembros, organizaciones no gubernamentales, científicos, gerentes de ventas, académicos y otros actores no estatales”.

²⁰⁹ A pesar de los Chayases son, ellos mismos, expertos en el funcionamiento de las cortes domésticas, irónicamente, su discusión acerca de los instrumentos de gerencia activos no dice nada acerca del rol que cumplen en los juzgados nacionales.

²¹⁰ CHAYES, Abram. Op. cit. pp. 201-207.

a una negociación de escala mundial, para remodelar los intereses nacionales e incluso la identidad de los participantes²¹¹. Los detalles que mencionaré a continuación habrían permitido a la tesis de Chayes aplicar sus procedimientos y marcos teóricos de gestión fuera del ámbito del Derecho positivo, el cual, si bien se funda sobre tratados, empieza a sufrir una cada vez mayor y más notoria injerencia de la esfera de la costumbre y de la Ley internacional declarativa²¹².

En cuarto y último lugar, al concentrarse de forma casi exclusiva en el proceso, Chayes pasa por alto, y quizá podría interpretarse que hasta toma a la ligera, la necesidad de analizar y detallar el contenido y hasta la naturaleza de las normas que son aplicadas por ese mismo **proceso gerencial** que propone²¹³. No obstante, no todos los tratados son concebidos de forma igualitaria, proporcional o equitativa²¹⁴. Tampoco el asegurar el cumplimiento pleno de todos los tratados siempre es bueno *per se*. En efecto, asegurar el cumplimiento puede en sí no ser deseable si los tratados en cuestión son de por sí injustos o consagran ofertas poco sinceras o hasta coercitivas. Consciente de esta crítica, Chayes admite que la **legitimidad** de su enfoque procesal depende, primordialmente, de la equidad procesal, la aplicación equitativa y no discriminatoria²¹⁵. Pero lo que queda aún por especificar son las formas que el proceso debe tener en cuenta a fin de garantizar tal equidad que dotará, consecuentemente, de legitimidad al tratado celebrado. ¿Cuáles son los medios que impulsan al proceso de gestión para mejorar la garantía de cumplimiento en tratados no vinculantes y sobretodo, en temas donde los Estados tienen pocos incentivos para cumplirlos? Y, ¿por cuáles medios debe este mismo modelo evaluar ciertas normas del régimen como injustas, desiguales,

ilegítimas y por tanto inaplicables? Una vez planteadas estas preguntas, que colocan sobre el tapete conceptos como **justicia** o **legitimidad**, es que la lectura del libro de Franck resulta apropiada.

B. Legitimidad y justicia de distribución: Enfoque de equidad de Franck

La pregunta planteada por el eminente Thomas Franck en su *magnum opus*, “La lealtad en el Derecho y las Instituciones Internacionales”, no se refiere a por qué las naciones obedecen, sino a si es justo el Derecho Internacional²¹⁶. Franck hace esta pregunta partiendo de la consideración que las naciones tienen pocos incentivos o, en todo caso, un pobre sentido de obligación para obedecer reglas que responden a un criterio de equidad que muta de nación en nación.

Como “la nueva soberanía”, que parte del trabajo anterior de Chayes en el proceso legal internacional, la **justicia** también debe ser leída a la luz de su progenitor intelectual, la influyente obra de Franck “The power of legitimacy among nations”²¹⁷. En la teoría de Franck, las reglas ilegítimas son aquellas que poseen poco respeto por parte de las naciones y que quedan invalidadas por su bajo grado de cumplimiento en la práctica. Elementos como el **proceso jurídico internacional** o la **justicia** deben ser leídos a la luz de Franck, quien hace hincapié, al igual que Chayes, en la transformación del Derecho Internacional desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, cuyo fin acompañó –o en todo caso, produjo– un profundo cambio en el concepto de soberanía²¹⁸. Sin embargo Franck, a diferencia de Chayes, no restringe su visión de la Ley meramente en tratados; él considera también en su análisis elementos como el poder de las normas basadas en la costumbre²¹⁹. Porque,

²¹¹ PUTMAS, Robert. “Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two Level Games”. En: International Organization 42. 1988.

²¹² Ver el Capítulo III, más adelante en el texto.

²¹³ TRIBE, Laurence. “The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories”. En: Yale Law Journal 89. 1980.

²¹⁴ Las naciones hallan incentivos en los beneficios adquiridos, pero bien podríamos afirmar que la “obligación” es en sí un incentivo.

²¹⁵ CHAYES, Abram. Op. cit. p. 127.

²¹⁶ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. p. 6.

²¹⁷ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. p. 6.

²¹⁸ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. pp. 3-4.

²¹⁹ Como Franck recientemente acotó: La sociedad internacional es el “progenitor de un vasto grupo de instituciones especializadas que sirven de puente entre los estados particulares y las normas transnacionales”.

según él considera, el Derecho Internacional se encuentra ahora en una etapa **post-ontológica**. Franck, de esta forma, afirma que ya no se requiere defender la existencia de un tratado, sino meramente hacer referencia a los valores allí incluidos y analizar el contenido del mismo servirá para evaluar si sus disposiciones son exigibles, mutuamente entendidas y sobretodo, justas²²⁰. Aunque el núcleo de la respuesta de Franck sigue siendo el liberalismo kantiano, su argumento se basa en la ecléctica empleada en episodios históricos decisivos en torno a la Cuestión del Cumplimiento.

Al igual que los racionalistas, Franck reconoce que las naciones, evidentemente, tenderán intrínsecamente a cumplir las reglas cuando los beneficios del cumplimiento excedan por buen margen los costos. Mas, al igual que los teóricos de la **sociedad internacional**, este autor ve el impulso hacia el cumplimiento por parte del actor transnacional no como un derivado de una serie compleja de cálculos costo-beneficio, sino que lo concibe a través de la arraigada **presión del grupo comunitario**, es decir, esta comunidad internacional y solidaria de naciones que se asumen como miembros de un club y que temen perder su reputación a vista de los demás miembros²²¹. Por otra parte, al igual que los constructivistas, Franck acepta el poder de las normas para remodelar los intereses nacionales. Por último, al igual que los teóricos del proceso, Franck ve que la legitimidad de las normas depende en gran medida del Estado en el cual fueron promulgadas, si sus coyunturas corresponden a un proceso justo²²². Al igual que Chayes, Frank abarca lo que bien podríamos denominar como **proceso del discurso, del razonamiento y la negociación**, entendiendo el Derecho Internacional más como un **proceso** que como un conjunto de **reglas** cuya justicia se determina a través de un proceso de conversaciones, razonamiento y negociación²²³.

Sin embargo, mientras que el volumen de Chayes es un ejercicio de excelencia legal aplicada a la teoría del proceso, el libro de Franck representa fundamentalmente los planteamientos de Rawls aplicados a la filosofía, con recomendaciones orientadas a políticas ocasionales salpicadas por todas partes²²⁴. El último capítulo de la obra de Franck, titulado “¿Por qué no la justicia?”, aplica la metodología de la teoría de la justicia combinada con las aproximaciones de Rawls al Derecho Internacional; con lo cual, concluyó que la justicia entre las naciones no puede ser construida por analogía a sus posiciones originales²²⁵. La legitimidad, no la justicia, razonó Franck, debe ser el primer objetivo de un sistema de reglas internacionales. “La legitimidad del proceso, tiene su propia moral.” Y esta tesis no se refiere al manifiesto y natural orden moral en la justicia, porque, en el caso de Franck se trata más bien de la creencia en un proceso correcto, que la creencia en resultados correctos (planeamiento sustantivo)²²⁶.

La **denegación de justicia** de Franck generó numerosas críticas, la mayoría de ellas provenientes de otros analistas kantianos, los cuales denunciaron que estaban ante su proceso estéril ya que privilegiaba la apariencia y una supuesta **legitimidad** sobre los valores que Rawls estudió como la justicia o como la equidad²²⁷. Finalmente, Franck examina la cuestión y ahonda sus conceptos. De tal forma, Franck divide la equidad en dos aspectos: Como concepto previo a la legitimidad, siendo la equidad fuente del **justo proceso** en la creación y cumplimiento de las normas así como una noción rawlsiana de justicia sustantiva distributiva. Estos dos aspectos de la justicia, señala, se encuentra en constante tensión: El primero favorece el *status quo*, mientras que el segundo favorece el cambio. Franck utiliza esta concepción bifocal a fin de tener dos frentes de investigación y examinación del Derecho Internacional y sus instituciones. Así

²²⁰ *Ibíd.* p. 9.

²²¹ *Ibíd.* p. 196.

²²² *Ibíd.* p. 7.

²²³ *Ibíd.* p. 7.

²²⁴ *Ibíd.* p. 14.

²²⁵ FRANCK, Thomas. “The power of legitimacy among nations”. pp. 208-246.

²²⁶ *Ibíd.* p. 288.

²²⁷ TESÓN, Fernando. *Op. cit.* pp. 93-99.

Franck, por ejemplo, analiza las estructuras institucionales y el procedimiento que sigue las Naciones Unidas, incluido el Secretario General, el papel y alcances del Consejo de Seguridad²²⁸, y la Corte Internacional de Justicia²²⁹ bajo la rúbrica del procedimiento equitativo, que de cierta forma se asemeja al examen genérico del proceso que puede ser encontrado en los libros de Chayes. Sin embargo, mientras Chayes veía las normas del Derecho Internacional, las normas sustantivas de equidad, la autodeterminación, la territorialidad, la seguridad colectiva, el Derecho Ambiental, el comercio y las inversiones internacionales como distintos depósitos de legitimidad o de ausencia de la misma, Franck las presenta y evalúa su eficacia en la medida que son agentes de la justicia distributiva²³⁰.

Al igual que la nueva soberanía, la tesis de la equidad muestra un notable dominio de la clásica dicotomía entre los ámbitos público y privado²³¹. “Como era de esperarse, un tratado sintético de este tipo posee varios capítulos que derivan de labor anterior análoga”²³². A pesar de los defectos innegables²³³, si lo evaluamos como un todo, el volumen de Franck refleja admirablemente aspectos que bien complementarían la tesis de Chayes. En efecto, Franck muestra a profundidad aspectos como la justicia distributiva de la cual carece Chayes, pero tiene menos precisión y detalle al momento de explicar el proceso, el cual es el fuerte de Chayes. La introducción del concepto de la equidad muestra los sorprendentes cambios que está sufriendo el pensamiento de Franck en torno a la legitimidad de la justicia, siendo parte esto de un esfuerzo por encontrar una rúbrica lo suficientemente amplia como para entender a partir de ella las normas internacionales.

Porque si la legitimidad es fundamentalmente positivista y orientada al proceso, ésta estará centrada en el desarrollo de pruebas que determinen la fuerza de cumplimiento como una función derivada de la percepción de su legitimidad procesal percibida. La equidad invoca, en cambio, deliberadamente a Kant, Rawls y Dworkin, en un esfuerzo para hacer frente a las cuestiones normativas y las opiniones en tanto a la emergente justicia distributiva.

Desafortunadamente, a pesar de la variedad y el vigor de fondo que nos brindaba la discusión de Franck, su descripción de cómo un proceso discursivo termina por sumarse a la obligatoriedad y a la fuerza de las normas es explicada con menor pericia que en la obra de Chayes. Aparte de los distintos foros creados por las Naciones Unidas y sus instituciones de asistencia, Franck menciona muy poco sobre los distintos modos de interacción entre actores a través de los cuales se interpretan las normas en la era post-ontológica. Otra crítica viene por el lado de que Franck es un tanto ingenuo, ya que tiene una marcada creencia en la buena fe de la política exterior estadounidense, así como el papel de los tribunales nacionales e instituciones de orden transnacional en el cumplimiento de sus funciones²³⁴. También se niega a aclarar cómo es que las normas internacionales se internalizan o, para decirlo de otra forma, se interpretan y acoplan a los sistemas jurídicos domésticos.

“Si hemos llegado a una decisión que sintetice la discursividad sobre la legitimidad de la justicia”, afirma Franck, “es más probable que las normas se apliquen y menos probable, por consecuencia, que éstas sean

²²⁸ Comparar la obra de Franck “Fairness in International Law and Institutions” con la del mismo autor en “Nation against Nation: what happened to the UN dream and what the US can do about it”.

²²⁹ Para trabajos anteriores de Franck, ver: FRANCK, Thomas. “Judging the World Court”. Nueva York: Printing Press Publications. 1986.

²³⁰ FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. pp. 351-473.

²³¹ Vale mencionar que Franck había sido director del Instituto de las Naciones Unidas de Entrenamiento e Investigación (UNITAR) por sus siglas en inglés.

²³² Por ejemplo, el capítulo 6 de la Secretaría General de las Naciones Unidas se presta de Thomas Franck la idea de los “buenos oficios del Secretario General”. El artículo de Franck con este nombre aparece en: ROBERTS, Adam y Benedict KINGSBURY. “United Nations, divided world”. Oxford: Clarendon Press. 1993.

²³³ El análisis filosófico de la **justicia** a veces se ve demasiado influido por el trabajo del colega de Franck en la Universidad de Nueva York, Ronald Dworkin. Ver: FRANCK, Thomas. Op. cit. p. 45.

²³⁴ Ver: FRANCK, Thomas. “Political questions/judicial answers. Does the rule of law applies to foreign affairs?”. Princeton: Princeton University Press. 1992.

desobedecidas”²³⁵. Pero ¿por qué esto tendría que ser así? ¿Por medio de qué proceso la **aplicación** de la norma se produce? y ¿cómo esta **síntesis discursiva** termina modificando los incentivos y las prioridades de los actores transnacionales? Los críticos de Franck, sostienen que el elemento causal faltante no es la justicia, sino el proceso legal transnacional.

III. PROCESO LEGAL TRANSNACIONAL

A pesar de sus diferencias metodológicas, tanto Franck cuanto Chayes, en última instancia, llegan a la misma respuesta intuitiva de por qué los países obedecen. Si nuestro objetivo ha de ser una mejor aplicación de las normas mundiales, su razonamiento los lleva a sostener que el mecanismo preferido debe ser la obediencia voluntaria, no un cumplimiento forzado u obligado²³⁶. Si las naciones internamente **perciben** una regla que les permita obrar de forma justa, afirma Franck, es más probable que la obedezcan. Si las naciones deben justificar periódicamente sus acciones a la luz de las normas del tratado y precisamente, rendir esas cuentas a los socios con los que celebra el tratado, sugiere Chayes, es mucho más probable que estas naciones cumplan **voluntariamente** esas normas pactadas. Ambos análisis sugieren que la llave para mejorar el cumplimiento es que éste sea un cumplimiento motivado en base a que ha sido interiorizado. Este razonamiento yo lo resumo en lo que he llamado **obediencia**. Pero, ¿mediante qué proceso se produce esta interiorización de las normas? ¿Cómo se transforma un cumplimiento de las normas globales meramente ocasional o incluso reticente en una obediencia habitual?

Como ya he indicado con anterioridad, este proceso debe ser visto en tres etapas²³⁷. Primero, uno o más actores transnacionales

generan una **interacción** (o una serie de interacciones). Lo anterior los obliga a generar una **interpretación** o una enunciación de una norma mundial aplicable a tal situación. De este modo, la parte activa busca motivar a que la otra parte **interiorice** la nueva interpretación de la norma internacional a su sistema normativo doméstico. El objetivo es **atar** a la otra parte a obedecer la interpretación enunciada como parte de su conjunto de valores internos. Tal proceso normativo es transnacional, dinámico y constitutivo. La transacción genera una norma jurídica que se orienta a las futuras interacciones que puedan darse entre las partes. Las transacciones futuras cumplen el papel de interiorizar aun más las normas, ya que éstas se van sosteniendo en la práctica. Es decir, finalmente, la participación continua y repetida en el proceso ayudará a reconstruir los intereses e incluso la identidad de los participantes de este mismo proceso²³⁸.

El debate para la reinterpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos (Tratado ABM, por sus siglas en inglés) se nos presenta como un ejemplo reciente del fenómeno descrito, presente en la política exterior de los Estados Unidos²³⁹. La historia de este tratado es compleja y antigua. En 1972, los Estados Unidos de América y la Unión Soviética firmaron el mencionado tratado bilateral, el cual prohíbe expresamente el desarrollo de sistemas de defensa territorial basados en ataques espaciales²⁴⁰. Trece años más tarde, en Octubre del año 1985, la administración de Ronald Reagan propuso la Iniciativa de Defensa Estratégica; éste sistema fue popularmente conocido como *Star Wars*, el cual asciende un misil antibalístico hasta el espacio para la defensa del territorio estadounidense. Para poder sortear la obvia barrera que suponían las disposiciones del

²³⁵ Ver: FRANCK, Thomas. “Fairness in International Law and Institutions”. p. 481.

²³⁶ No es sorpresa que a esta conclusión también llegaran los psicólogos sociales cuando estudiaron por qué la gente obedece a la Ley. Ver: TYLER, Tom. “Why people obey the law?”. New Haven: Yale University Press. 1990.

²³⁷ Lo que sigue es una visión necesariamente incompleta de mi posición, que va a completarse en mi próximo libro. En él se va a tratar una teoría más amplia de la conformidad con el Derecho Internacional, tratando a las distintas teorías como complementarias, no como opuestas.

²³⁸ Bajo examinación, este proceso se puede explicar si combinamos el enfoque gerencial de Chayes y la postura de Franck ligado al concepto intrínseco de justicia.

²³⁹ KOH, Harold. “The Treaty Power”. En: University of Miami Law Review 43. 1988.

²⁴⁰ Para un análisis más detallado revisar: CHAYES, Abram y Antonia Handler CHAYES. “Testing and development of exotic sistemas under the ABM treaty: The great reinterpretation caper”. En: Harvard Law Review 99. 1986.

Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, la administración de Reagan propuso **reinterpretar** tal tratado, de tal manera que se permitiese la creación e implementación de la Iniciativa de Defensa Estratégica. Esto modificaría radicalmente el tratado, siendo esto llevado a cabo sin el consentimiento del Senado americano o de la misma Unión Soviética. Semejante decisión provocó una auténtica batalla retórica, que duró ocho años, entre los funcionarios en cargo y sus predecesores, entre ellos seis secretarios de Defensa y numerosos senadores clave (entre los que destacó Sam Nunn, presidente del Comité de Servicios Armados del Senado)²⁴¹, quienes se manifestaron en apoyo de la interpretación original del tratado. Una de las figuras claves en contra de la reinterpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos fue Gerard C. Smith, el principal negociador estadounidense en SALT I y también el principal negociador del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, presidió las juntas de dos organizaciones no gubernamentales influyentes, la Asociación para el Control de Armas y el Comité Nacional para salvar el Tratado²⁴².

La controversia sobre el Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos desató acaloradas discusiones en diversos foros: Audiencias del Senado, debates sobre otros tratados de control de armas, artículos de revistas y columnas de opinión. Al final, el Senado emitió una Resolución sobre la Interpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos, en la cual reafirmó que éste debe ser entendido en su sentido original y, en 1988, el Senado adjunta una condición para el Tratado de Misiles de Alcance Intermedio, la cual especifica explícitamente que los Estados Unidos interpretan este nuevo tratado en conformidad con la comprensión compartida entre el Presidente y el Senado²⁴³. En respuesta, los gobiernos de Reagan y Bush mantuvieron su postura, es decir, que la reinterpretación por la que

abogaban era **jurídicamente correcta**, pero, pese a esto cumplirían con la interpretación original por una cuestión de **política**. En el año 1993, este episodio llegó a su fin cuando el presidente Clinton repudió la reinterpretación unilateral de Reagan y anunció que su gobierno respetara la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos²⁴⁴.

Pese a su intensidad, esta disputa legal jamás alcanzó ningún tribunal. De hecho de haberse trazado un proceso para resolver la disputa en 1987, hubiera sido, ciertamente probable que Estados Unidos, en efecto, hubiese violado el tratado en un intento por salirse con la suya. Sin embargo, al final, una poderosa nación como los Estados Unidos volvió a cumplir con las normas del Derecho Internacional. Por sí solos, ni el interés, la identidad, o la presión de la sociedad internacional llegan a proporcionar una explicación suficiente de por qué el gobierno de los Estados Unidos obedeció la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos. Es de suponer que el interés nacional de Estados Unidos en implementar la Iniciativa de Defensa Estratégica se mantuvo igual bajo cualquier interpretación jurídica. Si la respuesta de la sociedad internacional, representada en sus miembros y socios bajo el Convenio de Resistencia a la Reinterpretación, no fue suficiente para bloquear las pretensiones americanas en 1985, no es claro por qué esta misma resistencia se volvió abrumadora en 1993.

En mi opinión, una explicación del proceso legal transnacional nos ofrecerá los enlaces desaparecidos. Actores transnacionales, como el senador estadounidense Sam Nunn, una norma privada reconocida por el empresario Gerard Smith²⁴⁵ y varias asociaciones no gubernamentales, la Asociación para el Control de Armas y el Comité Nacional para salvar el Tratado Bilateral de

²⁴¹ Ver: 133 Cong. Rec. S6089-31. Fechado en el 20 de Mayo de 1987. Declaración de Sam Nunn.

²⁴² Ver: SMITH, Gerald. "Disarming Diplomat". Landham: Madison Books. 1996. pp. 169-173.

²⁴³ Ver: KOH, Harold. "The National Security Constitution: Sharing Power After the Iran-Contra Affair". New Haven: Yale University Press. 1990.

²⁴⁴ De acuerdo a una audiencia entre el encargado de Asuntos Exteriores del Senado y el Director de la Agencia de Control de Armamento y Desarme de los Estados Unidos, llevada a cabo en mayo de 1993, la postura oficial del gobierno Clinton era que la interpretación del tratado "estrechamente y ateniéndose al texto" era la correcta.

²⁴⁵ Ver la nota al pie de página 53.

Misiles Antibalísticos formaron en conjunto una **comunidad epistémica** para abordar desde una perspectiva legal este conflicto²⁴⁶. Esta comunidad movilizó desde sectores de la élite hasta sectores populares y provocó una serie de interacciones con el gobierno de los Estados Unidos en una variedad de foros. Ellos desafiaron el intento por reinterpretar una norma, teniendo éxito en internalizar a nivel de sociedad lo contemplado por el tratado y volverlo parte su sistema de valores, al punto de ser exigible a su propio gobierno cuando se percibe la vulneración de esa norma. Por ello, el éxito definitivo estuvo en la respuesta del Poder Ejecutivo estadounidense que, rodeado de críticas, cedió y aceptó internalizar y cumplir con la interpretación original del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos. Por lo tanto el episodio fue tan normativo (o, usando el término de Robert Cover, “*ius-generativo*”²⁴⁷) como reconstitutivo de los intereses nacionales de Estados Unidos, ya que había en él un sector mayoritario que apoyaba la interpretación original del tratado pese a las intenciones iniciales de sus gobernantes²⁴⁸. El episodio estableció, de esta forma, un precedente a considerar en los debates venideros en cuestiones referidas a misiles antibalísticos, los cuales podrían surgir durante el siguiente periodo de Clinton²⁴⁹.

Este ejemplo práctico pone de manifiesto cómo es que las diversas explicaciones teóricas que la Historia nos ha ido ofreciendo para resolver la Cuestión del Cumplimiento no son excluyentes sino, al contrario, complementarias. En su declaración clásica del neorrealismo, “El hombre, el Estado y la Guerra”, Kenneth Waltz postula tres niveles de análisis en las que las Relaciones Internacionales pueden ser aplicadas: Como un sistema internacional (figura sistémica), en el Estado particular (política interna), y en los

individuos y grupos que conforman el Estado (imagen psicológica/burocrática)²⁵⁰.

Estas imágenes no son mutuamente excluyentes, sino que se asientan una encima de la otra como si se tratasen de las distintas capas de un pastel, por lo que nos ofrece un retrato completo. Esto, debido a que los teóricos de la sociedad internacional se centran demasiado en la materia a nivel de sistema internacional, mientras que los teóricos de la identidad, por su parte, analizan la materia desde la estructura política nacional. Los analistas de los procesos legales transnacionales, por el contrario, tratan de complementar las explicaciones por medio de una evaluación a nivel de los motivos e incentivos que tienen los actores en la transacción, es decir, examinan la interacción, la interpretación y la internalización de las normas internacionales en las estructuras legales nacionales. Mientras, los enfoques del interés, la identidad y la sociedad internacional, brindan información útil, pero ninguno por separado proporciona una explicación lo suficientemente sólida respecto a la Cuestión del Cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Por ejemplo, la teoría del interés, de corriente claramente instrumentalista, mediante la especificación de sus variables (Costos de cumplimiento, costos de transacción, beneficio a largo plazo, etcétera) busca reducir los elementos de la Cuestión del Cumplimiento y del complejo sistema internacional a un juego teórico basado meramente en el análisis costo-beneficio, donde todas las sociedades son la misma, razonan igual y que son motivadas por el mismo espectro sancionatorio²⁵¹. Esta teoría funciona mejor en áreas temáticas globales como el comercio o el control de armas, en las que los Estados-Nación quedarían como protagonistas²⁵², pero adolecería la falta de la revolución

²⁴⁶ HASS, Peter. “Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination”. En: International organization 46. 1992.

²⁴⁷ COVER, Robert. Op. cit. p. 40.

²⁴⁸ KLOTZ, Audie. Op. cit. pp. 432-451.

²⁴⁹ Ver: “Does America Need a Missile Defense?”. En: Wall Street Journal. Publicado el 5 de Julio de 1996. p. 6.

²⁵⁰ WALTZ, Kenneth. “Man, the State and War: A Theoretical Analysis”. Nueva York: Columbia University Press. 1959. Ver también: BUZAN, Barry. “The Level of Analysis Problem in International Relations Reconsidered”. En: BOOTH, Ken y Steve SMITH. “International Relations theory today”. University Park: Pennsylvania University Press. 1995.

²⁵¹ GREEN, Donald e Ian SHAPIRO. “Pathologies of Rational Choice theory: a critique of applications in political science”. New Haven: Yale University Press. 1994.

²⁵² Ver: ABBOTT, Keneth. Op. cit.

transnacional²⁵³. No debe sorprendernos, pues, que los postulados de la teoría del interés hasta ahora hayan sido pobres en el desarrollo de áreas como los Derechos Humanos, los derechos ambientales, la restructuración de la deuda externa o transacciones comerciales internacionales, donde abundan los actores no estatales, y donde esta misma diversidad trae consigo objetivos múltiples y complejos, donde se manifiestan desde las más fluidas negociaciones hasta **juegos de suma cero**, además de una constante interacción entre regímenes informales²⁵⁴.

Del mismo modo, la teoría de la identidad, basada en la doctrina **liberal**, en mi opinión, ha prescindido erróneamente de la revolución **neo-monista**, la cual se haya representada por el desarrollo de los Derechos Humanos y del Derecho Comercial Internacional. Su análisis esencialista trata a la identidad de un Estado como algo exógeno o dado de forma permanente, casi inalterable. Sin embargo, como los estudiosos constructivistas han reconocido desde hace buen tiempo ya, las identidades nacionales, al igual que los intereses nacionales, se construyen socialmente; en otras palabras, son productos de un proceso de aprendizaje, de adquisición de nuevos conocimientos, el empleo de prácticas culturales e ideológicas²⁵⁵. Naciones como Sudáfrica, Polonia, Argentina, Chile y la República Checa no han sido de forma permanente seguidoras u opositoras del canon liberal, sino que su identidad y correspondencia con cierto sistema de valores ha dependido fundamentalmente de idas y venidas entre regímenes dictatoriales y democráticos a nivel interno, y transacciones normativas transnacionales a nivel internacional²⁵⁶. El análisis en base a la identidad deja sin respuesta a la siguiente interrogante constructivista: ¿En qué medida el cumplimiento de la legislación internacional propiamente dicha ayuda a un Estado particular a reafirmarse en su identidad

como un Estado respetuoso de la Ley y, por tanto, exhibirse como un Estado **liberal**?²⁵⁷ Por otra parte, la caprichosa afirmación de que “los Estados liberales establecen acuerdos, transacciones y normas solamente entre ellos”, tiende a ser no sólo parcializada, sino inexacta, sobre todo en materia del Derecho Internacional Comercial, donde los Estados tienden a respetar las normas y los acuerdos celebrados sin tomar en cuenta necesariamente si se está pactando con una democracia representativa o no²⁵⁸. Más aún, así como sucede con el desacreditado “relativismo cultural” de los Derechos Humanos²⁵⁹, decir que los Estados no liberales no participan de un sector del Derecho rechaza la tendencia universalista del Derecho Internacional y condena, efectivamente, a dichos Estados a participar de un mundo donde la política prima sobre el Derecho.

Un enfoque constructivista de la sociedad internacional, al menos, reconoce los efectos positivos de la participación repetida de los Estados bajo cierto marco jurídico que incluso termina transformando futuras relaciones y participaciones²⁶⁰; sin embargo, no explica completamente la importancia de los factores que van surgiendo en el proceso. No solamente hay que destacar la existencia de una comunidad internacional, sino también hay que referirnos a las múltiples transacciones que se dan dentro de ella. Las transacciones, así sean celebradas por actores gubernamentales o no gubernamentales, siguen generando el fenómeno de interpretación e internalización. En la medida en que tales normas sean interiorizadas con éxito es que se convertirán en factores determinantes para saber por qué es que las naciones obedecen.

Los teóricos de la sociedad internacional reconocen que este proceso tiene lugar, pero han realizado un estudio insuficiente

²⁵³ Ver: RISSE-KAPPEN, Thomas. Op. cit. p. 7.

²⁵⁴ Ver: CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 123.

²⁵⁵ Ver: FINNEMORE, Martha. “National interests on International society”. Ithaca: Cornell University Press. 1996.

²⁵⁶ Ver: WITCHEHEAD, Lorence. “The international dimensions of democratization: Europe and the Americas”. 1996.

²⁵⁷ KLOTZ, Audie. Op. cit. p. 478.

²⁵⁸ BERMAN, Harold. “World Law”. En: Fordham International Law Journal 18. 1995.

²⁵⁹ Sobre materiales respecto al universalismo o el relativismo de los Derechos Humanos, se puede revisar: STEINER Henry; KOH, Harold y Detley VAGTS. Op. cit.

²⁶⁰ Ver: HURRELL, Andrew. Op. cit. p. 59.

de lo que yo he denominado *la correa de transmisión o banda transportadora*, por la cual las normas internacionales se infiltran en la legislación nacional. Estas explicaciones son conceptualmente complementarias a fin de dar una explicación más rica de por qué el cumplimiento del Derecho Internacional se produce o no en determinados casos particulares. Tomemos, por ejemplo, un episodio reciente: El proceso de paz en Medio Oriente, la firma del acuerdo de separación de Hebrón de 1997. Como líder de la oposición de derecha del partido Likud de Israel, Benjamin Netanyahu había prometido no volver a reunirse con el líder palestino Yasser Arafat²⁶¹. Netanyahu, a su vez, se declaró opuesto de forma inalterable a la extensión de la soberanía palestina y, tras postular al cargo, ganó el puesto de Primer Ministro en base a una campaña que negaba toda negociación con Palestina²⁶². En particular, se refirió como **fallidos** a los llamados Acuerdos de Oslo, los cuales eran una serie de acuerdos de paz firmados por el gobierno laborista israelí en 1993. Coherente con su política confrontacional, Netanyahu instó a que se diera la derogación de estos tratados e incluso organizó protestas callejeras en contra de la firma de los nuevos acuerdos de Oslo²⁶³. Sin embargo, para el año 1997, Netanyahu había retomado el diálogo con las autoridades palestinas, incluido Yasser Arafat, ejecutando un acuerdo en el cual añadiría la siguiente disposición a los acuerdos de Oslo: El volver a implementar la presencia de tropas israelíes en las áreas pobladas por árabes de la ciudad cisjordana de Hebrón²⁶⁴. Los más firmes partidarios de Netanyahu lo condenaron ferozmente por este proceder, lo que consideraban poco menos que una

traición²⁶⁵. Sin embargo, bajo el liderazgo de Netanyahu, la coalición conformada por conservadores, religiosos y nacionalistas participó de un proceso de negociación del cual no habrían participado antes y al que se opusieron ferozmente por casi cuatro años.

¿Por qué ahora Israel prefiere obedecer los acuerdos de Oslo? Los intereses, la identidad y el rol de la sociedad internacional, una vez más, nos brindan partes de la explicación. Antes de convertirse en Primer Ministro, Netanyahu había manifestado sus dudas respecto a si el reconocimiento de las autoridades palestinas era útil o no a los intereses de Israel. De igual forma, los acuerdos de Oslo trajeron a Israel beneficios económicos en forma de inversión extranjera, así como una mejora en sus relaciones con Europa y los Estados árabes más moderados²⁶⁶. Una vez que inició el proceso de Oslo, más actores participaron; no solamente Israel y Palestina, sino que también hubo un rol casi protagónico de naciones como Estados Unidos, Jordania y Egipto. La participación de estos países hizo patente que el único marco a través del cual la paz puede ser lograda es por medio del involucramiento de la sociedad internacional, además que estos países ejercían también un rol correctivo, al responder con un marcado criticismo las intenciones iniciales de Netanyahu por derogar los acuerdos de Oslo²⁶⁷. Por lo tanto, estos acuerdos marcaron un punto de quiebre a través del cual se aprecia la interacción entre Israel y la sociedad internacional, no solamente representada por los palestinos, sino por las demás naciones partícipes del proceso de paz, lo cual condujo a la remodelación y reconstrucción de los intereses nacionales²⁶⁸.

²⁶¹ Ver: COLP, Judith. "Diverging Roads: Hard line, no cross". En: Jerusalem Post. Publicado el 23 de mayo de 1996. p. 11.

²⁶² Ver: BRUCK, Connie. "The wounds of peace". En: New Yorker. Publicado el 14 de octubre de 1996. p. 64.

²⁶³ Ver: HONIG, Sarah. "Netanyahu: Elections are referendum for peace". En: Jerusalem Post. Publicado el 20 de marzo de 1996. p. 1.

²⁶⁴ Ver: SCHMEMANN, Serge. "Mideast accord: overview. Netanyahu and Arafat Agree on Israeli pullout in Hebron". En: New York Times. Publicado el 15 de enero de 1997. p. A1.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ BRUCK, Connie. Op. cit. p. 84.

²⁶⁷ Tal como un reportero había notado con anterioridad, Israel tiene mucho más que perder hoy del poco riesgo que suponía en ese entonces, cuando se firmaron los acuerdos de Oslo, cuando su condición internacional era la de un Estado casi paria al inicio de los noventas. Ahora, en cambio, sus relaciones ha mejorado drásticamente dado que ahora mantiene buenas relaciones con buena parte del oriente moderado y, por consecuencia, mejorando sus relaciones con sus vecinos en la región.

²⁶⁸ GROSSMAN, David. "Israel's Fight for Real Peace". En: New York Times. Publicado el 28 de Septiembre de 1996. p. A23.

Una vez que comenzó a darse el proceso de transformación del interés nacional, se empezó a gestar también la apertura de Israel hacia la sociedad internacional, sobre todo ante el asedio de distintos canales: Opinión pública, foros, publicaciones, medios de comunicación y hasta mecanismos para una pública rendición de cuentas por parte de Netanyahu y sus partidarios²⁶⁹. Tan importante como el proceso legal transnacional, son los mecanismos de negociación que se pusieron en marcha en virtud al acuerdo de Oslo, creando de esta forma una estructura base para la interacción en pro de la paz²⁷⁰. De esta forma, la interacción sostenida por las partes en múltiples ocasiones fue convirtiendo a los acuerdos de Oslo en un medio para enmarcar la posición de las partes. De esta forma, tanto Israel cuanto Palestina empezaron a invocar términos incluidos en los acuerdos y así, unidos aunque desde distintos ángulos, fortalecieron la interpretación e interiorización de este acuerdo²⁷¹. Otro paso se dio cuando el Parlamento israelí (el Knesset) aprobó formalmente los acuerdos de Oslo, internalizando él mismo las normas suscritas en dichos acuerdos²⁷². Esta interiorización tuvo el efecto de establecer los acuerdos de Oslo como un hecho consumado, lo cual aumentó dramáticamente los costos internos que podría sufrir Israel si Netanyahu decidía incumplir lo dispuesto por los acuerdos de Oslo²⁷³. Todos estos factores fueron los que finalmente llevaron al recalcitrante Netanyahu a firmar el acuerdo de Hebrón con Yasser Arafat, lo cual condujo por extensión al partido Likud a asumir los acuerdos de Oslo como una pauta de comportamiento para el futuro. El tratado de Hebrón hacía aún más difícil atacar y desconocer un proceso en el que ya estaba involucrado²⁷⁴. En resumen,

este proceso por etapas acabó por **enfriar** la vehemente actitud inicial de Netanyahu contra los acuerdos de Oslo²⁷⁵. Es decir, el cumplimiento se había dado a través del sistema interactivo por medio del cual ambas partes manifestaron sus intereses y sus identidades, las cuales luego fueron analizadas por la comunidad internacional, que otorgó normas transnacionales que a través de la interacción constante terminaron por internalizarse en cada una de las partes. Este episodio muestra el poder del proceso legal transnacional para promover, a través de la interacción, la generación de normas y el refuerzo de las mismas, además de la incorporación de estas normas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Ahora bien, el proceso no es en absoluto una panacea y, en este momento, el futuro del proceso de paz en Medio Oriente sigue siendo incierto y convulsionado²⁷⁶. Pero incluso en el peor escenario posible, si los acuerdos de Oslo colapsan o son desconocidos de forma definitiva, el incidente de Hebrón todavía permite ilustrar cómo las normas internacionales por medio de procesos transnacionales pueden perfectamente penetrar e influir en nuestra política interna. Es por medio de los comportamientos constantes y aceptados de los actores que interactúan entre sí que se forman patrones que luego maduran en instituciones, acuerdos, regímenes y redes transnacionales. Las normas emanadas de esta evaluación no sólo guían de forma general la conducta externa, sino que, incluso, otorgan significados e interpretaciones específicas en materias especializadas (pensemos, por ejemplo, en la interpretación del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos), que a su vez mutan

²⁶⁹ Thomas Friedman describió a Netanyahu como una respuesta ante la presión conjunta de múltiples fuerzas democráticas.

²⁷⁰ Mucha de la repercusión que generaron los acuerdos de Oslo se basó en el improbable compromiso de Israel y las Autoridades Palestina, lo cual ha generado increíbles debates y soluciones a controversias múltiples como el caso de Hebrón, lo que derivó en el ya detallado "Acuerdo de Hebrón".

²⁷¹ GORDON, Evelyn. "Government: PA charter must be amended". En: Jerusalem Post. Publicado el 27 de enero de 1997. p. 12.

²⁷² MAKOVSKY, David y John IMMANUEL. "Knesses to vote on Hebron pact today". En: Jerusalem Post. Publicado el 16 de enero de 1997. p. 1.

²⁷³ HONIG, Sarah. "Netanyahu: we will continue peace process". En: Jerusalem Post. Publicado el 22 de Abril de 1996. p. 12.

²⁷⁴ Ver: "One Battle Over, On to the Next". En: The Economist. Publicado el 18 de Enero de 1997. p. 41.

²⁷⁵ GREENBERGER, Robert. "Netanyahu and Arafat go front Antagonism to Working Together". En: Wall Street Journal. Publicado el 14 de Febrero 1997. p. A1.

²⁷⁶ WATSON, Russell. "Bringing Up Bibi". En: Newsweek. Publicado el 24 de Marzo de 1997. p. 52.

en estructuras legales y políticas nacionales manifiestas en la acción ejecutiva, la labor legislativa e inclusive las decisiones judiciales. De esta forma, se gestan ideologías jurídicas que prevalecen frente a los apetitos nacionales que puedan surgir en los gobernantes dado que estos apetitos bien pueden poner en riesgo al estado de ser catalogado de infractor e incluso percibido como usuario de un comportamiento abiertamente **ilegal**. La toma de decisiones nacionales se convierte, por tanto, en una labor enraizada con las normas jurídicas internacionales, como los acuerdos institucionales celebrados para la elaboración y el mantenimiento de un proceso internacional que se arraigue en la prestación de un servicio doméstico²⁷⁷. De tal forma, instituciones jurídicas nacionales, políticas simbólicas, estructuras legales, procedimientos regulados de trabajo así como otros mecanismos internos se ponen al servicio del proceso para mantener el cumplimiento deseado de la norma internacional ya interiorizada²⁷⁸. Estas instituciones se transforman así en **portadoras de la historia**, es decir, de la línea del tiempo en la cual se fue consolidando la retroalimentación entre el plano local e internacional, así estas instituciones evolucionan en diferentes sentidos a fin de no entrar en un conflicto de normas interiorizadas²⁷⁹.

Tales hábitos institucionales conducen al establecimiento de patrones predeterminados de cumplimiento. Por lo tanto, en palabras de Henkin la conclusión sería: “[C]asi todas las naciones observan casi todos los principios del Derecho Internacional... casi todo el tiempo”²⁸⁰. “Cuando una nación se desvía del patrón (la presunción del cumplimiento) se crean fricciones”²⁸¹. Y, precisamente, para evitar tales fricciones en las continuas interacciones de las que inevitablemente será parte la nación es que sus líderes tienen la potestad de cambiar a tiempo su política

desde la abierta infracción al esperado cumplimiento. Es por medio de este proceso legal transnacional, esta suerte de ciclo repetido de interacción, interpretación e internalización, que el Derecho Internacional adquiere su “adherencia”, que los Estados adquieren su identidad, y que las naciones lleguen a **obedecer** el Derecho Internacional porque lo perciben afín a su interés propio.

La participación en el proceso ayuda, entonces, a reconstruir los intereses nacionales para, en consecuencia, restablecer la identidad de los actores como agentes respetuosos de la ley, así como usar este *status* adquirido de **actores obedientes** para legitimarse ante sus pares. Esto ocurre a menudo con las economías emergentes en la sociedad internacional. Como ya he descrito, el proceso legal transnacional nos da una explicación teórica de por qué los países obedecen y un plan estratégico (práctico) que motiva a las naciones a obedecer. ¿Cómo, entonces, se debe abordar el estudio de este proceso? Aunque una aproximación completa requerirá en buena cuenta un análisis interdisciplinario, he de plantear algunas preguntas básicas, utilizando los Derechos Humanos como ejemplo. En lo que hemos denominado el **régimen de los tratados**, la defensa de los Derechos Humanos es bastante débil, dado que los gobiernos, por razones económicas o mero empleo de la *Realpolitik*, son renuentes a denunciar los abusos perpetrados por otros gobiernos²⁸². En tal área, donde los mecanismos del cumplimiento son débiles, pero las normas consuetudinarias gozan de vigor, están claramente definidas y con frecuencia son imperativas (*ius cogens*), la mejor estrategia para lograr el cumplimiento no es el modelo de gestión o un régimen de interacción **horizontal**, sino, más bien, estrategias verticales de interacción, la interpretación y la internalización.

²⁷⁷ Ver: KEOHANE, Robert. “Compliance with international commitments: Politics within a framework of Law”. En: American Society of International Law 86.

²⁷⁸ EDELMAN, Lauren; PETERSON, Stephen; CHAMBLISS, Elizabeth y Howard ERLANGER. “Legal ambiguity and the politics of compliance: Affirmative action officer’s dilemma”. En: Law and Policy 13. 1991.

²⁷⁹ OSTROM, Elinor. “A Grammar Institutions”. En: American Political Science Review 89. 1995.

²⁸⁰ HENKIN, Louis. Op. cit. p. 42.

²⁸¹ Por ello, cuando una nación en desarrollo no paga, por ejemplo, una deuda soberana, eso perjudica su capacidad de asegurarse nuevos préstamos. Cuando un gobierno niega la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en un caso en que es demandado, esa decisión perjudica su capacidad de llamar a la Corte en caso quiera éste demandar.

²⁸² CHAYES, Abram. “The New Sovereignty Compliance with International Regulatory Agreements”. p. 123.

Si los actores transnacionales obedecen el Derecho Internacional como resultado de repetidos procesos de interacción con otros actores en el proceso legal internacional, entonces el primer paso debe ser capacitar a más actores a participar. Es aquí donde la aplicación del papel de las organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, entidades empresariales, y colectivos ciudadanos merece un estudio cuidadoso²⁸³. ¿Cómo es que, por ejemplo, las redes de Derechos Humanos y comunidades epistémicas se forman entre organizaciones internacionales y regionales, organizaciones no gubernamentales y nacionales, y fundaciones privadas?²⁸⁴ ¿Cómo estas redes se entrecruzan y complementan con el régimen internacional de los Derechos Humanos, a saber, el sistema mundial de normas y procedimientos dispuesto por las Naciones Unidas, el bloque regional europeo, las organizaciones de Latinoamérica, Norteamérica, Asia, África y Oceanía, el Derecho Laboral Internacional, las normas contra la discriminación racial, etcétera?²⁸⁵ Dentro de los gobiernos nacionales y las organizaciones intergubernamentales, ¿Qué papel juegan los abogados y asesores jurídicos en asegurar que las políticas del gobierno se ajusten a las normas jurídicas internacionales y cómo provocar que las agencias gubernamentales tomen posturas proactivas de denuncia ante violaciones de los Derechos Humanos?²⁸⁶

Luego, si la meta de la interacción es producir una **interpretación** de las normas de Derechos Humanos, ¿qué foros están abiertos para la elaboración y enunciación de normas, tanto dentro como fuera de los actuales regímenes de Derechos Humanos? Si éstos no existen, ¿de qué manera podrían adaptarse los foros existentes a este fin²⁸⁷, o tal vez nuevos foros,

como las Cortes Penales Internacionales para el caso de Ruanda o de Yugoslavia?

Tercero, ¿Cuáles son las mejores estrategias para **internalizar** las normas internacionales de Derechos Humanos? Uno puede distinguir entre **internalización social, política y legal**. La internalización social se adquiere cuando una norma obtiene tanta legitimidad pública, que lo general es que todos la obedezcan²⁸⁸. La internalización política ocurre cuando las élites políticas aceptan una norma internacional y la adoptan como política de gobierno. La internalización legal ocurre cuando una norma internacional es incorporada al Derecho doméstico a través de alguna acción ejecutiva, decisión jurisprudencial, acción legislativa o alguna combinación de éstas. Así pues, la controversia del Tratado Bilateral de Misiles Antibalísticos ejemplifica de forma cabal la incorporación de una norma (interpretación original de los tratados) en el Derecho y política interna de los Estados Unidos, lo cual se dio tras un proceso de interacción entre el Presidente, la Asociación para el Control de Armas y la Administración de Desarme. La internalización judicial puede ocurrir cuando algún litigio doméstico suscita la incorporación de alguna norma internacional referida a los Derechos Humanos, tanto implícitamente, interpretando alguna norma nacional a la luz de los tratados internacionales de la materia²⁸⁹; cuanto explícitamente, a través de lo que se llama "litigación internacional pública"²⁹⁰. La internalización legislativa se da cuando el **lobbying** doméstico incrusta al Derecho Internacional dentro de la legislación interna vinculante o incluso la incorpora a escala constitucional²⁹¹.

De tal suerte que la relación entre la internalización social, política y legal puede ser

²⁸³ Ibid. pp. 53-54.

²⁸⁴ SIKKINK, Kathryn. "Human Rights, Principled Issue-Networks, and Sovereignty in Latin America". En: *International Organization* 47. 1993.

²⁸⁵ DONNELLY, Jack. "Universal Human Rights in Theory & Practice". Londres: Cornell University Press. 1989. pp. 205-228.

²⁸⁶ CASSESE, Antonio. "The Role of Legal Advisers in Ensuring that Foreign Policy Conforms to International Legal Standards". En: *Michigan Journal of International Law* 121.1992.

²⁸⁷ Ver: WEILER, Joseph. "The transformation of Europe". En: *Yale Law Journal* 100. 1991.

²⁸⁸ Por ejemplo, considerar el principio de equidad racial universal, discutido en: KLAUTZ, Audie. Op. cit.

²⁸⁹ Ver el caso *Murray v. Schooner Charming Betsy*, discutido en: STEINHARDT, Ralph. "The role of international Statutory Construction". En: *Vanderbilt Law Review* 43. 1990.

²⁹⁰ Ver: KOH, Harold. "Transnational Public Law Litigation".

²⁹¹ Las constituciones nacionales de Irlanda, los Países Bajos e Italia, por ejemplo, reconocen a la incorporación de principios legales internacionales como una meta política.

compleja. En el caso de los refugiados haitianos²⁹², por ejemplo, la demanda por el respeto de su integridad en coherencia con los Derechos Humanos inicialmente no logró interiorizarse a través de un tratado o una norma, sin embargo, posteriormente y luego de manifestar una profunda y creciente indignación social sobre el trato que recibían los refugiados en Estados Unidos es que se empezó a dar el proceso de internalización. De allí que se creara durante la administración de Bill Clinton la **Comisión para la administración de los refugiados haitianos**²⁹³. De manera similar, y comenzando con el caso *Finartiga v. Penalrala*²⁹⁴, los litigantes estadounidenses de los Derechos Humanos han comenzado a promover la incorporación judicial a la Ley Nacional de Normas Internacionales que Prohíben la Tortura, de forma que esto presionó al entonces presidente Bush a ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, así como presionó al Congreso a promulgar la Torture Victim Protection Act de 1991²⁹⁵.

En el Reino Unido, la cuestión de la internalización legislativa se viene dando de forma similar poniendo de manifiesto como el partido opositor, el Partido Laborista prometió que, de ser elegido, incorporará al Reino Unido a la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, siendo esta propuesta una de las más controvertidas y prestas para el debate desde 1950, durante la gestión de Attlee Clement, siendo él el primero en ratificar la Convención en tal año. Desde entonces, la Convención ha sido interiorizada en parte a través de la construcción judicial. Sin embargo, la negativa del Poder Judicial Británico de incorporar de forma explícita la Convención, ha dado un nuevo impulso al debate en torno al proceso de interiorización. Como se puede corroborar, no todo proceso de internalización es automático, llano o

simple, de hecho puede ser accidentado y tener idas y venidas en su desarrollo²⁹⁶.

Por lo tanto, el concepto de proceso legal transnacional está repleto de implicancias importantes, no sólo para los teóricos de las Relaciones Internacionales, sino para los activistas políticos, los gobernantes, incluso para ciudadanos curiosos. Para los activistas, el papel constructivo del Derecho Internacional se manifiesta con mayor énfasis en la era de la posguerra Fría, dado que durante las cinco décadas que duró este episodio histórico el paradigma realista y la aplicación de la *Realpolitik* dominó las Relaciones Internacionales y, por tanto, tanto los activistas independientes cuanto aquellos que formaron parte de organizaciones no gubernamentales intentan apenas tímidamente participar, influir y en última instancia hacer cumplir las normas del proceso legal transnacional. De igual forma, los gobernantes y líderes políticos con cierta sensatez en materia de política exterior fueron extremadamente cautos ya que para garantizar el acierto de sus decisiones deben considerar no sólo las reglas globales, sino el contexto político global, así como entender su plano local, a fin de que una vez entendiendo los mecanismos del legislativo, ejecutivo y judicial se pueden emplear los mismos para incorporar las normas jurídicas internacionales en su ordenamiento doméstico²⁹⁷.

En 1992, Oran Young preguntó, “¿por qué es que un actor adquiere cierto sentido de obligación, de necesidad de ajustar su conducta a los dictados o requisitos que le impone un régimen o una institución? Creo que hay diferencias entre estar **obligado a hacer algo** y hacerlo **motivado por una razón moral, normativa o legal**”²⁹⁸ [El énfasis es nuestro]. Aunque Young sólo especificó estos distintos tipos de razones, yo considero, personalmente, que todas

²⁹² Ver el caso *Sale v. Haitianos*.

²⁹³ Ver: KOH, Harold. “Transnational Legal Process”. Ver también: KLOTZ, Aussie. Op. cit.

²⁹⁴ 630 F.2d 876. 1980.

²⁹⁵ 106 Stat. 73. 1992.

²⁹⁶ ZANDER, Michael. “A bill of Rights?”. Cuarta Edición. London: Sweet & Maxwell. 1997.

²⁹⁷ En mi siguiente libro, sugiero aplicar esta dinámica de interiorización y potenciarla. Esto se logrará en la medida que los agentes del gobierno reconozcan el fenómeno y decidan aprovecharlo para hallar en el Derecho Internacional soluciones a problemas o controversias locales.

²⁹⁸ Ver: SLAUGHTER, Anne-Marie. “International Law and International Relations Theory”. En: American Society of International Law 86. 1992.

se hallan en conjunto en la cuestión de la **obediencia**. Un actor transnacional siente la obligación moral de cumplir una norma en medida que ésta constituye una obligación legal y tal *status* de legalidad es sólo alcanzado por medio de la interpretación y asimilación de la norma en el orden jurídico interno. Tanto Chayes cuanto Franck son ejemplares consumados de dos tradiciones filosóficas distintas que se refieren al proceso legal transnacional, sin embargo, ambos aceptan que el Derecho Internacional es más propenso a ser cumplido por los actores en la medida que ellos ven reflejado en él la legitimidad de su orden doméstico.

Es precisamente esta **aceptación interna** el concepto del que carecía Hart cuando afirmó que el Derecho Internacional no cumple con el concepto de Derecho. Aún en los propios términos de Hart, el proceso legal transnacional es capaz de lograr la internalización de las normas globales y

ofrecer normas secundarias, así como **reglas de reconocimiento**, las cuales Hart consideró ausentes en el Derecho Internacional²⁹⁹. Esta revisión de diversos ensayos, propuestas, publicaciones y corrientes, que lejos de ser un fenómeno novedoso, la internalización de dictámenes internacionales en ordenamientos locales para garantizar su cumplimiento tiene raíces históricas profundas y vasto eco teórico. La participación en el proceso legal transnacional crea una normatividad dinámica y constitutiva. La interpretación de las normas mundiales e internalización de éstas en la legislación internacional se traduce en la reconstrucción de los intereses nacionales, la identidad nacional y finalmente, el rol en la sociedad internacional. En una era post ontológica, caracterizada por la **nueva soberanía**, la riqueza de la propuesta del proceso legal transnacional puede proporcionar la llave requerida para desbloquear el antiguo enigma de por qué las naciones obedecen.

²⁹⁹ Ver pie de página 71.

EL CAMINO DE LA PAZ

Fernando de Trazegnies Granda*
Miembro del Comité Consultivo de THĒMIS

¿Cuáles son los orígenes históricos de la disputa fronteriza entre Perú y Ecuador? ¿Por qué éste había sido un problema arrastrado desde el nacimiento de los Estados? ¿Cómo se realizó la política de negociación entre los Estados a fin de alcanzar un acuerdo de paz duradero?

En este artículo, el ex Canciller de la República y uno de los gestores del histórico acuerdo responde a estas preguntas rastreando la cuestión fronteriza desde los albores de la independencia americana con el fin del Imperio Español, hasta detallar el acuerdo de paz alcanzado durante el gobierno de Alberto Fujimori, en 1998.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de la cátedra de Filosofía del Derecho en la misma casa de estudios. Visiting Scholar en Harvard Law School. Ex Ministro de Relaciones Exteriores del Perú. Miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Miembro de número de la Academia Peruana del Derecho.

Resulta difícil entender la sutileza de las conversaciones con el Ecuador para la demarcación definitiva de la frontera común si no se tiene en cuenta los orígenes y el desarrollo histórico de la cuestión. En ese sentido, tenemos que remontarnos varios siglos atrás, por cuanto el problema no surge recientemente; no es el resultado de la aplicación del Protocolo de Río de Janeiro, sino que el mismo Protocolo es, a su vez, un hito –fundamental e irreversible– dentro de un proceso que tiene su origen desde la época de la independencia americana.

Es importante recordar que, en el origen, la América Española fue organizada únicamente en dos Virreinos: Uno que comprendía el Norte, constituido por el Virreinato de Nueva España (hoy México), y otro que comprendía América del Sur constituido por el Virreinato de Nueva Castilla, que paulatinamente fue transformando su nombre en el de Virreinato del Perú. Cada uno de estos dos virreinos estaba dividido en audiencias, que se fueron fundando a medida que avanzaba la Conquista y la colonización de las nuevas tierras. Estas audiencias eran básicamente tribunales de justicia pero con ciertas facultades de gobierno y jurisdicción dentro de sus territorios. Y alrededor de tales virreinos se crearon algunas circunscripciones que, debido a las características de sus poblaciones agresivas y al escaso nivel de colonización, requerían un dominio de tipo militar: Éstas fueron las Capitanías Generales. La Audiencia de Lima fue creada en 1542, con sede en la llamada Ciudad de los Reyes (que fue cambiando su nombre por el de Lima), la que quedó constituida como la capital del Virreinato de Nueva Castilla o Perú.

En 1563 se establece la Audiencia de Quito, dentro del Virreinato del Perú. A esta audiencia, el Gobierno español le adjudica los territorios de Jaén y Maynas, ubicados sobre la ribera norte de los ríos Amazonas y Marañón, e incluso Tumbes, Cajamarca, Chachapoyas y Moyobamba. De esta manera, en el interior del Virreinato del Perú, la línea de separación entre las Audiencias de Quito y de Lima eran los ya mencionados ríos. No olvidemos que éstos sólo son límites de audiencias, dentro del Virreinato del Perú; por tanto, el Perú es todo, incluso Quito. Y no olvidemos tampoco que toda la parte de la selva es en ese entonces prácticamente desconocida y que en buena medida será

ocupada por Portugal y se convertirá en Brasil.

En el siglo XVIII, dentro de la política de reorganización administrativa de los dominios españoles que implantan los Borbones a su llegada al trono de España, se crean varios nuevos virreinos en América del Sur, dado que los territorios resultaban ya enormes para una administración relativamente centralizada. Es así como, en 1717, se instituye el Virreinato de Nueva Granada, uniendo las audiencias de Santa Fe de Bogotá y de Quito. Ésta es la primera desmembración del Virreinato del Perú, que comprende lo que hoy es Colombia y Ecuador, así como toda la región selvática al norte de los ríos Marañón y Amazonas.

Sin embargo, el acceso a las zonas de Jaén y Maynas era en ese tiempo bastante más difícil desde el Virreinato de Nueva Granada que desde el Perú. Esta situación impulsó a la Corona española a enviar a don Francisco de Requena y Herrera, ingeniero y militar español, para que emitiera un Informe sobre el tema. Y éste, después de recorrer ampliamente la selva durante catorce años, dictaminó que era más fácil mantener controladas y evangelizadas esas zonas si estaban ligadas a Lima en vez de Quito. Incluso recomendó que fueran los franciscanos del Convento de Ocopa, que ya habían hecho muchas incursiones misioneras dentro del área amazónica, quienes podían llevar el Evangelio a esos lugares apartados de la selva. Es por ello que la Corona expidió la famosa Real Cédula del 15 de Julio de 1802, que será el campo de todas las discusiones posteriores con Ecuador, por la que se crea un Obispado en las misiones de Maynas, sufragáneo del Arzobispado de Lima y se establece que el Gobierno y la Comandancia General de Maynas, se reincorporen al Virreinato del Perú, “lo que se verificó y cumplió en todas sus partes”, según lo dice el propio Requena.

Obviamente, la Independencia de España que tiene lugar a principios del siglo XIX, para constituir varias naciones independientes y distintas unas de otras, con su propia organización política y sus propios territorios soberanos, exige adoptar ciertos criterios para determinar los límites de estos nuevos Estados americanos. En general, se entendía que las nuevas naciones se construían sobre la base de los Virreinos y Capitanías españoles existentes.

Por este motivo, tomando en cuenta la estructura cultural, económica e histórica de los Virreinos españoles, pero también la libertad de los pueblos consistente con el ideal liberal que marcaba el movimiento independentista, se acordó determinar los territorios de cada nuevo país ciñéndose a dos criterios que se levantan como los pilares del Derecho demarcatorio: El *uti possidetis* y la libre determinación de los pueblos.

El primero es el de *uti possidetis, ita possideatis*; conforme lo que poseéis, así poseeréis, lo cual significa que las nuevas administraciones republicanas deciden admitir como regla general las antiguas fronteras del tiempo de la administración española. Como el proceso de Emancipación comienza en varios lugares de la América española durante la segunda década del siglo XIX en diferentes tiempos, se decide que el año de corte será precisamente justo antes de entrar en esa ebullición de independencias, esto es, el año 1810.

El segundo principio es que los pueblos tienen el derecho de organizarse como quieran y de unirse con quien quieran. Por consiguiente, si el pueblo de un determinado territorio opta mayoritariamente por pertenecer al país vecino, debe aceptarse esta decisión. Esto es lo que se conoce como el principio de libre determinación de los pueblos.

Es así como Bolívar, quien tenía mucho interés estratégico en controlar Guayaquil incluyéndolo en la Gran Colombia para darle a ésta un mayor acceso al Pacífico, promueve en esta región —que pertenecía a la Audiencia de Lima— un plebiscito que de alguna manera dirige y en el cual logra que la población vote por su anexión a Colombia. Por otra parte, Jaén y Maynas eran zonas en discusión debido a los traslados de jurisdicción que habían sufrido en las últimas décadas; esto a pesar de que en el año 1810 esas zonas pertenecían a la Audiencia de Lima según la Real Cédula de 1802 antes mencionada. Pero los habitantes de Jaén resuelven el problema también plebiscitariamente, indicando que ellos querían pertenecer al Perú.

El problema de Maynas era diferente porque se trataba de una región que se encontraba todavía prácticamente sin influencia occidental, habitada sólo por nativos, constituyendo una suerte de *terra incognita*, apenas visitada por los misioneros que venían

esporádicamente desde el Perú y algunos funcionarios administrativos. No había, pues, una población importante ni menos capaz de ser convocada para tomar una decisión sobre la base de la libre determinación. Por consiguiente, no cabía la menor duda de que se aplicaba el *uti possidetis* y, consecuentemente, de acuerdo a la Real Cédula de 1802, debía pertenecer al Perú.

Bolívar deja el Perú en 1826 y el Perú adopta una posición anti-bolivariana. Y es entonces que Bolívar, ya desde la Gran Colombia, actuando vengativamente y en forma contradictoria con sus actos anteriores, exigió la restitución por el Perú a la Gran Colombia de Jaén y de parte de Maynas, aduciendo que habían pertenecido al Virreinato de Nueva Granada, convertido en Colombia por la Independencia de España. Y es así como tuvo lugar, en 1828, la primera guerra motivada por esta frontera: Una guerra que duró cerca de un año, al comienzo con victorias peruanas, más tarde con victorias colombianas, hasta que, en septiembre de 1829, se firmó el Tratado de Paz de Guayaquil, reconociéndose el *uti possidetis* que le daba derecho al Perú.

Pero, un año después, la antigua Audiencia de Quito se separa de la Gran Colombia, llevándose también Guayaquil y constituyendo así la nueva República de Ecuador, Y, lamentablemente, el conflicto fronterizo de la Gran Colombia con el Perú, originado en el malestar político causado en Bolívar por la actitud peruana frente a su gobierno, es heredado por la nueva República de Ecuador, la que reivindica la región de Maynas como propia. Y es aquí que comienza el conflicto fronterizo entre Ecuador y el Perú.

El siglo XIX es indudablemente un período difícil en las relaciones entre el Perú y el Ecuador. En los primeros momentos, Ecuador llegó a sostener que le correspondía no sólo Jaén y Maynas, sino también Tumbes. Después aceptaron que Tumbes era peruano pero, durante todo el siglo XIX, caminamos ambos países hacia el siglo XX guiados por dos sueños irrealizables, dos sueños que no podían materializarse sin colisión. Estos dos sueños podríamos describirlos geoméricamente como el de la frontera horizontal y el de la frontera vertical.

Ecuador mantenía su pretensión de llegar hasta el río Marañón-Amazonas, Por su

parte, el Perú sostenía que, a partir de la Quebrada de San Francisco, la frontera se levantaba verticalmente hacia el Norte por la vertiente oriental de los Andes, siguiendo en la dirección del meridiano, de tal manera que esta línea fronteriza pasaba escasamente a doce kilómetros al este de Quito, privando a Ecuador de todo derecho sobre la selva amazónica. Recuerdo muy claramente mis cuadernos de niño, donde hacía los garabatos propios del jardín de infancia, que tenían en su parte posterior un mapa del Perú con la frontera vertical. Y, por eso, recuerdo también el desconcierto que tuvo nuestra generación cuando, después del Protocolo de Río de 1942, estando ya en el Colegio, los mapas de la contratapa de nuestros cuadernos donde escribíamos nuestras primeras palabras habían cambiado y ahora la frontera no era una línea vertical sino diagonal a través de la Amazonía. Vivir nacionalmente persiguiendo sueños enfrentados era una situación insostenible que podía convertirse en cualquier momento en pesadilla; sin embargo, esta situación duró casi dos siglos.

En el siglo XX, las relaciones entre Perú y el Ecuador se desarrollaron iguales o peor que en el siglo XIX. Dada la situación tan tensa entre los dos países, Estados Unidos promovió una solución que no fuera vinculante pero que permitiera tener un poco de orden en la frontera. Esta solución consistía en que, sin perjuicio de seguir discutiendo los argumentos jurídicos sobre la frontera, por el momento se reconociera como tal la línea de hecho, es decir, la línea que dividía la ocupación efectiva de ambos países. Porque ni Ecuador ocupaba el territorio hasta el río Amazonas, ni el Perú tampoco lo ocupaba hasta doce kilómetros de Quito. Esta línea de ocupación efectiva fue en la práctica una suerte de bisectriz; ni una frontera vertical ni una horizontal, sino una diagonal. Los dos países seguirían discutiendo sus derechos, pero, mientras tanto, ninguno podía hostilizar al otro ni tratar de obligarlo a desocupar los territorios a uno y otro lado de la diagonal. Sin embargo, pese a todo ello, cinco años después de dicha recomendación, en 1941, se desataba la guerra.

No tiene sentido discutir ahora sobre quién comenzó las hostilidades. Ambos países se acusaron recíprocamente de provocaciones recíprocas. Pero, era tal el estado de tensión que bastaba una chispa que podía venir de cualquier lado para incendiar el pajar.

La campaña militar sólo duró tres semanas. La superioridad del Ejército peruano era notoria; incluso contaba con una unidad de paracaidistas, siendo ésta la primera vez que se utilizó el paracaidismo en combates en América del Sur. Por ello el Perú ocupó muy rápidamente las provincias ecuatorianas del Oro y parte de Loja, amenazando con tomar Guayaquil. En estas condiciones, Ecuador solicitó el cese del fuego y los dos Estados beligerantes aceptaron reunirse en Río de Janeiro a propuesta de un grupo de países de América.

En 1942 se firmó el Protocolo de Río de Janeiro que delimitaba de manera definitiva la frontera común. Ecuador no tenía acceso soberano al Amazonas, pero las dos naciones –sin declararlo de esta manera– decidieron adoptar un criterio práctico: Básicamente, convirtieron la “frontera de hecho” del *statu quo* de 1936 en una “frontera de derecho”, renunciando a sus demás pretensiones recíprocas. En el fondo, si bien la interpretación que se dio en el Perú y en el Ecuador a veces distorsionó las cosas, ambos países se habían cedido uno al otro parte del territorio discutido; como consecuencia de ello, tanto Ecuador cuanto el Perú habían perdido parte de su sueño territorial, pero habían ganado la paz. Sin embargo, la paz no puede ser nunca la mera suscripción de un documento jurídico sino que tiene que implantarse en los corazones si quiere ser eficaz. Lamentablemente, la paz del Protocolo de Río, jurídicamente irrevisable, alcanzó el nivel de las razones pero no el de los sentimientos. Y es así como Ecuador mantuvo la idea de que había sido obligado a aceptar tal frontera debido a la guerra y, en el fondo, el pueblo ecuatoriano no sentía que el acuerdo era justo.

Los trabajos demarcatorios de acuerdo al Protocolo de Río comenzaron prácticamente de inmediato. En pocos años, las Comisiones Mixtas de ambos países demarcaron casi toda la frontera, de manera que, en principio, ya no había discusión posible sobre toda esa inmensa extensión demarcada. Hubo algunos problemas, pero se recurrió al arbitraje de un experto geógrafo y marino brasileño y así se pudo seguir adelante. La dificultad más terca, por llamarla de alguna manera, surgió en 1947, cuando Ecuador sostuvo que existía una imposibilidad material de cumplir con el Protocolo en el pequeño tramo

correspondiente a la zona ubicada entre la Quebrada de San Francisco y la confluencia de los ríos Yaupi y Santiago. Ello se debía, según Ecuador, a que el Tratado ordenaba que se siguiera el *divortium aquarum* de los ríos Zamora y Santiago; pero que, más tarde, gracias al Servicio Aero-fotográfico estadounidense, se había descubierto que esos ríos no formaban sistemas adyacentes sino que estaban separados entre sí por un pretendido tercer sistema constituido por el río Cenepa. A este argumento, el Perú replicó que el río Cenepa era conocido en toda su extensión desde antes de la suscripción del Protocolo de Río de Janeiro y que, por consiguiente, las informaciones del Servicio Aero-fotográfico estadounidense no aportaban ninguna novedad y no podían poner en cuestión la frontera definida por el Protocolo.

Esta discusión se refería a una parte mínima de la frontera; todo lo demás se encontraba demarcado de mutuo acuerdo. Sin embargo, los trabajos de demarcación fueron suspendidos y se iniciaron conversaciones entre las partes que no tuvieron éxito. El Ecuador planteaba la inejecutabilidad del Protocolo de Río en esta zona de la frontera, por lo que la demarcación quedó paralizada.

Pero más tarde, Ecuador propone un cuestionamiento aún más radical. El Presidente de Ecuador, José María Velasco Ibarra, en un arranque de entusiasmo político, anunció el 17 de Agosto de 1960, cuando se disponía a asumir la Presidencia de la República por cuarta vez, que Ecuador denunciaba todo el Protocolo de Río, tachándolo de nulo. El pretexto para tal declaración era que ese acuerdo había sido suscrito después de una guerra entre las dos naciones y que ello implicaba que los pactos eran el resultado de la presión del vencedor, que había sido el Perú. Asimismo, sostuvo la vocación irrenunciable del Ecuador de llegar hasta las riberas del río Marañón. Esto significaba desconocer de manera total el Protocolo de Río y volver a las condiciones de una guerra para dirimir toda la frontera.

Como consecuencia de estos hechos, ambos países adoptaron una política de paz armada, equipándose cada uno militarmente ante la eventualidad de una nueva guerra. Las escaramuzas y sobresaltos se producían de tiempo en tiempo. Por regla general, éstas

tenían lugar a fines del mes de enero, con motivo del aniversario del Protocolo de Río de Janeiro.

Pero el Perú quería realmente llegar a una solución de este secular problema con un país profundamente hermano. Es así como, a fines de 1991, el Presidente Fujimori remite una comunicación al Presidente Rodrigo Borja, con la que le envía una "Propuesta de Amistad, Cooperación e Integración", en la que se planteaba la finalización del proceso demarcatorio de la frontera común, la preparación y firma de un Tratado de Comercio y Navegación por el Amazonas contemplado en los acuerdos de 1941 y sugerencias sobre proyectos socio-económicos comunes en las zonas fronterizas, sobre la base de la paz entre los pueblos. Dentro de esta misma línea, el Presidente Rodrigo Borja invita al Presidente Fujimori a visitar Ecuador. Y es así como se produce, en enero de 1992, la primera visita de Estado de un presidente peruano a Ecuador, el cual fue calurosamente aplaudido por las masas en la Plaza de San Francisco de Quito. El planteamiento que llevaba era de amistad y de búsqueda de una solución en común a los problemas del pasado. El Presidente Fujimori fue incluso invitado por el Congreso ecuatoriano, donde pronunció un discurso insistiendo en la necesidad de crear las condiciones para la paz que fue recibido con simpatía por los congresistas.

Lamentablemente, esta iniciativa se frustró. El Presidente Borja nunca contestó al Presidente Fujimori la carta y la propuesta recibida de éste último. Más bien, en unas declaraciones públicas, manifestó que las posiciones del Perú y del Ecuador en materia demarcatoria se encontraban muy alejadas una de otra.

El 10 de Agosto de 1992 asumió la Presidencia de la República de Ecuador el arquitecto Sixto Durán Ballén. Resulta muy significativo que el Presidente del Perú, el ingeniero Alberto Fujimori, asistiera a la transmisión de mando e incluso, durante su permanencia en Quito, diera una conferencia de prensa declarando que había propuestas de ambos lados "en busca de una solución pacífica, justa y digna para ambos pueblos". Por su parte, el Presidente ecuatoriano tuvo especiales deferencias para con el Presidente peruano, al punto de bajarse del estrado durante el discurso de inauguración de su mandato para abrazar al Presidente Fujimori. Todo ello era

bastante insólito y novedoso, y contribuyó a formar, en la mente del pueblo ecuatoriano, la convicción de que el Perú estaba tratando seriamente el problema y tenía la voluntad política de encontrarle una solución.

Lamentablemente, algunos incidentes posteriores hicieron que el Presidente Fujimori perdiera la confianza en el Presidente Durán Ballén. Y es en esta forma como llegamos al año 1995.

Nuevamente, hay diversas versiones sobre quién y cómo comenzó la guerra. Ecuador y Perú presentan relatos muy diferentes. Pero esto me obliga a insistir una vez más en que eso ya pasó y aquellos puntos que permanecen en controversia es preferible dejarlos en ese estado sin entrar en mayores detalles a fin de evitar la sensibilización póstuma de una u otra parte.

El hecho objetivo e indiscutible es que las tropas ecuatorianas y las tropas peruanas se encontraron frente a frente en la naciente del río Cenepa. La batalla fue muy dura y muchos peruanos y ecuatorianos perdieron la vida o fueron heridos o mutilados por la extraordinaria cantidad de minas anti-personales que fueron sembradas en la zona. El Presidente Fujimori estuvo en el frente alentando a las tropas peruanas. Después de cruentos combates, los países garantes del Protocolo de Río de Janeiro lograron un cese del fuego, con el compromiso de que el Ecuador y el Perú aceptaran discutir sus diferencias seriamente en el plano diplomático. El Perú estableció como condición para ello que Ecuador retirara sus tropas del lugar denominado Tiwinza, que habían logrado invadir y retener, lo que fue cumplido.

Resulta sumamente importante destacar que es dentro de estas circunstancias tan agitadas que el Presidente de Ecuador, el arquitecto Sixto Durán Ballén, hace una sorpresiva declaración ante la prensa desconociendo la posición adoptada por su antecesor José María Velasco Ibarra y, por consiguiente, declara que Ecuador acepta que el Protocolo de Río está vigente y debe ser respetado; sin perjuicio respecto de las diferencias en cuanto a su interpretación en lo que se refiere la zona ubicada entre la Quebrada de San Francisco y la confluencia del río Yaupi con el Santiago, esto es, el tema de la inejecutabilidad parcial.

Esta declaración cambia totalmente el panorama de las conversaciones entre los dos países.

Yo no fui partícipe de las primeras negociaciones de paz. Fui enviado por el Presidente Fujimori como embajador especial para explicar el conflicto a Inglaterra, Francia, Bélgica y la Unión Europea. Pero pasarían todavía dos años antes de que el entonces Ministro de Relaciones Exteriores, doctor Eduardo Ferrero, me llamara para presidir la delegación peruana en las conversaciones con Ecuador. No puedo hablar de esos dos primeros años, pero sí de lo que vi desde que entré a negociar la paz definitiva. Y puedo narrar esto no de una forma académica sino personal, expresar lo que he vivido al lado del Presidente Fujimori en este asunto tan importante para el Perú.

Ante todo, debo decir que tenía a mi cargo un equipo de lujo. Las personas de la Cancillería eran de primer orden y la delegación también contaba con expertos geógrafos de la Marina y del Ejército, cuya ayuda fue invaluable.

Cuando asumí la presidencia de la Delegación Peruana, ésta ya había tenido varias rondas de reuniones con la Delegación de Ecuador, dentro de las pautas fijadas por la Declaración de Paz de Itamaraty de 1995, habiéndose establecido una lista de siete *impasses* que correspondían a las reclamaciones de una y otra parte. La primera fase de estas reuniones consistía en hacer un inventario completo de estos *impasses*, de manera que cada país debía exponer sus planteamientos sobre ellos para saber exactamente cuál era el alcance de la discrepancia respecto de cada punto. Las delegaciones ya habían expuesto los primeros *impasses* y me correspondía guiar a nuestra Delegación en relación con los más difíciles, que habían sido dejados para el final: Los referentes a la Cordillera del Cóndor y a la zona de la confluencia del río Yaupi con el río Santiago. Sin embargo, lo que encontré en todos los colaboradores y autoridades políticas fue bastante escepticismo: No se creía posible llegar a un acuerdo verdadero con Ecuador.

Llegué a Brasilia para discutir con la delegación ecuatoriana los dos últimos y más difíciles *impasses*. Pero mi primera experiencia fue muy frustrante porque encontré que no se trataba propiamente

de negociaciones (incluso esta palabra era evitada), sino que simplemente las dos partes leían vibrantes alegatos escritos con la misma agresividad de quien informa ante una Corte Judicial (en este caso inexistente) y con la misma solemnidad oficial de quien inaugura un monumento ¡Qué lejos era todo esto de las negociaciones comerciales a las que estaba acostumbrado, en las que prevalece la agilidad y el objetivo claro de llegar lo más pronto posible a una meta exitosa! El formato de las conversaciones oficiales era muy formal y rígido y así no íbamos a llegar a ninguna solución. Faltaba relación humana. Para soslayar estos obstáculos metodológicos sin faltar al formato ni a mis instrucciones, desde el primer día desarrollé una actividad paralela a las conversaciones oficiales: Comencé a establecer relaciones más personales con los miembros de la delegación ecuatoriana, a fin de conocernos mejor unos y otros.

Por eso, en el primer día en Brasilia, propuse al Presidente de la delegación ecuatoriana que nos tuteáramos y que esa noche saliéramos a cenar juntos. Y le dije “no hablaremos del Perú ni del Ecuador ni de fronteras ni ríos en medio de selvas impenetrables. Hablemos de ti y de mí, de nuestras familias y de nuestras aficiones. Sé que tenemos muchas cosas en común y me parece que hay que cultivar el lado humano de la relación entre peruanos y ecuatorianos”. Así lo hicimos y fue una noche muy simpática, con una grata conversación personal entre dos nuevos amigos. Al día siguiente fui a cenar con otro miembro de la delegación ecuatoriana, Gustavo Noboa, más tarde Presidente de Ecuador, a quien conocía antes de reuniones académicas, pues había sido Rector de la Universidad de Guayaquil.

Y así es como traté de hacerme amigo de todos los miembros de la delegación ecuatoriana, convencido de que, siendo la amistad no otra cosa que la paz y el afecto privado, tenía que ser el primer paso para sembrar la paz y el afecto entre los pueblos. En estas conversaciones más aliviadas, era posible rebajar (nunca suprimir) el nivel de las susceptibilidades y de las desconfianzas recíprocas. Cuando menos, se creaba así un clima propicio para plantear cosas no en términos de apasionadas defensas que no hacían sino abrir más la brecha emocional sino de cautelosas investigaciones para descubrir si racionalmente era posible hallar algunos puntos en común.

Una de las anécdotas que me parece más significativa porque refleja ese clima de tensión y de desconfianza, se refiere a la firma del acta de la primera ronda a la que asistí como Presidente de la Delegación. Mis colegas me habían explicado que el último día –de los cuatro o cinco que duraba la ronda– era dedicado a redactar el acta; y que éste era un día muy tedioso porque cada parte pretendía dejar en claro su posición y no admitía que la otra parte lo hiciera. Esto me desconcertó un poco porque, como he dicho, las intervenciones de ambos lados eran muy formales, venían escritas, se leían en voz alta y luego se entregaban a los garantes. Por consiguiente, parecía que el Acta no podía contener muchas adiciones a lo ya dicho. Como no estaba familiarizado con las prácticas diplomáticas, me abstuve de comentar.

Pero, efectivamente, ese día viernes y la noche que le siguió fue en verdad una pesadilla. Cada una de las partes pretendía colocar en el acta un resumen de lo que había dicho en las sesiones. Y, por supuesto, cada parte increpaba a la otra que estaba introduciendo cosas que no se habían dicho durante la ronda. A la una de la mañana del sábado, los ánimos estaban muy exasperados y no parecía posible llegar a un texto común. El Acta, lejos de ser un mero documento de registro, se convertía en una forma de agravar las discrepancias y, sobre todo, de enfrentar emocionalmente a las dos partes. Como vi que no íbamos a avanzar de esta manera pero, al mismo tiempo, dado que no quería plantear un método diferente sin haber consultado con mi delegación, propuse suspender la sesión y continuar al día siguiente en la mañana. Pero algunos miembros de ambas delegaciones querían viajar de regreso a sus casas el sábado y se opusieron a ello. Este clima de irritación cansada se prolongó hasta las cuatro de la mañana, hora en que se aceptó mi propuesta de suspender la sesión y reunirnos el día siguiente a las ocho de la mañana para dar tiempo a salir en los vuelos de mediodía.

Al regresar al hotel, aunque todos estábamos terriblemente fatigados, pedí a mi delegación que nos reuniéramos unos minutos. Ahí les propuse un método diferente de hacer el Acta. Todo lo que se había dicho en las sesiones constaba al pie de la letra en los cuidadosos documentos que se habían presentado a los garantes en cada oportunidad; nunca se dijo una sola palabra que no estuviera escrita

previamente. Por consiguiente, lo lógico era hacer un acta de diez líneas, simplemente dando cuenta de que las dos delegaciones se habían reunido los días tales y tales, y dejando constancia de que todo lo que se había dicho aparecía en los documentos presentados por las partes que constituían anexos integrantes de la dicha acta. En el primer momento, mis colegas se negaron a esa solución porque aducían que era fuera de la práctica habitual. Pero, después de un intercambio de ideas, todos consideraron que esto nos sacaba de un problema que parecía no tener cuándo acabar; y que, además, en las próximas rondas, si se seguía el mismo método de leer discursos, la redacción del acta sería muy simple.

El día siguiente, nos reunimos las dos delegaciones. Hice la misma propuesta a la Delegación Ecuatoriana y la reacción fue exactamente la misma: Al principio hubo una cierta resistencia pero, cuando se comprendió que nada se perdía sino que más bien sobrepasábamos esta dificultad al parecer insuperable, las dos delegaciones se miraron, sonrieron con gran satisfacción y un cuarto de hora más tarde teníamos el acta firmada.

Lo que quiero decir con esto es que los caminos más simples y más directos para que las personas puedan entenderse se encuentran velados por la neblina de la suspicacia, de la desconfianza, del prejuicio, que a su vez producen irritación que contribuye a cegar a las partes. Por eso, una de las lecciones que he aprendido en estas conversaciones de Brasilia y en las que tuvimos también en Buenos Aires, en Santiago, en Lima y en Quito, es que la única manera como las dos partes pueden salir ganando dentro de una negociación es cultivando la confianza recíproca, la amistad y —¿por qué no decirlo?— el buen humor.

Debo señalar que me desconcertaba sobremanera comprobar el abismo que existía entre el Perú y el Ecuador, siendo dos pueblos tan extrañamente idénticos, los dos culturalmente herederos de los españoles y de los incas, con una geografía parecida, con una problemática común respecto de la pobreza y el desarrollo, con incluso muchos parentescos familiares. Varios diplomáticos peruanos especializados en el tema de Ecuador son descendientes de presidentes ecuatorianos, o tienen hijos casados con nietas de presidentes de ese país o con

políticos ecuatorianos prominentes. El primer Presidente del Perú fue Don José de la Mar, quien había nacido en Cuenca; y en casi todas las familias peruanas hay ascendientes quiteños pues, en la época del Virreinato, era normal que las familias que venían de España se establecieran primero en Bogotá o en Quito y luego pasaran a radicar al Perú. Incluso nuestro Ministerio de Relaciones Exteriores, el Palacio de Torre Tagle, perteneció —cuando menos desde principios del siglo XIX hasta que lo compra el Estado a comienzos del siglo XX— a la familia Ortiz de Zevallos, de origen ecuatoriano. Por otra parte, cada año, nuestro peruanísimo Señor de los Milagros se pasea por las calles de Lima en un anda que, en su parte posterior lleva a la Virgen de la Nube, que es precisamente patrona de Quito. Y con toda esa comunidad de pasado y de futuro, ¿no era posible poner fin racionalmente a una controversia que, en el fondo, resultaba suicida para ambas naciones?

La primera y la segunda ronda de conversaciones en las que participé tuvieron un resultado dudoso. Regresé a Lima bastante desalentado porque me parecía que, con la metodología que estábamos empleando, no iba a ser posible lograr un acercamiento. Las largas mesas en las que se sentaba frente a frente cada una de las delegaciones parecían trincheras desde las cuales se disparaba al contrario poderosas balas de argumentos fabricados con mucha prolijidad.

Al llegar a Lima, informé a mi ministro de ese estado de ánimo. Muchas personas consideraban que mi decepción se debía a que yo había esperado demasiado de estas conversaciones y en Brasilia me había enfrentado a la realidad insoslayable. Sin embargo, luego de tantas conversaciones durante las dos semanas que habíamos pasado juntos en Brasilia, los miembros de mi delegación comenzaban a pensar que quizá, efectivamente, la forma de plantear las controvertidas posiciones no era la más adecuada y que habría que organizar mejor la conversación y simplificar las formalidades. El caso de la firma del acta había sido una muestra muy significativa de lo que se podía lograr con un poco menos de rigidez.

Le pedí al Canciller peruano que me permitiera cambiar el formato de la reunión en la próxima ronda, dando lugar a una mayor libertad de expresión. Un requisito esencial

para poder hablar con más flexibilidad era que no hubiese registro de lo discutido ni en ponencias escritas ni en actas. No fue fácil convencerlo, pero finalmente aceptó que de los cuatro días de la ronda, los primeros dos fueran dedicados a ese experimento que yo proponía; y que los dos restantes se dedicaran a cumplir con el proyecto inicial, es decir, hacer un resumen general de los problemas, lo que debía estar consignado en un acta.

Algo que me alentó sobremanera fue que, en las reuniones que tenía con el ministro y el Presidente Fujimori antes de viajar para cada ronda, había venido advirtiéndome que el Presidente Fujimori había tomado consciencia de que mi posición era más optimista que la del ministro Ferrero y que, de alguna forma, a él le gustaba que así fuera.

A fines del mes de noviembre de 1997, viajamos nuevamente a Brasilia. Antes había tenido varias reuniones con los miembros de mi delegación, en las que les había explicado mi idea. Claro está que no sabía a ciencia cierta cuál podría ser el resultado que obtendríamos de esa manera. Primero, había que convencer a la delegación de Ecuador y a los garantes para que aceptaran ese tipo insólito de reunión diplomática, sin registro alguno. Y luego todo dependería de la dinámica que pudiera surgir en este ambiente –por así decirlo– irregular. Mi delegación me apoyó en la idea de plantear el experimento y así, pese a que en un cierto momento habíamos pensado que esa ronda sería el fin de nuestras conversaciones, ahora íbamos a Brasilia cargados de ilusiones.

Gracias a las relaciones personales que había cultivado con los miembros de la delegación ecuatoriana, el reencuentro fue muy grato. Comenzó la primera sesión, pedí la palabra e hice mi herética propuesta. Manifesté la necesidad de ser menos rígidos, más sueltos en nuestros cambios de impresiones y puntos de vista, con más posibilidades de hacer preguntas inmediatamente a fin de conocer mejor la posición de la otra parte. Y, como esto podía traer problemas si se registraba, propuse que durante los dos primeros días de la ronda no hubiera planteamientos escritos ni se consignaran las conversaciones en un acta.

Como era de esperar, esta propuesta desarticuló las costumbres establecidas y dejó

a todos muy desconcertados. Me hicieron preguntas sobre lo que perseguía de esta manera y respondí que simplemente quería crear un ambiente de verdadero intercambio de ideas. Finalmente, los garantes dijeron que ellos se sometían a la voluntad de las partes y que si la delegación ecuatoriana aceptaba, ellos no hacían problema. Por su parte, la delegación ecuatoriana pidió un intermedio para evaluar la propuesta.

Me imagino que la delegación ecuatoriana consultó en ese tiempo con su Cancillería. Cuando nos volvimos a reunir, el embajador Terán declaró que Ecuador estaba de acuerdo en llevar adelante el experimento, teniendo en cuenta que las expresiones vertidas en esos momentos de ausencia de las formas diplomáticas no obligaban a las partes y no debían ser repetidas fuera de la reunión.

Me permití hacer dos pedidos adicionales. El primero, que dejáramos nuestras trincheras y nos sentáramos todos alrededor de las mesas, mezclados ecuatorianos y peruanos. El segundo pedido consistía en que, dado el calor que hacía, nos quitáramos las chaquetas y las corbatas, lo que de paso colaboraría en crear un ambiente más informal y suelto. Ambos pedidos fueron aceptados. Alguien tuvo la buena idea de proponer que trabajáramos sobre la base de un documento que había sido sugerido por los garantes y, consecuentemente, para organizar mejor la conversación, nos dividiéramos en cuatro comisiones, una por cada uno de los temas planteados en ese documento.

El lunes en la tarde y el martes, la reunión se desarrolló dentro de un ambiente de notable camaradería y franqueza. Y las ideas comenzaron a aparecer. El documento fue ampliamente discutido por las dos partes con optimismo y, luego de ciertos arreglos, quedó listo para su suscripción bajo el título de “Declaración de Brasilia”.

Ciertamente, no fue fácil su aprobación por los Gobiernos debido a los prejuicios que venían de antaño. Ignoro cómo fue visto el proyecto por la Cancillería ecuatoriana, pero la Cancillería peruana se negó inicialmente a autorizar la firma. Las conversaciones con Lima fueron muchas y muy intensas. Para los miembros de la delegación peruana que estábamos en Brasilia –todos ya convencidos de que quizá el entendimiento entre nuestros

países sí era posible— nos parecía que la negativa peruana era la peor de las actitudes ante esa situación. Sin embargo, la resistencia era tan grande y nuestra presión tan fuerte que Cancillería decidió consultar con la Presidencia de la República. Grande fue mi sorpresa cuando escuché una voz al teléfono que no era la del Canciller sino la del propio Presidente Fujimori. Me pidió mi impresión sobre el documento y, cuando le manifesté mi entusiasmo, me preguntó si todos los miembros de mi delegación tenían la misma opinión. Le contesté que todos estaban conmigo en ese momento y que pondría el teléfono en el modo de comunicación general para que él mismo oyera la respuesta. Y, claro está, la respuesta fue un sonoro ¡Sí! pronunciado al unísono.

La firma de la Declaración de Brasilia fue un hito importante en las conversaciones porque abría nuevamente la puerta para continuar el diálogo. Y esta vez el estilo sería más suelto, los objetivos serían más precisos y ordenados, por lo cual se esperaba que las nuevas conversaciones en el seno de la Comisiones temáticas que se constituían en dicha Declaración, pudieran ser muy fructíferas. Los garantes se mostraron satisfechos con este logro y la Declaración fue objeto de un acto formal presidido por el Canciller Luiz Lampreia de Brasil, gran amigo de la paz. Todavía quedaban por acordar algunos aspectos, particularmente el cronograma de trabajo. Este tema era muy importante porque el hecho de someternos todos a una agenda precisa reafirmaba la seria intención de llegar a conclusiones y no de prolongar simplemente unas conversaciones sin final visible.

En consecuencia, se programó otra reunión, esta vez en Buenos Aires, para la segunda semana de enero de 1998. Venciendo con optimismo numerosas pequeñas dificultades, logramos establecer un cronograma común. Obviamente, estábamos ganando en confianza recíproca. Pero claro está que ello no era posible lograrlo plenamente de la noche a la mañana. Por otra parte, si los negociadores de ambos países habíamos logrado ya un alto nivel de cordialidad y de seguridad en nuestro trato, cuando menos en el caso del Perú que es el que conozco, ello no se reflejaba necesariamente en los funcionarios de nuestra Cancillería que estaban lejos de la mesa de conversaciones.

Para dar una idea de cómo en estas circunstancias hasta simples susceptibilidades terminológicas pueden dar lugar a complicados *impasses*, cabe recordar la discusión en Buenos Aires con relación al nombramiento de expertos que se pronunciaran sobre la interpretación del Protocolo de Río, respecto de la parte de la frontera aún no demarcada. El acuerdo sobre llevar el asunto a manos de expertos era un paso trascendental, porque resultaba claro que ninguno de los dos países aceptaría renunciar por sí mismos a sus reclamaciones recíprocas. Esto era un imposible político y emocional. Por eso, llamar a expertos independientes para que se pronunciaran sobre el tema era la única solución para zanjar el problema. Y, felizmente, las dos delegaciones comprendieron perfectamente esta necesidad. Todo funcionaba muy bien hasta que se presentó una dificultad aparentemente insalvable respecto de la denominación que debía darse al documento que emitieran los expertos. La delegación ecuatoriana tenía instrucciones de que a ello se le denominara “opiniones”; la delegación peruana tenía instrucciones tajantes de que a ello se le denominara “pareceres”.

Si consultamos al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia veremos que nos dice que “opinión” es “el dictamen, juicio o parecer que se forma de una cosa cuestionable”. Y, a su vez, “parecer” es “opinión, juicio o dictamen”. Por consiguiente, las dos palabras significan lo mismo y la definición de una contiene expresamente a la otra. Estábamos, pues, ante patentes sinónimos. Sin embargo, no había manera de ponerse de acuerdo. La delegación ecuatoriana insistía en que se les llamara “opiniones”, por lo que salí de la reunión y consulté telefónicamente a mi Cancillería si podíamos aceptar ese término porque estábamos perdiendo el tiempo y exacerbando los ánimos en una discusión que semánticamente no tenía sentido alguno. Pero mis instrucciones fueron que debía insistir con “pareceres”. Regresé a la reunión y planteé la posibilidad de que la Delegación ecuatoriana consultara a su vez a su Cancillería. Pero ya la desconfianza había ganado nuevamente terreno debido a que ninguna de las dos partes lograba entender cuál era la razón de la otra para insistir en el vocablo propuesto por cada una. Y, claro está, la razón era muy clara y consistía en que no había razón alguna detrás de ésta.

En estas circunstancias, y viendo que el pesimismo cundía en las dos delegaciones, opté por salir de la reunión y hacer una nueva llamada a Lima, esta vez directamente al Presidente Fujimori. Luego de que hubo escuchado mi relato de los hechos y mi opinión, me contestó que consultaría con Relaciones Exteriores y que me daría después una respuesta. Regresé a la mesa de conversaciones y pedí que prosiguiéramos con otros detalles para evitar empantanarnos en ese tema; y más tarde, luego de una reflexión serena volveríamos a hablar de pareceres y opiniones. Media hora después me avisaron que me llamaba el Presidente. Este, con un criterio muy práctico, me preguntó si no era posible colocar en el acuerdo las dos palabras –“pareceres u opiniones”– aunque se tratara de una repetición. Propuse esta fórmula a la Delegación ecuatoriana y la propuesta fue aceptada; de modo que las opiniones de los expertos fueron calificadas simultáneamente como pareceres u opiniones; fórmula que no hubiera sido del agrado de la Real Academia Española pero que constituyó una solución para el caso.

Los grupos de expertos entregaron el resultado de su trabajo el mismo día a los garantes –el 8 de Mayo de 1998– a fin de que éstos a su vez los entregaran a los respectivos países. Felizmente, aunque algunos pudieran discrepar con la opinión de los expertos, no cabía duda de que éstos habían hecho un trabajo absolutamente bien informado y científicamente analizado que respetaba el Protocolo de Río y reconocía los derechos peruanos sobre ese discutido tramo de la frontera, el único que faltaba por demarcar. De esta manera, había ya cuando menos un marco para nuestras conversaciones de paz que, si bien no era obligatorio, tenía el peso de estar fundado en las opiniones de juristas y científicos independientes.

Ecuador no quería aceptar los pareceres u opiniones de los expertos puso un poco de freno a las conversaciones. Por otra parte, en unos meses habría elecciones en Ecuador y cambio de gobierno, lo que hacía más difícil tomar decisiones en ese momento. Todo ello contribuyó a reducir la actividad de la negociación. Sin embargo, la situación era muy tensa en la frontera y en cualquier momento podía producirse una guerra.

En esas circunstancias se produjo un incidente del cual se ha hablado poco y que, sin embargo, nos revela que las relaciones entre Ecuador estaban caminando al borde del abismo y que en cualquier momento podían despeñarse ambos países con efectos catastróficos. Es así como, mientras los diplomáticos buscábamos el camino de la paz, otras personas transitaban por el camino tortuoso que conduce a la guerra.

A fines de julio llegaron noticias a la Cancillería peruana de que una vez más se estaba produciendo movilizaciones de tropas ecuatorianas en la frontera en la parte de las altas cumbres de la Cordillera del Cóndor con el propósito manifiesto de cruzar la línea e invadir el suelo peruano. Esta penetración ilegal se materializa en algunos sectores de la frontera y, consecuentemente, el 31 de julio de 1998, el Canciller Eduardo Ferrero reúne a los embajadores de los países garantes acreditados en Lima y les hace entrega de una carta que dirige el Presidente Fujimori a sus homólogos de Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos de América, en la cual les solicita que realicen gestión para el retiro de tropas ecuatorianas infiltradas en territorio peruano, a fin de evitar un conflicto de incalculables proporciones.

El riesgo de una guerra era inminente. Las tropas de uno y otro país están a pocas decenas de metros de separación. Se miran unos a otros, se observan con recelo, la tensión aumenta. Basta que uno de los soldados de cualquiera de los dos países se ponga nervioso y apriete el gatillo de su arma apuntada al enemigo para que se desencadene una guerra que no sólo dará lugar a muertos, heridos y discapacitados de ambos países, sino que puede alcanzar proporciones desastrosas. Desde la experiencia de 1995, donde la decisión del Perú de no atacar –y ni siquiera sobrevolar– territorio ecuatoriano sino solamente defender el peruano causó serias dificultades estratégicas; hay gente que piensa que debe atacarse ciertos lugares claves de Ecuador. Pero, teniendo en cuenta que la aviación moderna es de largo alcance, eso implicaba que Ecuador pudiera tomar represalias bombardeando Talara, Piura o quizá Lima. En otras palabras, una guerra en tales circunstancias habría tenido consecuencias imprevisibles y de todas maneras desoladoras para ambos países.

Pero el Canciller Ferrero manejó muy bien la situación y, con la ayuda del Canciller argentino Guido di Tella, logró un acuerdo para que las tropas de ambos países se retiraran del borde de la frontera dejando un espacio desmilitarizado entre unas y otras. Y eso permitió superar el peligro del momento, aunque esta situación era un aviso de que la guerra se nos venía encima si no lográbamos un acuerdo pronto con Ecuador.

Es en estas circunstancias que el Presidente Fujimori decide valientemente intervenir de manera directa en las negociaciones de paz para llevarlas a un fin. En Ecuador había sido elegido Presidente el doctor Jamil Mahuad; y, afortunadamente, desde la primera reunión internacional en la que se encontraron el Presidente Fujimori y el Presidente Mahuad hicieron una muy positiva amistad.

A partir de ese momento, el Presidente Fujimori decidió negociar personalmente y estuvo presente en todas las reuniones entre los dos países, como también lo estuvo el Presidente Mahuad de Ecuador. En esas reuniones, el Presidente Fujimori me pedía estar a su lado y muchas veces me dejaba negociar con el Presidente Mahuad mientras él tomaba notas minuciosas y reflexionaba sobre los temas. Esas reuniones tuvieron lugar en Brasilia, en Nueva York y en Washington. Pero, a pesar de la buena voluntad de ambos lados, la solución no se encontraba a la vista porque el Presidente de Ecuador y su delegación sentían que era políticamente imposible para ellos firmar un acuerdo en el que Ecuador simplemente aceptara la tesis peruana sin ninguna compensación cuando menos moral. Y en el lado peruano entendíamos perfectamente esta dificultad, ya que tanto el gobierno ecuatoriano como el acuerdo mismo de paz podían desaparecer frente a un movimiento popular que derrocará al gobierno por ese motivo y se negara a aceptar el acuerdo de paz.

En el fondo, luego de todo lo que se había trabajado hasta ese momento, lo que quedaba era un problema casi emocional: Era necesario vivir la paz como un logro conjunto de ambos países y esto tenía que ser simbolizado por un gesto importante. Para Ecuador era imposible aceptar la decisión de los expertos que daba totalmente la razón al Perú sin correr el riesgo de que un golpe de Estado acabara con el Presidente recién

elegido y terminara con toda esperanza de lograr la paz verdadera.

Y es así como apareció la cuestión de Tiwinza. Ecuador tenía un afecto muy especial por Tiwinza, debido a que el batallón que se encontraba en ese lugar durante la guerra de 1995 nunca se rindió ante el Ejército peruano ni fue desalojado por éste. Las tropas ecuatorianas combatieron duramente y, cuando los Garantes mediaron para poner fin al enfrentamiento bélico, Ecuador entregó el lugar a los representantes de los Países Garantes. Por ese motivo, Ecuador consideraba que debía quedarse con Tiwinza como territorio ecuatoriano.

Por su parte, el Perú sostenía que Tiwinza estaba dentro del territorio peruano según los límites establecidos por los expertos independientes nombrados por ambos países y que, por tanto, su soberanía se ajustaba a Derecho. Admitir una transferencia de soberanía en razón de un hecho de armas equivalía a consagrar de alguna manera el derecho de conquista, por lo que si Ecuador pretendiera algo semejante no sólo sería inaceptable por el Perú sino que además constituiría un muy mal ejemplo en América Latina.

Aparentemente, no había salida frente a estas dos posiciones absolutamente discrepantes. Y cualquier paso en falso de cualquiera de los dos lados hubiera producido reacciones políticas que habrían hecho imposible el tratado de paz. Es en estas circunstancias que al Presidente Fujimori se le ocurrió una idea genial. Descartada radicalmente la cesión de Tiwinza en soberanía, ¿no sería posible —me preguntó— ofrecerle a Ecuador simplemente un derecho civil, como la propiedad o el usufructo del terreno donde tuvo lugar el combate, conservando el Perú totalmente la soberanía?

La salida me pareció muy ingeniosa: Dar un terreno en Tiwinza en propiedad a Ecuador era un derecho aún menor que el que Ecuador tiene sobre el terreno de su Embajada en Lima. En esa forma no afectábamos un solo centímetro de soberanía y, de otro lado, era un gesto simpático para Ecuador. ¿Pero cuál sería la razón para entregar Tiwinza como propiedad privada a Ecuador? Teníamos que encontrar una justificación razonable y aceptable por ambos países.

En una conversación personal que sostuve con el Presidente Mahuad en la que éste me explicaba el valor emocional que representaba Tiwinza para el pueblo ecuatoriano, me habló de que en ese lugar había soldados ecuatorianos que habían muerto en batalla y que estaban enterrados ahí. Inmediatamente se me ocurrió la forma de justificar esa entrega en propiedad que me había sugerido el Presidente Fujimori: Podíamos considerar Tiwinza como un cementerio de guerra ecuatoriano, de la misma manera como en Alemania había cementerios de soldados norteamericanos. Desde el punto de vista de soberanía, Tiwinza seguiría siendo parte del territorio peruano; pero el Perú le concedía a Ecuador la propiedad privada del terreno a fin de que pudiera constituirse un lugar conmemorativo de sus soldados fallecidos en la guerra.

En estas circunstancias, el ministro de Relaciones Exteriores renunció y me correspondió asumir la posta. El Presidente me preguntó si estaba dispuesto a montar este difícil caballo, lo que ciertamente implicaba el riesgo de una dolorosa caída a nivel personal si nuestra posición resultaba no aceptable políticamente. Le contesté sin dudarle que sentía que yo mismo había creado la posibilidad de que existiera este caballo y que por eso, convencido de la conveniencia de la paz para ambos países, lo llevaría adelante, sin amilanarme por el peligro –nunca descartable– de un aparatoso fracaso en el camino; porque la meta era mucho más importante para el Perú que todos los males para mi personal que pudieran derivarse de un paso en falso.

Finalmente, luego de una reunión en Brasilia con el Presidente Cardoso, se acordó que los dos países presentaran un pedido a los garantes para que éstos ofrecieran una propuesta de solución al *impasse*, teniendo en cuenta todo lo actuado y acordado durante las negociaciones. Los garantes, por su parte, respondieron en el sentido de que el pedido debía ser aprobado previamente por los respectivos Congresos y que la solución que ellos plantearían debía tener carácter vinculante.

El resto es perfectamente conocido. Los dos presidentes, el Canciller de Ecuador, embajador José Ayala, y quien escribe como Canciller del Perú, firmamos el Acuerdo

Definitivo de Paz. La emoción general que reinó en Brasilia después de la ceremonia es indescriptible. Peruanos y ecuatorianos se buscaban para abrazarse. No faltaron lágrimas de personajes muy importantes.

Unos meses más tarde se completaba el trabajo de demarcación y se colocaba el último hito. De esta forma, la paz entre el Perú y el Ecuador quedaba definitivamente sellada, sin que el Perú hubiera perdido un solo centímetro de su territorio delimitado conforme a la interpretación estricta del Protocolo de Río. Los resultados de todo ello son evidentes y se muestran tanto en las estadísticas comerciales de los últimos diez años como en las magníficas relaciones entre los dos Gobiernos.

No cabe duda del papel fundamental que les correspondió a los presidentes Alberto Fujimori y Jamil Mahuad, quienes intervinieron en forma directamente en las negociaciones a través de lo que se llamó “Diplomacia Presidencial”. Ambos pueden haber tenido errores en su gestión. Pero, en materia de la paz con Ecuador, sin la intervención personal de ellos, la paz no hubiera sido posible; sin su convicción sobre la posibilidad de llegar a un concierto y sin su valentía para apoyar esta posibilidad contra viento y marea y a pesar de los riesgos político, el Acuerdo de Paz no hubiera sido suscrito.

Pero el resultado más grandioso de esos acuerdos, y que más rápidamente fue puesto en práctica, no está escrito en ninguno de los papeles y convenios internacionales: Es la amistad y confianza que ha surgido de pronto entre los dos pueblos hermanos. La paz se prepara con los documentos jurídicos, con las negociaciones, con las firmas de tratados. Pero sólo se concreta cuando sobrepasa el nivel del Derecho y se convierte en una vivencia: La paz no está en un papel sino en el corazón. Y tan pronto como la frontera dejó de ser un problema, peruanos y ecuatorianos hemos descubierto lo que era obvio: Somos países enormemente parecidos, tenemos una historia común y tenemos también un futuro común.

Y ello ha llevado como consecuencia a la imposibilidad de guerras futuras entre los dos pueblos: Ya no habrán más muertos peruanos y ecuatorianos defendiendo lo que ambos consideraban suyo, ya no habrán personas

inválidas desde su juventud por hechos de guerra, jóvenes con sus vidas truncadas, no veremos más soldados mutilados que quedaron malogrados para siempre por defender su patria contra quien nunca debió ser su enemigo sino su hermano.

Este es el gran resultado del Acuerdo de Paz; ciertamente, el resultado más importante, porque posibilita todos los otros: El trabajar en conjunto nos da a ambos países ventajas económicas, podemos colaborar en la mejora social de nuestras poblaciones de frontera, los intercambios culturales se han hecho muy

frecuentes e intensos en estos diez años de amistad. Para construir todo ello—y mucho más que nos queda por hacer— se requería de un cimiento insoslayable que es la paz. Y ella fue posible porque todos los que intervinimos en el proceso, peruanos y ecuatorianos, supimos aprovechar eficientemente el Derecho y los sentimientos, la razón y el corazón, para recuperar nuestro reconocimiento recíproco como pueblos hermanos, unidos por un pasado común y por un futuro de lucha contra la pobreza y por el desarrollo, que debemos afrontar apoyándonos mutuamente dentro de una relación fraternal.

DIAGNÓSTICO: EL DERECHO INTERNACIONAL, SU EFICACIA Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNO*

Entrevista a Luis García-Corrochano Moyano**

Una de las particularidades del Derecho Internacional es su falta de poder coercitivo. Ante la falta de algún ente que garantice su cumplimiento, surge la pregunta referida a si el Derecho Internacional es realmente eficaz y a cuáles son los medios con los que sí se cuenta para asegurar dicho cumplimiento.

En la presente entrevista, se abarca la forma en que el Derecho Internacional se hace realidad y cómo es que éste logra permanecer independiente de los avatares políticos mundiales. El énfasis, en este caso, se dará sobre el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y el papel que éste cumple, o podría cumplir, en el mantenimiento de la paz y el orden mundiales.

* La presente entrevista fue realizada por Luis Fernando Roca Lizarzaburu, miembro de la Comisión de Contenido de THÉMIS. Las preguntas fueron elaboradas por los miembros de la Comisión de Contenido de THÉMIS.

** Abogado. Magíster en Administración por la Universidad San Ignacio de Loyola. Posgrado en Derecho Internacional Público en el Instituto de Altos Estudios Internacionales de la Universidad de Ginebra y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Profesor de Derecho Internacional Público y Humanitario en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad de Lima y la Academia Diplomática del Perú. Miembro asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

1. ¿Es posible hablar de un Derecho Internacional independiente de la política mundial? ¿Puede resultar una herramienta para que las grandes potencias impongan una normativa favorable a sus intereses?

El Derecho, como disciplina, es en sí mismo una respuesta a necesidades humanas (políticas, económicas, culturales). En tal sentido, me parece difícil emancipar al Derecho Internacional de la política, porque ésta genera una serie de situaciones que requieren ser normadas. Tengamos en cuenta que primero llega la necesidad o el hecho histórico; el Derecho viene después. La política es una fuente material del Derecho Internacional que, a través de las fuentes formales (tratados, costumbre), crea las normas adecuadas para regir las nuevas situaciones. Por otro lado, el carácter consensual y descentralizado del Derecho Internacional en gran medida lo protege de ser un Derecho manipulado o dirigido por las grandes potencias, al menos en lo que respecta a las normas multilaterales.

2. Muchos critican al Derecho Internacional por integrar un cuerpo normativo carente de carácter coercitivo, que no puede vincular a los países más poderosos. Está el caso de la invasión de los Estados Unidos a Irak, hace ya diez años. ¿Cuán vinculado está el poder económico o político de los Estados con su sometimiento al Derecho Internacional? ¿Es éste realmente efectivo?

El Derecho Internacional no es coercitivo porque no está en su naturaleza. Es un Derecho descentralizado, cuyas normas provienen de sujetos de Derecho jurídicamente iguales. Las normas de los Derechos internos están provistas de coerción, pero eso no las libra del incumplimiento o violación. En el Derecho Internacional, los vínculos entre Estados son voluntarios; los Estados eligen ser parte de un tratado, de una organización internacional, o aceptar la competencia de un tribunal internacional. Nadie los puede obligar y, si lo hiciera, dicho consentimiento sería nulo de pleno derecho.

Lo que sucede es que, aunque durante todo el siglo XX se ha hecho un gran esfuerzo por prohibir o limitar el recurso a la fuerza en las

relaciones entre Estados, no se puede evitar completamente los conflictos en su expresión más clara: La guerra. Indudablemente, los Estados más poderosos tienen influencia en la formación del Derecho Internacional, pero no lo determinan. En ese sentido, tampoco es posible sancionar conductas al margen del Derecho (como el caso de la invasión a Irak) con sanciones que se encuentran, también, al margen del Derecho. En todo caso, hay que destacar, y ciertamente lamentar, que son diversas las violaciones al Derecho Internacional que cometen varios Estados y que quedan sin sanción, básicamente porque se mediatiza a la única entidad que podría tomar cartas en el asunto. Me refiero al Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas.

3. Ahora bien, así como se critica el uso de la fuerza, el no-uso de ésta también es criticado en el caso de países que padecen una grave crisis humanitaria o donde se violan constantemente los Derechos Humanos (es el caso de Somalia, Siria y Sudán del Sur, entre otros). ¿Sería posible la intervención militar en estos lugares sin contar con la autorización del Consejo de Seguridad ni en legítima defensa? Existe un precedente en la intervención de la OTAN en el caso de Kosovo, hace ya casi veinte años.

El Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas tiene un mandato específico: Pretender que se interprete dicho mandato a la luz de otras consideraciones políticas tal vez sirva para ampliar la posibilidad de intervención, pero ¿es eso deseable en el Derecho Internacional actual? Creo que no. El sistema internacional tiene ciertos presupuestos, pero eso no quiere decir que tenga un estándar único en asuntos políticos que, vistos desde una óptica occidental, se reputan como menos avanzados. Indudablemente, hay situaciones que pueden ameritar una intervención internacional, pero el límite es muy difuso. Hay una amplia zona gris cuando nos referimos a las crisis humanitarias o a las violaciones de los Derechos Humanos, y los criterios de intervención suelen ser, más que nada, una oportunidad para intervenir antes que el resultado de la aplicación del Derecho Internacional. El caso más flagrante hoy en día es Siria, que enfrenta a las potencias y, por

ello, se hace difícil la actuación del Consejo de Seguridad. Pero hay otros casos que no son recientes, sino históricos, en los cuales el Consejo tampoco pudo actuar porque no pudo alcanzar un consenso sin vetos.

Lo sucedido en Kósovo nos hace reflexionar sobre la posibilidad de darle a la seguridad internacional ya no sólo un alcance global, sino también situarlo, por un criterio de proximidad, en el ámbito regional. Esto está permitido por la propia Carta de las Naciones Unidas, aun cuando ésta reserva al Consejo de Seguridad la posibilidad de dictar medidas coercitivas para ser ejecutadas por los organismos regionales. Creo que generalizar el uso de medidas coercitivas para que puedan ser directamente decididas y aplicadas por organismos regionales sería incurrir en un gran riesgo de agravar esos conflictos, si se produjese un desacuerdo entre el organismo regional y el mismo Consejo. Así, el remedio resultaría peor que la enfermedad.

4. **A la luz de estos casos de crisis humanitaria, muchos plantean que la solución sería reformar el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con el fin de asegurar su responsabilidad en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional. Esto, debido a que la naturaleza “democrática” de dicho órgano muchas veces puede verse corrompida por cuestiones políticas, que tenderían a retrasar una intervención necesaria. ¿Considera viable una reforma de este calibre? ¿Qué otras opciones podrían considerarse?**

Precisamente, hablando del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, para entender su actuación hay que tener en cuenta cuál es su verdadera finalidad. Fue creado no para prevenir o evitar todos los conflictos –tarea, en realidad, de imposible cumplimiento–, sino para evitar los conflictos entre las grandes potencias, que pudieran conducir a una nueva conflagración mundial. Es en ese sentido que ha cumplido su función. Si bien es cierto que muchos de los conflictos posteriores a 1945 han sido conflictos entre las grandes potencias, lo han sido de manera indirecta. Guerras por procuración, pero que no han puesto en peligro la paz mundial, salvo la crisis de los misiles en Cuba.

El Consejo de Seguridad no es un organismo plenamente democrático y tampoco fue concebido de esa manera. El derecho de veto de las grandes potencias no es democrático, pero ha probado ser bastante funcional. No ha evitado todos los conflictos, pero ha permitido que las Naciones Unidas puedan actuar sin generar conflictos al interior de la misma organización. Ciertamente, ni Naciones Unidas ni el Consejo de Seguridad son una panacea capaz de evitar o solucionar todos los conflictos. Hay que poner al Consejo en su real dimensión y dentro de sus posibilidades. Si bajo el sistema actual en el que cinco Estados tienen derecho de veto y, por lo tanto, pueden impedir una actuación del Consejo de Seguridad, ¿aumentar a diez o quince Estados con derecho de veto hará al Consejo más eficaz u operativo? Aunque la reforma de la Organización de las Naciones Unidas es un tema que se discute hace ya un buen tiempo, de momento no veo posible una reforma de la composición o modo de funcionamiento del Consejo de Seguridad. El problema es que no veo un justo medio entre que todo siga como está y que se lleve adelante una reforma. Y, evidentemente, es difícil que los intereses de las grandes potencias cambien, porque es la única manera de que cambien su manera de proceder en el Consejo.

5. **Ahondando en el órgano máximo de la Organización de Naciones Unidas, la Carta de las Naciones Unidas afirma que el Consejo de Seguridad es el encargado de hacer cumplir las sentencias de la Corte Internacional de Justicia. Este mecanismo de eficacia, sin embargo, ha sido poco utilizado en la práctica y permite a los miembros permanentes del Consejo hacer uso de este derecho de veto frente a sus –en realidad– decisiones. *Ad portas del proceso que sigue nuestro país contra Chile, ¿Qué nos asegura que nuestra contraparte acatará la sentencia? ¿Sería útil a la causa peruana esta facultad del Consejo de Seguridad?***

El cumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia, al igual que el cumplimiento de los tratados, depende de la buena fe de las partes. En ese sentido, se entiende que si dos Estados aceptan ir a la Corte es porque están dispuestos a acatar la sentencia, y ambos países, el

Perú y Chile, han manifestado su voluntad de cumplimiento. En la hipótesis que un Estado se negara a dar cumplimiento a una sentencia, se puede recurrir al Consejo de Seguridad para que recomiende o adopte medidas destinadas a la ejecución del fallo. Más que de utilidad en un caso particular, en realidad constituye una garantía de cumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en general, garantía que no tiene ningún otro tribunal internacional en el mundo.

6. Usted ha escrito extensamente acerca de la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho doméstico. Respecto al tema, el artículo 55 de nuestra Constitución menciona que los tratados en vigor forman parte del Derecho nacional, pero los tratados no son la única fuente del Derecho Internacional. ¿Cómo funciona la relación entre la Costumbre Internacional y el Derecho doméstico?

La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno no ha sido abordada con la suficiente profundidad. Efectivamente, la mayor parte de trabajos se han limitado al estudio de la relación de los tratados con el Derecho interno, básicamente en lo que respecta a su incorporación y jerarquía, sin prestar atención a las normas que provienen de otras fuentes. La jurisprudencia administrativa, judicial y constitucional tampoco ha acertado a profundizar en el tema.

Pienso que al leer el artículo 55 de nuestra Constitución, no se le debe dar una interpretación restrictiva –únicamente los tratados– sino amplia, es decir todas las normas de Derecho Internacional que, al igual que los tratados, establecen derechos u obligaciones internacionales. Tal sería el caso de la costumbre internacional, que de hecho está presente en nuestro Derecho interno, y a nivel nada menos que de la Constitución Política, especialmente en lo relativo a los derechos fundamentales, el derecho de asilo, el derecho a la nacionalidad, o la igualdad de trato al inversionista extranjero.

Sin embargo, tal vez uno de los textos recientes que merecen mayor atención es el de la demanda marítima peruana ante la Corte Internacional de Justicia, el cual, entre

sus fundamentos, expresa que reconoce a la costumbre internacional, los principios generales del Derecho, y la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales (dentro de los que se encuentran el Tribunal Internacional del Mar y numerosos arbitrajes en asuntos de límites marítimos). Es un reconocimiento, ante el más alto tribunal de Derecho Internacional, que el Perú no sólo reconoce y considera aplicable a su demanda, sino que admite como normas internacionales que se deben incorporar al ordenamiento jurídico interno.

Distinto es el caso de las resoluciones de organizaciones internacionales. Aunque es una fuente que para el Derecho Internacional tiene un carácter autónomo, el Derecho interno tampoco le ha dado un tratamiento acorde. Tenemos, por un lado, las resoluciones de organizaciones de integración que, como en el caso de las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, tienen el carácter de normas supranacionales. Sin embargo, luego de incorporadas, dichas normas suelen ser repetidas en normas internas. Pese a la postura claramente monista de nuestra constitución, se actúa como si hubiésemos adherido a una postura dualista y la aplicación de la norma de Derecho Internacional dependiera de un mecanismo de incorporación formal.

Por otro lado, las resoluciones de organizaciones internacionales, como en el caso de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, no tienen un procedimiento de evaluación y seguimiento, fuera de la usual distribución que se realiza a las reparticiones públicas. No hay una norma de Derecho interno que establezca las medidas de cumplimiento que el Estado debe adoptar en el caso de dichas resoluciones.

Sólo en el caso de las sentencias de tribunales internacionales existe una norma específica, la Ley 27775, “Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales”. El título de la norma ya es de por sí equívoco, porque hace pensar únicamente en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones, cuando en realidad estuvo pensada para las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puesto que sus normas fundamentalmente se refieren al pago de reparaciones.

Por tal motivo, sería conveniente una sentencia vinculante del Tribunal Constitucional, que interpretara el artículo 55 de la Constitución en el sentido más amplio de incorporar al Derecho interno las normas del

Derecho Internacional Público, de las que probablemente provengan muchas especificaciones. La otra solución, más difícil, sería acudir directamente a una reforma de la constitución.

35 Años



La Unión

CORREDORES DE SEGUROS S. A. C.

La Unión

Vehículos
Salud
Patrimoniales

Calle la Habana 440 San Isidro, Lima-Perú. Telf.: 421 1575. Fax: 441 4302

LOS CRITERIOS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS

Fabián Novak Talavera*

La estabilidad del ordenamiento mundial depende, en gran medida del respeto de los Estados hacia los acuerdos o tratados que firman entre sí. Sin embargo, estos acuerdos o tratados no son ajenos a las controversias referidas a su interpretación; este problema puede dar origen a conflictos que atenten contra la paz y el Derecho Internacional. Es por este motivo que la Convención de Viena ha establecido qué se debe hacer en caso de duda.

En el presente artículo, el autor nos explica de manera clara y didáctica los principios que se deben tomar en cuenta al momento de hacer interpretaciones respecto de los tratados. Estos criterios ayudan a una mejor marcha de las relaciones internacionales, siempre en búsqueda de la paz, la estabilidad y la seguridad internacional.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Viceministro de Políticas para la Defensa del Ministerio de Defensa del Perú entre agosto de 2006 y enero de 2008. Director del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú entre marzo de 1997 y julio de 2006. Miembro asociado de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

I. PRESENTACIÓN

El presente artículo tiene como propósito desarrollar un capítulo de particular importancia en el Derecho de los Tratados, el cual es el relativo a las reglas de interpretación.

No cabe duda que la interpretación de un tratado es un ejercicio intelectual complejo y difícil, como también de trascendental importancia, pues será determinante para la correcta aplicación y cumplimiento de sus disposiciones.

En este sentido, analizar los principios de interpretación principales y complementarios consagrados en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, así como las disposiciones establecidas para los tratados autenticados en varios idiomas, amén de otras reglas no contempladas en la referida Convención pero recurridas en la práctica, será el principal propósito de este estudio, en el que buscaremos además revisar la práctica de los diversos tribunales internacionales en la aplicación de estas reglas.

II. CONCEPTO

La interpretación de los tratados suele ser definida por la doctrina de los publicistas como una operación intelectual que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales contenidas en estos instrumentos, aclarando los aspectos oscuros o ambiguos que tales disposiciones puedan contener. En este sentido, la interpretación busca comprender el tratado y el sentido que las partes quisieron darle¹.

La interpretación, además, estará presente cada vez que se ejecute o aplique un tratado, pues como bien lo señala Scelle: “[T]odos los que aplican un texto lo interpretan, sin

percibirlo siempre, y siguen con este fin un cierto método”².

En general, la interpretación de un tratado plantea dos interrogantes fundamentales a resolver. La primera de ellas es quién puede interpretar un tratado y, la segunda, es cómo llevar adelante esa interpretación. Precisamente, los siguientes dos puntos pretenden dar respuesta a ambas inquietudes.

III. LOS SUJETOS QUE PUEDEN INTERPRETAR UN TRATADO

La interpretación de un tratado puede ser efectuada por diversos sujetos o entidades, atribuyéndoseles diversos efectos jurídicos en cada caso.

Así, la interpretación puede ser realizada por los propios Estados partes de un tratado (todos ellos en conjunto), sea en el tratado mismo o en un acto posterior. A esto se le conoce como interpretación auténtica y sus efectos jurídicos no se limitan a las partes del tratado sino que también son oponibles a terceros (efectos *erga omnes*)³.

La interpretación de un tratado también puede ser efectuada por un órgano jurisdiccional internacional, cuando las partes en un litigio le reconocen competencia para resolver una controversia existente entre ellas. En tal caso, la interpretación efectuada por el tribunal surtirá efectos jurídicos para las partes en cuestión y sobre la materia objeto de litigio⁴.

De igual modo, la labor de interpretación de un tratado puede ser hecha por los diversos órganos de un Estado (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, entre otros). En este caso, la interpretación, conocida en doctrina como interpretación unilateral⁵, sólo surtirá efectos jurídicos en el Derecho interno de aquel

¹ ROUSSEAU, Charles. “Derecho Internacional Público”. Barcelona: Ariel. 1969. p. 55; DE VISSCHER, Charles. “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”. En: Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye 151. Tomo III. 1976; JENNINGS, Robert y ARTHUR WATTS. “Oppenheim’s International Law”. Tomo I. Novena edición. Londres: Longman. 1993. p. 1267.

² Citado por YASSEN, Mustafá. “L’interprétation des traités d’après la Convention de Vienne sur le droit des traités”. En: Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye 151. Tomo III. p. 9.

³ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. “Derecho Internacional Público”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial / Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2000. p. 204.

⁴ EHRlich, Ludwik. “L’interprétation des traités”. En: Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye 24. Tomo III. 1928. p. 38.

⁵ *Ibid.* p. 35.

Estado, no siendo oponible a los demás Estados partes del acuerdo.

Muy similar al caso anterior, tenemos la interpretación que pueden llevar adelante los órganos que componen una Organización Internacional, sea de su propio tratado constitutivo y los acuerdos de sede, hasta aquellos tratados impulsados en su elaboración y aprobación por la propia organización.

A estos cuatro casos habría que añadir la doctrina de los publicistas, la misma que en forma individual o en asociación emite opinión sobre los alcances de los tratados. Esta interpretación, si bien carece de todo efecto jurídico, ejerce una fuerte influencia en las decisiones judiciales o arbitrales internacionales.

IV. LAS REGLAS PARA INTERPRETAR UN TRATADO

Si bien la interpretación de los tratados sigue siendo objeto de discusión y polémica⁶, contemporáneamente existe consenso sobre la presencia de ciertas reglas de interpretación de los tratados en el Derecho Internacional general, las mismas que gozan de una amplia base jurisprudencial. Estas reglas han sido consagradas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969⁷. Al respecto, señala Jiménez

de Aréchaga: “Las normas jurídicas relativas a la interpretación de los Tratados constituyen una de las sanciones de la Convención de Viena que fueron adoptadas por la conferencia sin voto disidente alguno y, por consiguiente, pueden ser considerados como declaratorios del Derecho en vigor. Los cuatro artículos dedicados a la interpretación de los tratados están basados en la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia y destilan la esencia de ciertos principios fundamentales que pueden considerarse como reglas de Derecho Internacional sobre el tema y no meramente directivas generales, aplicables a todos los tratados, cualquiera sea su naturaleza o contenido”⁸.

De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia ha afirmado reiteradamente que: “Según el Derecho Internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin”⁹.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto *Golder v. United Kingdom*¹⁰, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre la expresión

⁶ Así, si bien desde los autores clásicos del Derecho Internacional como Grocio, Wolff, Vattel, Puffendorf, entre otros, se afirma la existencia de ciertas reglas de interpretación, otros como Lawrence, Austin y Oppenheim cuestionaron su existencia o valor. Al respecto véase DE LA GUARDIA, Ernesto. “Derecho de los Tratados Internacionales”. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma. 1997. p. 219.

⁷ Los artículos 31 y 32 de la Convención fueron aprobados en 1969 por 97 y 101 votos, respectivamente, y ningún voto en contra, lo que da cuenta del alto nivel de consenso existente sobre las reglas que contienen. Estas mismas reglas son establecidas por los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales y entre Organizaciones Internacionales de 1986.

⁸ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. “El Derecho Internacional Contemporáneo”. Madrid: Tecnos. 1980. p. 55. En este punto, debemos referir que el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional se inspiró a su vez en una resolución del Institut de Droit International de 1956 (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. “Annuaire”. 1956. pp. 364-365), así como en los Principios formulados por FITZMAURICE, Gerald. “British Yearbook of International Law”. Volumen 23. Oxford: Oxford University Press. 1957. pp. 211-212. En el mismo sentido, véase: GARDINER, Richard. “Treaty Interpretation”. Nueva York: The Oxford International Law Library. 2010. p. 165.

⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad”. 1994. p. 22. En el mismo sentido véase: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las plataformas petroleras entre Irán y Estados Unidos”. 1996. p. 812; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia”. 1999. p. 18; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto LaGrand”. 2001. párrafo 99; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo a la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan”. 2002. p. 645; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto Avena y otros nacionales mexicanos”. 2004. p. 48; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino”. 2004. p. 174; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo a la aplicación de la Convención sobre el Genocidio”. 2007. párrafo 160.

¹⁰ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. “Asunto *Golder v. United Kingdom*”. Serie A. 1995. p. 18.

“leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹¹, y el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el Asunto Estados Unidos - Pautas para la Gasolina Reformulada y Convencional¹².

En consecuencia, la aceptación en la jurisprudencia internacional de la existencia de ciertas reglas de interpretación de los tratados de carácter general no deja lugar a dudas. Establecido ello, veamos ahora lo que dispone el artículo 31 de la Convención de Viena:

Artículo 31.-

1. “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a. Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b. Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado por las demás como instrumento referente al tratado.
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a. Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

- b. Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c. Toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Este artículo consagra un pluralismo de métodos y reglas de interpretación de los tratados, con una clara primacía de la interpretación textual¹³. Esto último no significa que el artículo 31 consagre una jerarquía o prevalencia de una regla (la textual) sobre las otras al momento de efectuar la operación de interpretación, sino tan sólo que en el proceso de interpretación siempre se tiene como punto de partida el texto mismo del acuerdo y si este es claro y brinda certeza, no hay que indagar más¹⁴.

La propia Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas precisa que cuando el artículo 31 utiliza la expresión “regla” en singular y no en plural, indica que los principios de interpretación consagrados en él deben ser aplicados integral y conjuntamente; esto es, en una sola operación combinada. El proceso de interpretación constituye así una unidad y las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí¹⁵. En este sentido, todas las reglas consagradas en dicho artículo deben ser

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Opinión Consultiva sobre la expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. OC 6/86”. 1986. párrafo 13. También véase la Opinión Consultiva 1/82 de 1982, página 14: “Para la interpretación del artículo 64 de la Convención, la Corte utilizará los métodos tradicionales de Derecho Internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, cuanto en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”.

¹² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. “Asunto Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional”. 1996. pp. 21-23.

¹³ Se distinguen tres métodos de interpretación de los tratados. El primero, el método textual, que incide en el análisis del texto, en el vocabulario empleado y en el sentido ordinario de los términos. El segundo, el método subjetivo, busca establecer la voluntad de las partes en el texto y fuera de él, analizando para ello los trabajos preparatorios y la conducta ulterior de las partes. Finalmente, el tercero, es el método funcional o teleológico, que pretende determinar el fin o función para el que fue celebrado el tratado, buscando cumplir su objeto y fin. Véase: BERLIA, Georges. “Contribution a l’interprétation des traités”. En: Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye 114. Tomo I. 1965. p. 295. Sobre la primacía del método textual véase: MONROY CABRA, Marco. “Derecho de los Tratados”. Bogotá: Temis. 1978. p. 124.

¹⁴ VILLIGER, Mark. “Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties”. Boston: Martinus Nijhoff. 2009. p. 436: “El orden que debe seguirse en la aplicación de las reglas de interpretación, está determinado por la lógica, que ordena ir de lo intrínseco (texto) a lo extrínseco, de lo inmediato a lo remoto”.

¹⁵ NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. Op. cit. p. 205. Véase también GONZÁLEZ CAMPOS, Julio;

consideradas y todas tienen igual valor, no dominando una a las otras¹⁶.

Respecto de este tema, cabría señalar sin embargo, que si bien la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, han empleado de manera integral cada una de las reglas del artículo 31 de la Convención de Viena, otros tribunales no han sido tan consistentes. Así, la Corte Internacional de Justicia ha sido ambivalente respecto de esta disposición, basándose en algunos casos tan sólo en el análisis del texto del tratado y no en las otras reglas señaladas en dicho artículo¹⁷. De igual forma, mientras la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia ponen mayor énfasis en el objeto y fin del tratado o en la regla del efecto útil, el Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio lo hace en la regla del sentido ordinario y natural de los términos y en la práctica subsecuente¹⁸.

Por último, antes de ingresar al análisis de cada uno de estos principios o reglas de interpretación consagradas en el artículo 31, debemos precisar que toda operación de interpretación tiene como punto de partida dos principios fundamentales del Derecho de los Tratados: el *pacta sunt servanda* y la buena fe. El primero de estos principios señala que los tratados son Ley (obligatorios) entre las partes¹⁹, mientras que el segundo establece

que tales acuerdos deben ser cumplidos de manera franca, honesta y leal, evitando en todo momento subterfugios o tomar ventaja indebida del acuerdo²⁰. A partir de estas dos premisas, se pueden analizar las reglas de interpretación consagradas.

A. Reglas de interpretación principales

1. El sentido ordinario y natural de los términos

El punto de partida de la interpretación es el texto mismo del acuerdo, pues en él consta la intención de las partes. Como lo señala la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes; es mucho más seguro y menos aleatorio fiarse de lo que está escrito, por lo cual el punto de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto y no en investigar *ab initio* fuera de él²¹.

En este sentido, el artículo 31 dispone que las palabras o términos utilizados en un tratado deban ser interpretados conforme a su uso natural y corriente y, en el caso de que el tratado tenga sentido, no será necesario indagar más²². Así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional en su opinión consultiva dictada en el Asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las

SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. "Curso de Derecho Internacional Público". Navarra: Thomson-Civitas. 2008. p. 366.

¹⁶ VILLIGER, Mark. Op.cit. p. 435.

¹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto de la Legalidad del Uso de la Fuerza (*Serbia y Montenegro v. Bélgica*), Excepciones Preliminares". 2004. párrafo 100. Véase: TORRES BERNÁRDEZ, Santiago. "Interpretation of Treaties by the International Court of Justice following the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties". En: Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th Birthday. La Haya: Kluwer Law International. 1998. pp. 721 y siguientes. Asimismo : VILLIGER, Mark. "The rules on interpretation: misgivings, misunderstandings, miscarriage? The 'crucible' intended by the International Law Commission". En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). "The Law of Treaties.Beyond the Vienna Convention". Oxford: Oxford University Press. 2011. pp. 114-116.

¹⁸ NOLTE, Georg. "Subsequent practice as a means of interpretation in the jurisprudence of the WTO Appellate Body". En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). Op. cit. pp. 139-141.

¹⁹ DE VISSCHER, Charles. "Problèmes d'interprétation judiciaire de Droit international Public". París: Pedone. 1963. p. 50. "El principio del *pacta sunt servanda* debe iluminar y guiar toda interpretación".

²⁰ Este precepto ha sido consagrado como un principio general del Derecho aplicable no sólo al cumplimiento de los tratados, sino a todo nivel de las relaciones jurídicas entre los Estados. Está presente en el artículo 2, inciso 2 de la Carta de las Naciones Unidas, en la Resolución 2625/Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de la Organización de Naciones Unidas, entre otros instrumentos.

²¹ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. Op. cit. Loc. cit. VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 426; GARDINER, Richard. Op. cit. Loc. cit.

²² Sobre el particular, véase: DÍEZ DE VELASCO, Manuel. "Instituciones de Derecho Internacional Público". Madrid: Tecnos. 2009. p. 207.

Mujeres²³ y en el Asunto del Servicio Postal Polaco de Danzig. En este último precisó: “Cuando el Tribunal puede dar efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretar estas palabras intentando darles otra significación”²⁴.

Sobre lo mismo, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el Asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas, en el Asunto Ambatielos²⁵, en el Asunto del Templo de Práh Vihéar²⁶ y en el Asunto de las Plataformas Petroleras (*República Islámica de Irán v. Estados Unidos*)²⁷ señaló la misma posición. En el primer caso, afirmó:

“La Corte cree necesario decir que el primer deber de un Tribunal llamado a interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es esforzarse para dar efecto, según su sentido natural y ordinario a estas disposiciones. Si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su sentido natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más”²⁸.

De otro lado, cuando el artículo 31 alude al sentido “ordinario” y “natural” de los términos, hace referencia a su significado “regular,” “normal” o “acostumbrado”. En este sentido, los tribunales, cuando interpreten un tratado, recurrirán generalmente a consultar diccionarios ordinarios y no especializados. Un ejemplo lo tenemos en el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio en el Asunto Canadá - Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, cuando al tratar de determinar el significado de la palabra beneficio, señaló lo

siguiente: “En relación a este asunto, nosotros comenzaremos con el significado ordinario de la palabra ‘beneficio’. El significado de ‘beneficio’ en el diccionario es ventaja, bien, donación, ganancia. O, más generalmente, un favorable o útil factor o circunstancia”²⁹.

Lo anterior no niega que cuando las disposiciones de un tratado utilicen palabras o términos técnicos o jurídicos, se indague por su significado técnico o jurídico. Así, si el texto emplea términos tales como propiedad, nacionalidad, sociedad por acciones o, más aún, *thalweg*, línea media, etcétera; se deberá investigar la significación técnica de estas palabras. Así lo señaló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental, donde declaró lo siguiente:

“El sentido **geográfico** del término ‘Groenlandia’, es decir, la denominación que se emplea normalmente en los mapas para indicar la isla entera, debe considerarse como acepción corriente del término. Si una de las partes alega que debe atribuírsele un sentido inusitado o excepcional, corresponde a esa parte demostrar la validez de su afirmación”³⁰ [El énfasis es nuestro].

En este caso, más que encontrar el significado ordinario o natural de los términos, habrá que indagar en diccionarios especializados el sentido técnico de los mismos. Esto sucedió en el Asunto de la isla Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibia), cuando la Corte Internacional de Justicia buscando el significado de la expresión “canal principal” del río, señaló:

“El Tribunal considera que no puede confiar en un criterio único para identificar el

²³ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva dictada en el asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres”. Serie A/B 50. 1932. pp. 377-378.

²⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre el Servicio postal polaco en Danzig”. Serie B 11. 1925. p. 39.

²⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto Ambatielos”. 1952. p. 8.

²⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Templo de Práh Vihéar, Excepciones Preliminares”. 1961. p. 32.

²⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las plataformas petrolíferas. Excepción Preliminar”. 1996. p. 818.

²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas”. 1950. p. 8.

²⁹ ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. “Asunto Canadá-Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles”. AB-1999-2. 2 de agosto de 1999. p. 39.

³⁰ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental”. Serie A/B. 53. 1933. p. 49.

canal principal del Chobe en torno a la isla de Kasikili/Sedudu, pues debido a las características naturales de un río, puede variar notablemente a lo largo de su curso y de un caso a otro. Los trabajos científicos que definen el concepto de 'canal principal' con frecuencia se refieren a diversos criterios; así, en el diccionario francés de hidrología de superficie con equivalentes en inglés, español, alemán, el canal principal es 'el más amplio, el canal más profundo, en particular, el que lleva el mayor flujo de agua'; de acuerdo con el Glosario I de Ingeniería de Control de Agua y Aguas Residuales (Consejo de Redacción Común Representativo de la Asociación Americana de Salud Pública, la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles, la Asociación Americana de Trabajos de Agua y la Federación de Control de Contaminación del Agua, 1969), el canal principal es 'el medio, el canal más profundo o más navegable'³¹.

Adicionalmente, otro aspecto relevante a tener en cuenta, será la conjugación de las palabras utilizadas, así como su sintaxis y semántica. Esto quedó claramente establecido en la decisión del Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio en el Asunto Canadá - Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, donde se analizó la conjugación y tiempos empleados en determinados verbos incluidos en el tratado objeto de interpretación, así como la composición de las frases, el origen y significado de las palabras³².

2. El contexto

Una segunda regla de interpretación consagrada en el artículo 31 de la Convención de Viena es la del contexto, en virtud de la cual las disposiciones de un tratado no deben ser interpretadas de forma aislada, sino más bien en armonía con su contexto inmediato y con las otras disposiciones del

tratado, su preámbulo y anexos, así como con otros acuerdos concertados entre las mismas partes que amplíen o modifiquen el tratado original o con las declaraciones interpretativas de carácter unilateral efectuadas por los países miembros y que el resto acepta como instrumento conexo al tratado³³.

Este principio de interpretación tiene como propósito primigenio confirmar la interpretación resultante del sentido ordinario y natural de los términos. A su vez, la regla del sentido ordinario y natural de los términos no puede ser aplicada en abstracto, sino que debe ser empleada en referencia al contexto del artículo a ser interpretado. Se trata por tanto, de dos reglas de interpretación íntimamente ligadas entre sí³⁴.

De otro lado, como ya lo hemos señalado, cuando el artículo 31 consagra la regla del contexto, debemos comprender en ella, en primer lugar, el análisis estructural y sistemático de la disposición a ser interpretada. En otras palabras, se debe tener en cuenta, primeramente, lo que se denomina el **contexto inmediato**; lo que implica varias cosas. En primer lugar, implica analizar dónde está ubicada o localizada la palabra o frase a ser interpretada. Un ejemplo de esto último ocurrió en el Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras³⁵. Se trata de establecer el posible significado del artículo a ser interpretado a partir de su localización en el texto, bajo qué título o en qué capítulo. En segundo lugar, se debe tener presente la estructura de la frase materia de interpretación, esto es, cómo está construida. Sobre esto, resulta importante consultar el Asunto Chile - Sistema de Banda de Precios y Medidas de Salvaguarda relativas a ciertos Productos Agrícolas, resuelto por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio³⁶. En tercer lugar, se deben estudiar los títulos, sea del tratado o de las secciones

³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto de la isla Kasikili/Sedudu (Bostwana/ Namibia)". 1999. párrafo 30.

³² ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. "Asunto Canadá-Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles". AB-1999-2. 1999. pp. 39-40. párrafo. 155.

³³ YASSEN, Mustafá. Op. cit. pp. 33-34. Véase también: VARGAS CARREÑO, Edmundo. "Introducción al Derecho Internacional". San José de Costa Rica: Juricentro. 1992. p. 180.

³⁴ GARDINER, Richard. Op. cit. p. 178.

³⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras". 1992. p. 351.

³⁶ ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. "Asunto Chile-Sistema de Banda de Precios y Medidas de Salvaguarda relativas a ciertos productos agrícolas". 2002. párrafos 205-211.

del tratado donde se encuentra ubicado el artículo a ser interpretado, los cuales pueden resultar de particular importancia como punto de partida para definir o identificar el ámbito del acuerdo. Sobre lo primero, tenemos el Asunto del Canal del Beagle, entre Argentina y Chile, así como el Asunto de las Plataformas Petroleras resuelto por la Corte Internacional de Justicia, donde se analizó el título del Tratado de 1995 suscrito entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América, contrastándolo con los títulos empleados en otros tratados similares celebrados por el segundo país en esas mismas fechas, como el acuerdo concluido con Nicaragua en 1996³⁷. Sobre lo segundo, se pueden señalar como ejemplos los títulos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Así, mientras que en el caso del artículo 31 el uso del singular en el título “Regla General de Interpretación” claramente indica que las distintas reglas de interpretación consagradas en él deben ser interpretadas conjuntamente, es decir, como una unidad; el título del artículo 32, “Reglas de Interpretación Complementarias”, indica que se trata de reglas de interpretación adicionales que además sólo pueden ser empleadas después de aplicar las reglas consagradas en el artículo 31³⁸. En consecuencia, no cabe duda que los títulos pueden tener especial significación al momento de interpretar un tratado. Finalmente, en cuarto lugar, también resulta importante tener presente la posibilidad de contrastar el artículo objeto de interpretación con otras disposiciones que regulan la misma materia dentro del tratado. Esto ocurrió en el Asunto de las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas entre Nicaragua y Honduras,

donde la Corte Internacional de Justicia, para efectos de determinar y precisar su competencia, contrastó los artículos XXXI y XXXII del Pacto de Bogotá de 1948, los mismos que establecen las situaciones que determinan la competencia de este tribunal³⁹.

En segundo lugar, la regla del contexto implica también revisar los demás componentes del tratado (otras disposiciones del tratado, su preámbulo y anexos) así como instrumentos adicionales relativos a éste, a todo lo cual se denomina contexto mediato. Esto permitirá establecer su real sentido y alcance. En este segundo nivel de análisis destaca en particular la importancia de los preámbulos, pues en ellos se suelen establecer las motivaciones y consideraciones que dieron luz al acuerdo, facilitando entonces la determinación de su objeto y fin⁴⁰. Si bien en los preámbulos no se suelen consagrar derechos u obligaciones para las partes, ni suelen tener la misma relevancia en todos los casos, lo cierto es que son de particular utilidad a la hora de determinar su significado. Así lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el Asunto relativo al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal)⁴¹, en el Asunto de la Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan (Indonesia/ Malasia)⁴² así como en el Arbitraje del Canal del Beagle⁴³.

Para concluir debemos referir que la regla del contexto ha sido en general consagrada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Organización Internacional del Trabajo para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas⁴⁴ y en su Opinión

³⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las Plataformas Petroleras (*República Islámica de Irán v. Estados Unidos de América*). Excepciones Preliminares”. 1996. párrafos 42-47.

³⁸ GARDINER, Richard. Op. cit. pp. 180-181. Este mismo autor refiere que por ello algunos tratados limitan los alcances de los títulos en él incluidos, poniendo como ejemplo a la Convención sobre Cambio Climático de 1992 que establece en una nota de su artículo I que los títulos de los artículos están incluidos solamente para asistir al lector, con lo cual, limita su fuerza interpretativa.

³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las Acciones Armadas Fronterizas y Transfronterizas (Nicaragua y Honduras). Jurisdicción y Admisibilidad”. 1988. p. 69.

⁴⁰ *Ibid.* p. 97.

⁴¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo al Laudo Arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal)”. 1991. pp. 53-67.

⁴² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto relativo a la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan”. 2002. párrafo 51.

⁴³ Laudo Arbitral del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre el Asunto del Canal del Beagle. 2 de mayo de 1977. párrafos 19-20.

⁴⁴ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Competencia de la OIT

Consultiva sobre el Servicio Postal Polaco en Dánzig. En éste último señaló: “Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tendrían en su contexto”⁴⁵. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas confirmó el mismo principio⁴⁶.

3. La conformidad con el objeto y fin del tratado

Esta tercera regla señalada en la Convención de Viena, que forma parte del método teleológico, busca determinar el propósito que pretendieron alcanzar los Estados partes cuando celebraron el acuerdo, es decir, la razón (*ratio legis*) que tuvieron en mente cuando redactaron el texto⁴⁷.

Este principio de interpretación es de particular importancia, pues puede modificar el resultado obtenido de la mera aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos; no olvidemos que esta última regla se aplica precisamente a la luz del objeto y fin del tratado. Sin embargo, esto no puede llevarnos a afirmar que el objeto y fin del tratado puede alterar el resultado claro e indubitable que pueda ser obtenido de la aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos. Esto último ha sido señalado por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras⁴⁸.

Esta regla adquiere especial relevancia para los tratados constitutivos de Organizaciones Internacionales, en especial cuando se trata de establecer sus competencias implícitas a partir de la determinación de sus propósitos y fines, como también para interpretar tratados de Derechos Humanos⁴⁹.

Esta regla ha sido confirmada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres⁵⁰ y por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio⁵¹, así como en el Asunto del Estatuto Internacional del África Sudoccidental⁵². En el primero de estos casos, la Corte señaló: “La primera cuestión que se plantea es la de saber cuáles son el objeto y el fin de la convención en la que se encuentra el artículo a interpretar”.

Finalmente, en cuanto al significado de los términos “objeto” y “fin”, se trata de dos expresiones de difícil distinción. Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el “objeto” alude al fin o meta de algo, mientras que el “fin” hace referencia al objeto o motivo de algo⁵³. Se trata, por tanto de dos términos, que si bien aluden a lo que se conoce como el “espíritu” del tratado, son sinónimos. En todo caso, para determinar el verdadero objeto y fin del tratado, será de particular relevancia –como ya se indicó– analizar el preámbulo de dicho instrumento, donde suele señalarse

[Organización Internacional del Trabajo] para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas”. Serie B, 2-3. 1922. pp. 32-35. Aquí se señaló: “[E]s necesario evidentemente leer éste en su conjunto, no pudiendo interpretarse su significado sobre la base de algunas frases extraídas de su medio y que, separadas de su contexto, pueden ser interpretadas de diversas maneras”.

⁴⁵ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre el Servicio Postal Polaco en el Dánzig”. Serie B 11. 1925. p. 39.

⁴⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas”. 1950. p. 8.

⁴⁷ DE LA GUARDIA, Ernesto. Op. cit. p. 222.

⁴⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras”. 1992. pp. 375-376.

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Opinión Consultiva sobre Naturalización en Costa Rica”. 1984; y “Asunto Velásquez Rodríguez, Objeciones Preliminares”. 1987.

⁵⁰ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva dictada en el asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres”. Serie A/B. 50. 1932. p. 383.

⁵¹ Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Op. cit. p. 222.

⁵² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Estatuto Internacional del África Sudoccidental. Recueil”. 1962. p. 336.

⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Madrid: Espasa. Tomo VII. p. 1087; y Tomo V. p. 718.

el objeto que el tratado pretende alcanzar. Asimismo, en muchos tratados se suelen establecer artículos expresos que señalan el objeto y fin del tratado, como es el caso, por ejemplo, de los artículos 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas, donde se elabora precisamente un listado de los propósitos de dicha organización⁵⁴.

4. La conducta ulterior de las Partes

La cuarta regla de interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena establece que las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas de conformidad con la interpretación acordada por todas las partes de manera expresa (interpretación auténtica expresa) o con la aplicación práctica del tratado realizada en común por los Estados Partes (interpretación auténtica tácita).

En otras palabras, no sólo el acuerdo expreso sino también la práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado se entenderán como una prueba objetiva sobre el acuerdo existente entre las partes respecto de su verdadero sentido y alcance. Incluso, la doctrina entiende que las partes de un tratado a través de esta regla pueden no sólo buscar establecer su verdadero significado, sentido y alcance, sino también pueden darle una significación especial a sus términos, e incluso enmendarlo, ampliarlo o reducirlo en sus alcances y efectos⁵⁵.

La esencia de esta regla es que debemos estar frente a la aplicación o implementación sistemática o repetida de un tratado, sea a través de una práctica concordante de todas las partes (donde éstas realizan básicamente lo mismo en la ejecución del acuerdo), o mediante una conducta unilateral de ejecución que haya sido aceptada por todas las otras partes del acuerdo (aquiescencia). En caso la práctica no contara con la aceptación de todas las partes, pero si de una mayoría,

creemos entonces que podrá servir como indicio, mas no como prueba.

Esta regla presupone entonces, la existencia de una práctica concordante, común y consistente, como lo señaló el Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio en el Asunto Japón - Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas, donde estableció: "Generalmente, en Derecho Internacional, la esencia de la práctica ulterior en la interpretación de un tratado ha sido reconocida como una secuencia de actos o pronunciamientos concordantes, comunes y consistentes, [...] que implican el acuerdo existente entre las partes respecto a su interpretación. Un acto aislado no es generalmente suficiente para establecer una práctica subsecuente; esta es una secuencia de actos que establecen el acuerdo de las partes de forma relevante"⁵⁶.

Esta práctica puede consistir en actos del Poder Ejecutivo, del Poder Legislativo o del Poder Judicial de los Estados partes, donde se verifique la interpretación de una o más disposiciones del tratado a través de su ejecución o implementación.

La regla de la conducta ulterior de las partes ha sido largamente establecida por la jurisprudencia internacional; concretamente por la Corte Permanente de Arbitraje en el Asunto de la Reclamación Rusa contra Turquía, en el que señaló que "la ejecución de los compromisos es, tanto entre Estados cuanto entre particulares, el comentario más seguro de esos compromisos"⁵⁷. Asimismo, la Corte Permanente de Justicia Internacional en la Opinión Consultiva sobre la Competencia de la Organización Internacional del Trabajo para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas precisó: "Si hubiera alguna ambigüedad, la Corte podrá, con el fin de determinar el verdadero sentido,

⁵⁴ GARDINER, Richard. Op. cit. p. 192.

⁵⁵ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 429. Esta posición liberal sobre la posibilidad de modificar tratados vía la aplicación de esta regla, es también asumida por la Corte Internacional de Justicia, mas no por el Órgano de Apelación de la Organización Mundial de Comercio, que guarda un criterio más conservador. Véase: SINCLAIR, Ian. "The Vienna Convention on the Law of Treaties". Manchester: Manchester University Press. 1984. p. 137; NOLTE, Georg. Op. cit. p. 141.

⁵⁶ ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO. "Asunto Japón- Impuestos sobre las Bebidas Alcohólicas". AB-1996-2. 1996. pp. 12-13. Véase GARDINER, Richard. Op. cit. pp. 227-228.

⁵⁷ Citado por DE LA GUARDIA, Ernesto. Op. cit. p. 222.

examinar la forma en que se ha aplicado el tratado⁵⁸. Algo similar fue señalado por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del Estrecho de Corfú⁵⁹, en el Asunto de la Sentencia Arbitral del Rey de España, entre Honduras y Nicaragua⁶⁰, en el Asunto del Templo de Práh Vihear⁶¹, en el Asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua⁶², en el Asunto de la Disputa Territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad⁶³, en la Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados⁶⁴ y en el Asunto de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia⁶⁵.

Asimismo, la Corte, en su Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino⁶⁶, ha tenido especialmente en cuenta esta práctica para interpretar las disposiciones de las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949, y para interpretar tratados constitutivos de organizaciones internacionales en su Opinión Consultiva sobre la Licitud del uso de armas nucleares⁶⁷. Finalmente, refiere Díez de Velasco que la Corte también ha tomado en cuenta las opiniones de los órganos de control creados por ciertos tratados de Derechos Humanos para interpretar las disposiciones contenidas en éstos⁶⁸.

5. Toda norma de Derecho Internacional aplicable

El inciso 4 del artículo 31 de la Convención de Viena, si bien no consagra propiamente un método de interpretación de los tratados, sí establece una regla a tener en cuenta al momento de llevar adelante un ejercicio de interpretación.

Al respecto, debemos precisar que cuando el artículo 31 de la Convención de Viena señala que en la interpretación se tomará en cuenta “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”, alude a toda costumbre bilateral, regional o universal, todo tratado bilateral o multilateral, a los principios generales del Derecho e incluso sentencias existentes sobre la materia, a los que las partes se encuentren obligados a la fecha de ser interpretado el acuerdo de dictarse sentencia⁶⁹, con lo cual se busca que las partes de un tratado no sean inconsistentes con las obligaciones asumidas por ellas⁷⁰.

6. El efecto útil

Según la Comisión de Derecho Internacional y gran parte de la doctrina, esta regla de interpretación es consagrada **tácitamente** en la Convención de Viena dentro del principio de la

⁵⁸ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Competencia de la OIT para la Reglamentación Internacional de las Condiciones de Trabajo de las Personas Empleadas en Tareas Agrícolas”. Serie B, 2. 1922. pp. 40-41.

⁵⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Estrecho de Corfú. Reports”. 1949. p. 25.

⁶⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Sentencia Arbitral del Rey de España, entre Honduras y Nicaragua”. Reports. 1960. p. 208.

⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Templo de Práh Vihear”. Reports. 1962. pp. 33-35.

⁶² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Jurisdicción y Admisibilidad”. Reports. 1984. pp. 408-413.

⁶³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Disputa Territorial entre la Jamahiriya Árabe Libia y Chad”. Reports. 1994. pp. 34-37.

⁶⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre la legalidad del uso por los Estados de armas nucleares en conflictos armados”. Reports. 1996. pp. 19 y siguientes.

⁶⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la isla Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia”. Reports. 1999. párrafo 49.

⁶⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino”. Recueil. 2004. párrafo 96.

⁶⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre la licitud del uso de armas nucleares”. Recueil. 1996. p. 75.

⁶⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre las Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino”. Recueil. 2004. párrafo 97. pp. 109-112. Véase: DÍEZ DE VELASCO, Manuel. Op. cit. p. 209; y AMERASHINGE, Chittharanjan Félix. “Interpretation of texts in open International Organizations”. En: British Yearbook of International Law 65. 1994. p. 175.

⁶⁹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. Op. cit. p. 62.

⁷⁰ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 433. Véase también: McLACHLAN, Campbell. “The principle of systemic interpretation and article 31 (3c) of the Vienna Convention”. En: International and Comparative Law Quarterly 54. 2005. p. 290.

buena fe⁷¹. Según ésta, cuando se analizan las disposiciones de un tratado, se debe escoger aquella interpretación que le brinda un sentido, efectos prácticos o utilidad a las mismas; por el contrario, se deben descartar aquellas interpretaciones que conviertan el acuerdo en inejecutable o inútil. Las disposiciones de un tratado, por tanto, deben cumplir una función práctica.

Esta regla ha sido establecida por la Corte Permanente de Arbitraje en el Asunto de la Isla Timor⁷², por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de las Zonas Francas⁷³ y, por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto del Estrecho de Corfú, donde se señaló: “[S]ería contrario a las reglas de interpretación generalmente reconocidas el considerar que una disposición, insertada en un compromiso, sea una disposición sin sentido ni efecto”⁷⁴. La misma posición la asume la Corte en su Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz de 18 de julio de 1950⁷⁵ y en el Asunto de la diferencia territorial entre Libia y Chad⁷⁶.

B. Reglas de interpretación complementarias

La Convención de Viena de 1969 dispone en su artículo 32 la posibilidad de recurrir a mecanismos complementarios de interpretación de los Tratados. Así señala:

Artículo 32.-

“Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido

resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a. Deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b. Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.

Un primer comentario sobre esta disposición consiste en que los Estados pueden acudir a estos medios de interpretación complementarios si se quiere confirmar la interpretación obtenida de la aplicación de los principios principales o, si de la aplicación de los principios principales obtenemos un resultado ambiguo, oscuro, absurdo o irrazonable. El propósito de esta última disposición es limitar la aplicación de estas dos reglas complementarias a los casos estrictamente necesarios, evitando su manipulación para forzar interpretaciones de parte. Así lo señaló la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, cuando sostuvo:

“La Corte considera que el texto [del tratado] es suficientemente claro; por consiguiente, no cree que deba desviarse de la práctica invariable de la Corte Permanente de Justicia Internacional, según la cual no procede recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de la Convención es suficientemente claro”⁷⁷.

Esta posición ha sido reafirmada en el Asunto del Sudoeste Africano⁷⁸ y en el Asunto de la Sentencia Arbitral de 31 de julio de 1989⁷⁹.

⁷¹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE LAS NACIONES UNIDAS. A/Conf.39/11/Add.2. p. 41: “[...] en la medida en que [el principio del efecto útil] refleja una norma general de interpretación, la máxima está incluida en el párrafo 1 del artículo 27” –hoy 31 de la Convención. En el mismo sentido, véase GONZÁLEZ CAMPOS, Julio; SANCHEZ RODRÍGUEZ, Luis y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. Op. cit. p. 366.

⁷² CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. “Asunto de la Isla Timor”. 1914.

⁷³ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de las Zonas Francas de la Alta Saboya y del País del Gex”. Serie A/B. 35. 1930. p. 13.

⁷⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Estrecho de Corfú”. Recueil. 1949. pp. 23-24.

⁷⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz de 18 de julio de 1950”. Recueil. 1950. p. 229.

⁷⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad”. Recueil. 1994. p. 24.

⁷⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas”. Reports. 1950. p. 63.

⁷⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Sudoeste Africano. Excepciones Preliminares”. Recueil. 1962. p. 336.

⁷⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la sentencia arbitral de 31 de julio de 1989”. Recueil. 1991. pp. 69-70.

De esto se desprende que resulta difícil imaginar una situación donde el artículo 32 no sea aplicado, pues se recurrirá a él tanto para confirmar la interpretación resultante de la aplicación del artículo 31 (propósito más utilizado por la jurisprudencia internacional)⁸⁰ cuanto para llenar el vacío dejado por éste. En todo caso, la única restricción del artículo 32 es que no puede ser aplicado en primer lugar, sino después del artículo 31⁸¹.

Un segundo comentario está referido propiamente a las reglas consagradas con carácter complementario. Al respecto, debemos precisar que el artículo 32 refiere a dos reglas pero simplemente como ejemplos a destacar, dejando abierta la posibilidad de recurrir a otras reglas complementarias. Esto queda meridianamente claro cuando al citar las reglas de interpretación complementarias refiere “en particular” a dos⁸². Estas son:

1. Los trabajos preparatorios

La ubicación de esta regla en la Convención de Viena como norma complementaria de interpretación, no se condice con la importancia que esta regla alcanza en su aplicación práctica⁸³.

De acuerdo a esta regla, para la interpretación de las disposiciones de un tratado se debe indagar en la historia de la elaboración del texto, es decir, en el conjunto de instrumentos que constituyen sus antecedentes⁸⁴. Así, cuando se habla de los trabajos preparatorios, se alude a una expresión

totalizadora que implica el estudio de las actas, declaraciones, debates, correspondencia intercambiada, notas, cartas, en las que constan o se hayan registrados los trabajos que dieron lugar al texto del acuerdo⁸⁵. Normalmente, en los tratados multilaterales las actas suelen ser de gran importancia, pues en ellas suelen quedar reflejadas las intervenciones de las delegaciones estatales, mientras que en los tratados bilaterales es el intercambio de notas el registro principal de las posiciones de los Estados.

Sobre este particular, se debe precisar que lo que es considerado como trabajo preparatorio es todo aquello que concierne a la fase anterior o concomitante a la firma del tratado o a la adopción de su texto. En este sentido, los trabajos ulteriores que tuvieran lugar luego de la firma o ratificación no son trabajos preparatorios⁸⁶.

Esta regla ha sido señalada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Convención de 1919 relativa al Trabajo Nocturno de las Mujeres⁸⁷, en el Asunto de los Faros entre Francia y Grecia⁸⁸ y en su Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio⁸⁹. Asimismo, en el Asunto del Tratamiento de los Nacionales Polacos y de otras Personas de Origen o de Lengua Polaca en el Territorio de Danzig, la Corte señaló: “No siendo absolutamente claro este texto, para encontrar su sentido exacto puede ser útil señalar, aquí, con cierto detalle, los diversos proyectos que han precedido a la adopción del texto actualmente en vigor”⁹⁰.

⁸⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la legalidad del uso de la fuerza (*Serbia y Montenegro v. Italia*). Excepciones preliminares”. 2004. párrafo 102. Véase: SBOLCI, Luigi. “Supplementary Means of Interpretation”. En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). “The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention”. Oxford: Oxford University Press. 2011. p. 151.

⁸¹ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 447.

⁸² *Ibid.* p. 445.

⁸³ GARDINER, Richard. Op. cit. p. 24.

⁸⁴ BRIGGS, Herbert. “The travaux préparatoires of the Vienna Convention on the Law of Treaties”. En: *American Journal of International Law* 65. 1971. p. 705.

⁸⁵ LAUTERPACHT, Hersch. “Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités”. En: *Recueil des cours de la Académie de droit international de la Haye* 48. Tomo I. 1934. pp. 785-786; McNAIR, Arnold Duncan. “The Law of Treaties”. Wotton-under-Edge: Clarendon Press. 1961. p. 411.

⁸⁶ YASSEN, Mustafá. Op. cit. p. 83.

⁸⁷ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva dictada en el asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres”. Serie A/B 50. 1932. p. 38.

⁸⁸ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de los Faros entre Francia y Grecia”. Serie A/B. 62. 1934. p. 3.

⁸⁹ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea sobre el Danubio”. Serie B 14. 1927. p. 28.

⁹⁰ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto del tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o de lengua polaca en el territorio de Danzig”. Serie A/B 44. p. 33.

La misma posición ha sido asumida por la Corte Internacional de Justicia en el Asunto de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, donde acudió a los trabajos preparatorios para interpretar el artículo 36.5 de su Estatuto⁹¹.

Finalmente, debemos señalar que a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia arbitral internacional ha señalado límites a los trabajos preparatorios, estableciendo que podrá recurrirse a éstos, siempre que estén contenidos en documentos escritos y sean además accesibles a las partes contratantes. En este sentido tenemos el Asunto de la Delimitación de la Frontera Marítima entre Guinea y Guinea Bissau⁹² y el Asunto Young, donde el Tribunal para la Deuda Externa Alemana, señaló:

“Parece necesario señalar unas palabras en este punto para definir el concepto de trabajos preparatorios. En primer lugar, hay que destacar que el término normalmente se limita al material que consta por escrito y que realmente está disponible en fecha posterior. Esto significa que las declaraciones orales y las opiniones que no constan en actas o documentos de la conferencia al parecer pueden ser consideradas como un componente de los trabajos preparatorios sólo en casos excepcionales [...]. Otro requisito previo para que el material deba ser considerado como un componente de los trabajos preparatorios es que en realidad sea accesible y conocido por todas las partes originales⁹³.

Este último tribunal también ha establecido la imposibilidad de oponer los trabajos preparatorios a aquellos Estados partes de un tratado multilateral que no participaron en la etapa de negociación del mismo, salvo

que dichos Estados hubieran conocido oportunamente dichos trabajos. Véase al respecto el caso citado en el párrafo anterior⁹⁴ como también la orden de la Corte Permanente de Justicia Internacional, dictada en el Asunto de la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Río Óder⁹⁵.

2. Las circunstancias de la celebración

Ésta es la regla de interpretación histórica, que consiste en indagar el conjunto de hechos que llevaron a las partes a celebrar un tratado, así como los factores políticos, sociales, económicos y culturales que rodearon el proceso de negociación o que determinaron su conclusión⁹⁶. A esto último se le conoce como *ocasio legis*, esto es, aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación del tratado.

Si bien algunos autores la ponen en cuestión, en la medida que puede convertirse en un obstáculo para la necesaria adaptación de las normas a las nuevas circunstancias que se pretendan normar, esta regla permite llegar a conocer la intención del legislador, es decir, por qué y para qué se elaboró la norma convencional.

Esta regla (así como la anterior) ha sido consagrada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en su Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio, donde para interpretar el artículo 6 del Estatuto Definitivo de dicho río, analizó los hechos que se suscitaron antes de la guerra, así como los eventos históricos que originaron dicho estatuto⁹⁷. También tenemos a la Corte Internacional de Justicia, que en forma reiterada ha aludido a tal regla, en el Asunto de las Acciones Armadas entre Nicaragua y Honduras⁹⁸, el Asunto sobre ciertas Tierras de

⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua. Jurisdicción y Admisibilidad. 26 de noviembre de 1984”. Reports. 1984. párrafo 31.

⁹² TRIBUNAL ARBITRAL. “Asunto de la Delimitación de la Frontera Marítima entre Guinea y Guinea Bissau. International Legal Materials 25”. 1986. párrafo 70.

⁹³ TRIBUNAL ARBITRAL PARA LA DEUDA EXTERNA ALEMANA. “Asunto Young. International Legal Materials”. 1980. párrafo 34. Véase también: SCOVAZZI, Tullio. “Corso di Diritto Internazionale”. Milano: Giuffrè. 2006. p. 65.

⁹⁴ TRIBUNAL ARBITRAL PARA LA DEUDA EXTERNA ALEMANA. Op. cit. Loc. cit.

⁹⁵ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de la Jurisdicción Territorial de la Comisión Internacional del Río Oder”. Série A 23. 1929. p. 42.

⁹⁶ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 445; SBOLCI, Luigi. Op. cit. p. 157.

⁹⁷ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Opinión Consultiva sobre la Jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio”. Serie B 14. 1927. p. 28.

⁹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de las acciones armadas entre Nicaragua y Honduras”. Recueil. 1988. p. 85.

Fosfatos en Nauru⁹⁹, el Asunto de la Diferencia Fronteriza entre Libia y Chad¹⁰⁰, el Asunto de la Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahreín¹⁰¹ y el Asunto de la Soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan (*Indonesia v. Malasia*)¹⁰².

C. Las reglas para los tratados autenticados en varios idiomas

Es en el siglo XX cuando aparece la práctica de redactar los tratados en varios idiomas, en especial con la creación de las Naciones Unidas, cuyo tratado constitutivo fue redactado en cinco lenguas oficiales¹⁰³.

En relación a este punto, el artículo 33 de la Convención de Viena establece lo siguiente:

Artículo 33.-

1. “Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos

revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado”.

La norma establece como principio general que cuando un tratado está autenticado en varios idiomas, el texto dará igualmente fe en cada uno de ellos, a menos que las partes o el propio texto dispongan que en tal situación va a prevalecer uno de ellos. Esta misma regla fue señalada por el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en el Asunto *Plama v. Bulgaria*¹⁰⁴.

De otro lado, se establece que una versión del tratado en idioma distinto de los textos autenticados, sólo podrá dar fe, si las partes o el tratado así lo disponen. Esto, debido a que mientras el texto de un tratado ha sido autenticado por las partes, la versión no.

Asimismo, se establece la presunción de que los términos tienen igual sentido en todos los textos que dan fe, por lo cual, resulta innecesario consultar o comparar las diversas versiones del tratado, en tanto cada una es igualmente válida y goza de la misma autoridad¹⁰⁵. Sin embargo, si existen diferencias, habrá que recurrir a los artículos 31 y 32, y si éstos no produjeran un resultado satisfactorio, se adoptará el sentido que mejor concilie con los textos, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado. Véase al respecto la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia dictada en el Asunto de la isla Kasikili/Sedudu (*Botswana v. Namibia*)¹⁰⁶ y en el Asunto LaGrand¹⁰⁷.

⁹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre ciertas tierras de fosfatos en Nauru”. Recueil. 1992. p. 247.

¹⁰⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad”. Recueil. 1994. párrafo 68.

¹⁰¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahrein”. Recueil. 2001. párrafo 104.

¹⁰² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto sobre la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan”. Recueil. 2002. párrafo 59.

¹⁰³ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Madrid: Tecnos. 2009. p. 115; Ver también: NIETO NAVIA, Rafael. “Aplicación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de las normas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados sobre Interpretación en diversos idiomas”. En: “The modern world of Human Rights. Essays in Honour of Thomas Buergenthal”. San José de Costa Rica: Instituto Americano de Derechos Humanos. 1996. p. 397.

¹⁰⁴ CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. “Caso ARB/03/24. Decisión sobre Jurisdicción”. 2005.

¹⁰⁵ VILLIGER, Mark. Op. cit. p. 458.

¹⁰⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la isla de Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia”. Recueil. 1999. p. 89.

¹⁰⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto LaGrand”. Recueil. 2001. párrafo 101.

D. Las reglas no incluidas en la Convención

La Convención de Viena de 1969 deja de lado algunas reglas de interpretación consagradas por la doctrina y la jurisprudencia internacional. En ese sentido, y en atención al artículo 32 de este instrumento, es posible acudir a estas reglas válidamente para establecer el verdadero sentido y alcance de una norma convencional, complementariamente a los demás principios de interpretación anteriormente señalados. Estas reglas no señaladas en la Convención de Viena son fundamentalmente:

7. El *in dubio mitius* y la regla *contra proferentem*

De acuerdo a la primera, cuando los términos de un tratado resultan ambiguos, las obligaciones asumidas por las partes en él deben ser entendidas de la manera más restrictiva posible. Como lo señala Llanos: “Si uno de los términos del tratado es ambiguo debe preferirse el significado menos oneroso para la parte que asume la obligación o que entraña menos restricciones para los signatarios”¹⁰⁸.

En el mismo sentido se ha manifestado la Corte Permanente de Justicia Internacional en el Asunto de la Frontera entre Turquía e Irak, al señalar que “si la redacción de un precepto del tratado no es clara y se tiene que elegir entre varias interpretaciones admisibles, habría que adoptar aquella que implique el mínimo de obligaciones para las partes”¹⁰⁹. También el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas utiliza esta regla para interpretar las excepciones a las libertades comunitarias¹¹⁰.

De otro lado, la jurisprudencia también ha señalado la necesidad de realizar una

interpretación restrictiva cuando el tratado establezca limitaciones a la soberanía del Estado (regla *contra proferentem*). Así tenemos el Asunto de la Jurisdicción de Pesca, entre España y Canadá, resuelto por la Corte Internacional de Justicia¹¹¹ y el arbitraje en el Asunto de la Interpretación de los Acuerdos de Servicios de Transporte Aéreo, entre Estados Unidos e Italia, de 2006¹¹².

8. La intertemporalidad

Esta regla de interpretación despierta gran polémica en la doctrina y en la propia jurisprudencia internacional¹¹³. Así, para algunos, esta regla consiste en que un tratado debe ser interpretado a la luz del Derecho vigente en la época en que el mismo fue celebrado. En esta línea tenemos a Fitzmaurice, quien señala: “Ahora puede considerarse como un principio de Derecho Internacional establecido que en tales casos la situación en cuestión debe ser apreciada y el tratado interpretado, a la luz de las reglas de Derecho Internacional existentes en ese tiempo, y no como son hoy en día”¹¹⁴.

En el mismo sentido se manifestó el juez Max Huber en el Asunto de la Isla de Palmas entre Estados Unidos y los Países Bajos, al señalar: “[...] un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del Derecho contemporáneo suyo, y no a la luz del Derecho vigente en el tiempo cuando surge, o ha de zanjarse, una controversia con el relacionado. El efecto del descubrimiento por parte de España debe ser determinado, en consecuencia, mediante las reglas de Derecho Internacional en vigor durante la primera mitad del siglo XVII o (para tomar la fecha más próxima) durante el primer cuarto de él”¹¹⁵.

En el mismo sentido, tenemos las sentencias de la Corte Internacional de Justicia en el

¹⁰⁸ LLANOS MANSILLA, Hugo. “Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público”. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. Tomo I. 1979. p. 204.

¹⁰⁹ CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. “Asunto de la Frontera entre Turquía e Irak”. Serie B 12. 1925. p. 15.

¹¹⁰ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. Op. cit. p. 212.

¹¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Jurisdicción de Pesca, *España v. Canadá*”. Reports. 1998. párrafo 51.

¹¹² SBOLCI, Luigi. Op. cit. p. 159.

¹¹³ HIGGINS, Rosalyn. “Time and the law: International Perspectives on an Old Problem”. En: *International and Comparative Law Quarterly* 46. 1997. p. 501.

¹¹⁴ BROWNLIE, Ian. “Principles of Public International Law”. Oxford: Oxford University Press. 1990. p. 129.

¹¹⁵ CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE. “Asunto de la Isla de Palmas entre Estados Unidos y los Países Bajos”. 1906.

Asunto del Sudoeste Africano¹¹⁶ y en el Asunto de la Diferencia Territorial entre Libia y Chad¹¹⁷, así como el laudo del Tribunal arbitral en el Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile¹¹⁸.

Sin embargo, la Corte Internacional de Justicia en reiteradas ocasiones ha definido este principio de interpretación de manera diferente, es decir, entendiendo más bien que el precepto establece que las normas de un tratado deben ser interpretadas de acuerdo al Derecho vigente al momento de la interpretación o de la decisión judicial o arbitral. Así lo señaló en su Opinión Consultiva sobre Namibia: “Además, la interpretación y aplicación de un instrumento internacional debe hacerse dentro del marco del sistema jurídico general que prevalece en el momento de la interpretación”¹¹⁹. Asimismo, en el Asunto de la Plataforma Continental del Mar Egeo, la Corte precisó: “Es difícilmente concebible que se intentara dar a expresiones como ‘jurisdicción doméstica’ y ‘estatuto territorial’ un contenido invariable cualquiera fuera la evolución subsiguiente del Derecho Internacional”¹²⁰. Finalmente, la misma posición la asumió en el Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros¹²¹ y en el Asunto de la Disputa sobre Derechos de Navegación y Derechos Conexos, entre Costa Rica y Nicaragua, donde en contradicción a la posición de este último, la Corte señaló la necesidad de interpretar la palabra “comercio” (incluida en el Tratado de 1858 celebrado por ambos países), conforme al Derecho y al significado vigentes al momento del fallo¹²².

9. La contemporaneidad

Otra regla de interpretación vinculada al ámbito temporal y al análisis de sentencias

judiciales o fallos arbitrales, y no incluida en la Convención de Viena, es aquella conocida como el principio de contemporaneidad, el cual establece que los fallos deben ser interpretados conforme a los hechos o conocimientos que se tenían al momento de su elaboración.

En este sentido se manifestó el Tribunal arbitral en el Asunto de la Controversia sobre Delimitación Marítima entre Francia y Gran Bretaña, donde se señaló: “La interpretación plantea la cuestión de saber lo que el Tribunal ha zanjado con fuerza obligatoria en su decisión y no la de saber lo que el Tribunal debería decidir ahora a la luz de hechos o argumentos nuevos”¹²³. De igual modo tenemos el Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile, donde los árbitros Galindo Pohl y Santiago Benadava, en sus respectivos votos disidentes, señalaron lo siguiente: “[...] no se puede atribuir al árbitro de 1898-1902 conocimientos geográficos que no tuvo ni pudo tener por la sencilla razón de que nadie los tenía, ni procede aplicar conocimientos posteriores para entender el sentido de hechos pasados. Cada cosa en su tiempo y en su lugar [...]. Analizar el caso colocándose en la situación de la época y tratar de reproducir el escenario que conformó la visión y el juicio del árbitro, así como los puntos de vista y los propósitos de las partes es, además, un dictado de la lógica. Colocándose fuera de la época, como si el fallo fuese pronunciado hoy, las decisiones del pasado pierden su sentido original. Particularmente en diferendos relacionados con fronteras, los fallos deben entenderse de acuerdo con los conocimientos geográficos, las informaciones y los argumentos presentados al juez, en la época y en conformidad con la época. De otro

¹¹⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del Sudoeste Africano”. Recueil. 1966. p. 23.

¹¹⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad”. Recueil. 1994. p. 3

¹¹⁸ DÍEZ DE VELASCO, Manuel. Op. cit. p. 213.

¹¹⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Opinión Consultiva sobre Namibia”. Reports. 1971. p. 31.

¹²⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto de la Plataforma Continental del Mar Egeo”. Reports. 1978. p. 32.

¹²¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Asunto del proyecto Gabčíkovo-Nagymaros”. Recueil. 1997. pp. 67-68.

¹²² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Disputa sobre derechos de navegación y derechos conexos (Costa Rica v. Nicaragua)”. 2009. párrafos 66-67; DUPUY, Pierre Marie. “Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy”. En: CANNIZZARO, Enzo (Editor). “The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention”. Oxford: Oxford University Press. 2011. pp. 131-132.

¹²³ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Recueil des Sentences Arbitrales”. Volumen 19. p. 239.

modo se corre el riesgo de perturbar la cosa juzgada y la estabilidad de las fronteras”¹²⁴.

“Los conocimientos geográficos adquiridos con posterioridad al laudo no pueden servir de base para su interpretación. El laudo y los instrumentos que lo integran deben ser interpretados a la luz de las circunstancias que los rodean y, especialmente, del conocimiento geográfico que el árbitro tomó en cuenta al dictarlo. [...] Los nuevos descubrimientos geográficos constituyen un “hecho nuevo” que no pueden alterar lo decidido por el laudo ni servir de base para su interpretación”¹²⁵.

V. REFLEXIÓN FINAL

Las reglas de interpretación analizadas en el presente artículo son de especial relevancia

para una correcta y no arbitraria aplicación de las normas del Derecho Internacional convencional, pero también para brindar seguridad jurídica y estabilidad en las relaciones internacionales.

Además, el carácter abierto de las reglas consagradas en la Convención de Viena de 1969 permite que puedan incorporarse nuevas reglas, según evolucione esta disciplina, lo que entonces garantiza su adecuación a futuras realidades y permanente perfeccionamiento. En este sentido, la jurisprudencia y la práctica de los Estados tendrán particular importancia en este desarrollo, beneficioso para la solución de las disputas internacionales y, por ende, para la estabilidad, la paz y la seguridad internacional.

¹²⁴ TRIBUNAL ARBITRAL. “Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile. Opinión Disidente de Galindo Pohl”. pp. 119-121.

¹²⁵ TRIBUNAL ARBITRAL. “Asunto de la Controversia sobre Recorrido de la Traza del Límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile. Opinión Disidente de Santiago Benadava”. pp. 268-271.

LA ACCIDENTADA RUTA CONSTITUCIONAL DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN EL DERECHO INTERNO

Piero Vásquez Agüero*

Los tratados, como fuente del Derecho Internacional, llegan a ser interiorizados y asumidos como parte de la legislación interna de cada país, adquiriendo no sólo la capacidad de otorgar derechos y obligaciones a los ciudadanos de los países que los celebran, sino incluso, tomando una jerarquía propia dentro del ordenamiento jurídico.

En este didáctico artículo, el autor nos permite vislumbrar cómo este proceso se ha encontrado con una serie de dificultades al ser abordado por la jurisdicción interna, tomando como base la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Legal del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

I. INTRODUCCIÓN: LA IRRUPCIÓN DEL INDIVIDUO EN LA ESFERA INTERNACIONAL Y LOS RETOS PARA LOS ORDENAMIENTOS DE LOS ESTADOS

Como es conocido, el Derecho Internacional y la sociedad internacional se condicionan recíprocamente¹. Este vínculo evolutivo e indisoluble es una marca de creación que direcciona una especial atención sobre la realidad que el Derecho Internacional pretende regular². Desde esta constatación, el gran cambio acontecido en la sociedad internacional contemporánea es la irrupción del ser humano como sujeto de Derecho Internacional. Y utilizo el término **irrupción** adrede, con la clara intención de subrayar la constante tensión generada con su emergencia en la esfera jurídico internacional.

Sin duda, el fenómeno de la humanización del Derecho Internacional es el corolario de una serie de conquistas que parten desde las primeras apariciones de límites a los poderes soberanos, con la confección de catálogos de derechos³ que conocerían su climax con las revoluciones americana y francesa y las sendas declaraciones producto de dichos procesos políticos de transformación. El efecto dominó que se produciría en adelante, “a pesar de los déficit conocidos, los peligros permanentes, también los dolorosos retrocesos y debilidades”⁴, dio paso a la progresiva consagración de los derechos civiles, políticos y, finalmente, sociales que abrieron camino a los textos constitucionales modernos⁵ que conocemos hoy en día⁶.

En este proceso revolucionario de humanización de lo jurídico, en palabras de Häberle⁷, “lleno de heridas y utopías concretas”, podríamos decir que el más afectado ha sido el Estado en tanto sujeto de Derecho Internacional. Es decir, el Estado como entidad independiente, soberana y autárquica, cedió buena porción de su soberanía, para autolimitar sus competencias sobre uno de sus elementos constitutivos fundamentales: La comunidad humana asentada sobre su territorio, tal como lo señala Carrillo Salcedo en las siguientes líneas: “La afirmación de que la persona humana es titular de derechos propios, oponibles jurídicamente a todos los Estados, incluso al Estado del que sea nacional, constituye sin duda una extraordinaria innovación en el Derecho Internacional que consiste, fundamentalmente, en que a diferencia del Derecho Internacional clásico, la persona no puede ya ser considerada como un mero objeto del Orden Internacional”⁸.

De acuerdo con el citado autor, se trata de la constatación del surgimiento de un nuevo principio constitucional del Orden Internacional contemporáneo que se ubica, frente a frente, a otro clásico principio, de corte y apariencia infranqueables: La soberanía⁹. Esta tensión generada por la irrupción del ser humano ha desencadenado una contracción de la soberanía, una erosión¹⁰ de sus bordes más filudos. El deber de cumplimiento y garantía de los tratados de Derechos Humanos supone un *modus vivendi* de la comunidad internacional, ante cuyo incumplimiento se genera responsabilidad internacional.

¹ REEVES, Jesse. “International Society and International Law”. En: The American Journal of International Law 15. 1921. p. 368.

² PASTOR RIDRUEJO, José. “Curso de Derecho Internacional y Organizaciones Internacionales”. Novena edición. Madrid: Tecnos. 2003. p. 34 y siguientes.

³ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago. “Sistemas Políticos Actuales”. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. 1993. pp. 29-35.

⁴ HÄBERLE, Peter. “El Estado Constitucional”. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2003. p. 46.

⁵ Se identifican como hitos fundantes las Constituciones de Querétaro (1917) y de la República de Weimar (1919).

⁶ PECES-BARBA, Gregorio. “Derechos Sociales y Positivismos Jurídico: Escritos de filosofía jurídica y política”. Madrid: Dykinson. 1999. p. 47.

⁷ HÄBERLE, Peter. Op cit. p. 45.

⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo”. Madrid: Tecnos. 1995. p. 15.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

Ahora bien, una vez que se consagra o cristaliza algún tipo de obligación estatal en materia de Derechos Humanos en el plano internacional, el impacto en el Derecho interno de los Estados es potente. Tal como señala la profesora Salmón, el Derecho Internacional establece el contenido de las obligaciones, pero es el ordenamiento jurídico interno el que debe encontrarse preparado “para cooperar con su cumplimiento”¹¹. De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana), se ha referido al deber general de implementación, recogido en el artículo 2¹² de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana) en los siguientes términos: “[...] El deber general [de implementación] del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”¹³.

Dicho esto, y siguiendo a la profesora Salmón, la implementación es *conditio sine qua non* de efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales, y esto conllevará la puesta en práctica de medidas nacionales de distinta naturaleza destinadas a que las normas internacionales tengan plena vigencia en el Derecho interno¹⁴. Ahora bien, por lo general, por “implementación” se ha entendido la referencia a los aspectos de la adopción de medidas legislativas (aprobatorias o derogatorias) para el cumplimiento efectivo de las normas del Derecho Internacional y el tema específico del rango de estas obligaciones ha sido dejado al pleno dominio reservado de los Estados. Sin embargo, cabe

preguntarse si es que en el actual escenario de humanización del Derecho Internacional y la proliferación de obligaciones de Derechos Humanos, en el espectro comprensivo de la implementación, también se encuentra ahora la jerarquía –y otras características– de este tipo específico de obligaciones.

Es cierto que la jerarquía normativa del Derecho de un Estado es una competencia que recae en el rubro del dominio reservado del mismo. Determinar el nivel jerárquico para las obligaciones del Derecho Internacional y, en especial, de las normas de Derechos Humanos, a la fecha, no genera responsabilidad internacional. Sin embargo, en esta idea del mejor y mayor cumplimiento posible de las obligaciones internacionales, indirectamente, sospechamos que existe una exigencia lógica que permite plantear la necesidad de contar con una pirámide normativa que esté en armonía con los compromisos internacionales.

Es una exigencia interna, que tiene un efecto directo y un correlato evidente, en última instancia, del principio del cumplimiento de buena fe de los tratados. En la línea de Cassese, se trata de la “cooperación y apoyo constantes”¹⁵ del sistema legislativo interno; exigencias que podríamos decir, se encuentran agudizadas a la luz de la importancia de las obligaciones de primer orden que imponen los Derechos Humanos, en tanto principio constitucional del Derecho Internacional contemporáneo.

Dicho lo anterior, conviene aclarar qué estamos entendiendo en este trabajo cuando decimos “rango” o “jerarquía”. En la Teoría General del Derecho, el tema ha sido abordado en distintas épocas y con distintos resultados¹⁶. Sin embargo, para los fines que

¹¹ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “El Derecho Internacional Humanitario y su relación con el Derecho interno de los Estados”. Lima: Palestra Editores. 2007. pp. 29-30.

¹² CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Artículo 2.- “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C 52, foja 207.

¹⁴ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Op. cit. Loc. cit.

¹⁵ CASESSE, Antonio. “International Law”. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press. 2005. p. 9.

¹⁶ Para una buena síntesis de las teorías jerárquicas de Kelsen, Merkel, Hart, Pizzorusso y Tarello, ver: GUASTINI, Ricardo. “Lecciones de Teoría del Derecho y del Estado”. Lima: Communitas. 2010. pp. 57-69.

nos convocan, entenderemos la jerarquía en los términos materiales y sustanciales que refiere Guastini en los siguientes términos: “[S]on aquellas que acaecen entre dos normas cuando una tercera norma establece que una de las primeras dos es inválida cuando colisione con la otra. En otras palabras: Dos normas, N_1 y N_2 , mantienen entre ellas, una relación jerárquica material, cuando una tercera norma positiva, N_3 , establece que N_2 es inválida cuando esté en conflicto con N_1 . En estos casos, diremos que N_1 es materialmente superior a N_2 ”¹⁷. Es decir la norma inferior, como se desprende del texto citado, no puede asumir un contenido que colisione con lo estipulado por la norma superior. Este es el tipo de jerarquía al que nos referiremos en el presente trabajo.

Advertido lo anterior, la estructura de este texto apunta, en un primer momento, a dejar constancia de que el ordenamiento peruano no se encontraba preparado para cooperar con el cumplimiento de obligaciones en materia de Derechos Humanos procedentes del Derecho Internacional dado que la jerarquía de las mismas era incierta y se encontraba en un escenario de desregulación, producto del quiebre democrático constitucional de 1993. Este hecho generó incertidumbre en la aplicación directa de las normas de Derechos Humanos.

En un segundo momento, se mostrará que fue el Tribunal Constitucional el encargado de subsanar estas deficiencias. Para ello estableceremos sus líneas jurisprudenciales en relación con el tratamiento del rango, aplicación directa e interpretación de los tratados (tanto simplificados como de Derechos Humanos). Asimismo, se mostrará que desde el Poder Legislativo, casi de contrabando, con la intención de aclarar la Constitución, se generó un impacto no

esperado en relación a la jerarquía del Derecho Internacional. Finalmente, se concluirá formulando algunas conclusiones e identificando tareas pendientes.

II. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL PERUANA DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LA DESREGULACIÓN DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS CON EL QUIEBRE DEMOCRÁTICO DE 1993

Es recién desde la Constitución de 1979 que es posible encontrar un desarrollo complejo relativo a la interacción del Derecho Internacional y el Derecho interno. Antes de eso, entre las constituciones de 1823 y 1933 toda la regulación jurídica que encontramos apunta de modo muy escueto y reducido tan sólo a la incorporación de los tratados internacionales mediante una fórmula que encargó desde siempre a los presidentes de la república la ratificación de tratados y al Congreso (o las cámaras) la aprobación o no de algunos convenios en específico.

En el período señalado anteriormente, no existe una regulación expresa con respecto a la jerarquía de los tratados o el Derecho Internacional en general. Como hecho aislado, en la Constitución de 1826, con su corta vigencia, se señaló en una triada de normas, cuyo contenido no se repitió nunca más en nuestra historia: Responsabilidades ante el incumplimiento de “la constitucion, las leyes y los tratados públicos”¹⁸.

Sin embargo, como ya se indicó líneas arriba, la vigencia de la llamada Constitución Vitalicia de Simón Bolívar tuvo efectos bastante limitados¹⁹. Después de este hecho aislado, toda la regulación hasta 1979 solo hace referencia a la aprobación de tratados de paz y concordatos, pero ningún tipo de referencia,

¹⁷ Ibid. p. 70.

¹⁸ Artículo 51: “Las atribuciones de la cámara de censores son:
1. Velar si el gobierno cumple y hace cumplir la Constitución, las leyes y los Tratados públicos.
2. Acusar ante el senado, las infracciones que el Ejército haga a **la Constitución, las leyes y los tratados públicos**” [El énfasis es nuestro].

Artículo 83: “Atribuciones del Presidente de la República:

5. Autorizar los reglamentos y órdenes para el mejor cumplimiento de **la Constitución, las leyes y los tratados públicos**” [El énfasis es nuestro].

Artículo 94: “Los secretarios del despacho serán responsables con el vicepresidente, de todas las órdenes que autoricen contra **la Constitución, las leyes y los tratados públicos**” [El énfasis es nuestro].

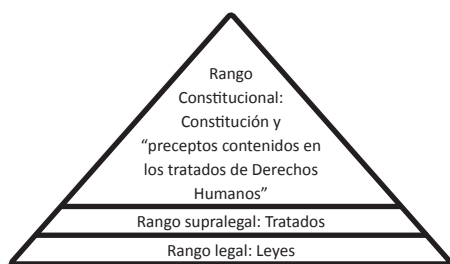
¹⁹ MORON URBINA, César. “Bolívar y su propuesta constitucional de 1826”. En: Pensamiento Constitucional 7. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2000. p. 436 y siguientes.

siquiera aislada, a la jerarquía de las normas del Derecho Internacional en el Derecho interno.

Es recién en la Constitución de 1979 que se puede identificar regulación sistemática con respecto a la relación de la normatividad internacional en el Derecho interno, en dos temas específicos: La incorporación y la jerarquía. Similar regulación es la que se plasma en la Constitución de 1993. Si se comparan la regulación de la jerarquía, en ambos textos constitucionales, encontraremos lo siguiente:

En la comparación de ambos textos constitucionales, podremos notar un retroceso en cuanto a la jerarquía del Derecho Internacional en general (tratados y normas de Derechos Humanos). La Constitución de 1979 era clara con respecto al nivel jerárquico que ocupaban los tratados y las normas de Derechos Humanos. La pirámide normativa podía ser imaginada del siguiente modo:

Gráfico 1: Pirámide normativa desde 1979



Sin embargo, la Constitución de 1993 realizó una copia incompleta de dicha fórmula, que pareciera totalmente direccionada a rebajar el rango de los Derechos Humanos en el sistema normativo nacional. De hecho, en el diario de debates de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático²⁰ el debate referido a los tratados es corto. En esta discusión se evidencia el reclamo de algunos comisionados debido a que el texto en consulta para la nueva Constitución no asignaba rango constitucional a las normas de Derechos Humanos.

La mayoría oficialista justificó que en tanto el artículo 2 contenía todos los derechos no era necesario regresar a la fórmula anterior. Varios comisionados pidieron que se debata este asunto, sin embargo, se decidió postergar el debate y consultar con especialistas.

Ahora, si nos remitimos al diario de debates del Pleno del Congreso²¹, en el que se aprueba este capítulo específico, existe discusión sobre la jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho nacional y la oposición defiende la posición de que se mantenga la referencia del rango diferenciado de los preceptos relativos a los Derechos Humanos. Sin embargo, ninguna intervención del oficialismo o de los miembros de la Comisión se encargó de sustentar el porqué del cambio. La votación aprobó el capítulo relativo de los tratados extirpando el rango jerárquico a las normas del Derecho Internacional en la Constitución. La pirámide normativa queda configurada en un doble nivel:

Gráfico 2: Jerarquía normativa desde 1993



En la comparación gráfica, se hace evidente que se rebajó el rango de los tratados de supralegal a legal y que se omitió la referencia explícita en relación con las obligaciones de Derechos Humanos. Retomando la pregunta inicial: ¿El sistema jurídico nacional se encontraba listo para cooperar con el cumplimiento de las obligaciones internacionales con respecto de la jerarquía de las normas internacionales? La primera conclusión parcial a la que podemos llegar es que nuestro sistema jurídico, desde 1993, sufrió un proceso de desregulación claramente direccionado a rebajar el *status* del Derecho Internacional en el Derecho

²⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. "Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional. Comisión de Constitución y Reglamento". Tomo V. Lima: Diario de los Debates. 2007. p. 2965. Consultado el 01 de abril de 2013 en: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/ComConstReglam93/Tomo_V.pdf.

²¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. "Congreso Constituyente Democrático. Debate Constitucional, Plenos - 1993". Tomo I. Lima: Diario de los Debates. 2007. p. 720 y siguientes. Consultado el 01 de abril de 2013 en: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf.

interno. Un despropósito que requirió medidas correctivas, como veremos más adelante.

III. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JERARQUÍA: MEDIDAS CORRECTIVAS A LA REGULACIÓN

A continuación, se construirá la línea jurisprudencial utilizada por el Tribunal Constitucional para establecer la jerarquía de fuentes en nuestro ordenamiento. En estos terminos, la ruta tiene dos hitos fundamentales. El primero establece una nueva pirámide normativa. El segundo, realiza un giro jurisprudencial, cambiando dicha pirámide, como se explicará en las siguientes líneas.

A. Primer hito

Como se evidenció anteriormente, un vacío grande quedó consolidado con la desregulación del rango de las disposiciones de Derechos Humanos y la disminución del *status* de los tratados en general. Es por eso que desde el año 2003, el Tribunal Constitucional ha propuesto y perfeccionado el catálogo jerárquico de nuestro ordenamiento sobre la base de dos criterios: Las categorías y los grados. En la sentencia 005-2003-AI/TC señaló cinco categorías.

La primera categoría se encuentra ocupada por las normas constitucionales y las normas con rango constitucional; la segunda está conformada por la Ley y normas con rango de Ley; la tercera está constituida por los decretos y normas de naturaleza ejecutiva; la cuarta por las resoluciones; y la quinta por las normas con interés de parte. Éstas últimas incluyen las decisiones del Estado surgidas a petición de los particulares, o actos de éstos sin intervención estatal, que generen derechos y deberes de carácter personal²².

Asimismo, el Tribunal Constitucional refiere que las normas de la segunda categoría (aquellas sobre las cuales es posible interponer una acción de inconstitucionalidad), son

las siguientes: “Las leyes y normas con rango de ley, donde se incluye a las leyes orgánicas, las leyes ordinarias en sus distintas denominaciones [leyes generales, de bases, de desarrollo constitucional, etcétera], **los tratados (aprobados por el Congreso)**, los decretos legislativos, las resoluciones legislativas, el Reglamento del Congreso, las ordenanzas municipales, las normas regionales de carácter general, las ordenanzas regionales, el decreto de urgencia y los decretos leyes” [El énfasis es nuestro].

Finalmente, el Tribunal Constitucional establece, con respecto de estas últimas normas, que pese a tener la misma categoría, no todas tienen el mismo grado. El grado es aquella característica que impone jerarquía entre normas de una misma categoría. Con estas previsiones iniciales, la pirámide normativa quedó configurada del siguiente modo.

Gráfico 3: Jerarquía normativa desde 2003

Primera categoría	Constitución y normas con rango constitucional
Segunda categoría	Ley y normas con rango de ley: Leyes orgánicas, leyes ordinarias, tratados aprobados por el Congreso, decretos legislativos, resoluciones legislativas, reglamento del Congreso, ordenanzas municipales, ordenanzas regionales, decretos de urgencia y decretos leyes (no se establece el grado).
Tercera categoría	Decretos y normas de naturaleza ejecutiva
Cuarta categoría	Resoluciones
Quinta categoría	Normas con interés de parte

Al 2003, podemos advertir que el rango que ocupaban los tratados era el de segunda categoría. Extrañamente, el Tribunal Constitucional se refirió a los tratados aprobados por el Congreso, es decir aquellos reseñados en el artículo 56 de la Constitución de 1993, entre los cuales se encuentran los tratados de Derechos Humanos.

Podemos afirmar, entonces, que para el año 2003, el rango de los tratados era legal. De hecho esta posición es bastante coheren-

²² Expediente 005-2003-AI/TC. Foja 7.

te con lo que ya se había afirmado para el caso particular del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el que se señaló, en el año 1999, que ostentaba dicho rango legal²³.

“Que en la medida en que el artículo 14 inciso 6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce un mandato indemnizatorio como consecuencia de la comisión de un error judicial a propósito de quienes han sido beneficiados con una medida de indulto, esto es, crea una obligación como correlato de una determinada situación jurídica, no cabe la menor duda, que al tratarse de derecho aplicable en nuestro país y que como se ha dicho, tiene el mismo rango que el de una ley, le asiste el mismo régimen jurídico que opera respecto de la Acción de Cumplimiento”.

B. Segundo hito

Poco tiempo después, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia que profundiza sobre la categoría y el rango y al mismo tiempo modifica su línea jurisprudencial. En el caso “Nina-Quispe” (Expediente 0047 2004-AI/TC) el Tribunal realiza este giro jurisprudencial, y separa los tratados en dos tipos: Tratados de Derechos Humanos y tratados con rango de ley. Dicha distinción, evidentemente, solo tiene efectos en el plano del Derecho nacional, en tanto que la vinculación del Perú frente a la comunidad internacional, con respecto de la totalidad de tratados en vigor, es la misma.

La distinción realizada es útil en tanto dicho rango otorga a los Derechos Humanos la posibilidad de ser tutelados mediante un proceso constitucional de amparo, en el que se requiere que la violación del derecho alegado tenga sustento constitucional directo, como se señala en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional:

“No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”.

Gráfico 4: Pirámide normativa desde 2004

Primera categoría	Primer grado: La Constitución.
	Segundo grado: Leyes de reforma constitucional.
	Tercer grado: Los tratados de Derechos Humanos.
Segunda categoría	Las leyes y las normas con rango o de ley. Allí aparecen las leyes, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, el Reglamento del Congreso, las resoluciones legislativas, las ordenanzas regionales las ordenanzas municipales y las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, así como los decretos-ley
Tercera categoría	Los decretos y las demás normas de contenido reglamentario.
Cuarta categoría	Primer grado: Las resoluciones ministeriales, las resoluciones de los órganos autónomos no descentralizados (Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Defensoría del Pueblo, entre otros).
	Segundo y demás grados descendentes: Las resoluciones dictadas con sujeción al respeto del rango jerárquico intra-institucional.
Quinta categoría	Los fallos jurisdiccionales y las normas convencionales.

Ahora bien, esta nueva jerarquización propuesta por el Tribunal Constitucional, nos permite plantear al menos tres problemas. El primero se trata de la definición y naturaleza de lo que se debe considerar como un tratado de Derechos Humanos. En segundo lugar, nos preguntamos qué pasa en el supuesto de conflicto o contradicción entre las normas del Derecho Internacional y las normas de segundo y tercer grado de la primera categoría. En otras palabras, ¿cómo se soluciona la contradicción entre un tratado (cualquiera que sea) con una ley de reforma constitucional o la Constitución a luz del principio de la supremacía del Derecho Internacional?

Finalmente, el tercer problema es la determinación del origen y el sustento constitucionales para establecer una jerarquía diferenciada a favor de los tratados de Derechos Humanos.

²³ Expediente 1277-99-AC/TC. Foja 7.

1. Primer problema: ¿Qué entiende el Tribunal Constitucional por “tratado de Derechos Humanos”?

La solución del Tribunal Constitucional, abre la evidente pregunta de ¿qué es un tratado de Derechos Humanos? En términos de la identificación del mismo, resulta problemático que el rango constitucional se haya dirigido a la fuente de Derecho “tratado” como un todo, pues esta denominación no existe como tal en el Derecho Internacional. Las fuentes convencionales reciben varios nombres que definen una fuente del Derecho Internacional que se caracteriza por representar la fusión de dos o más voluntades de sujetos del Derecho Internacional con el propósito de regular sus intereses por las reglas internacionales²⁴.

Del alcance de esta definición, no es posible encontrar con claridad, una delimitación clara y distinta de lo que cabe en lo que el Tribunal Constitucional está imaginando como “tratados de Derechos Humanos”. Es por eso que la fórmula de la Constitución de 1979 resultaba más beneficiosa. El rango constitucional no se asigna a un instrumento legal, sino “a los preceptos contenidos en los tratados de Derechos Humanos”. Aunque imperfecta, la fórmula señala que es de los tratados de Derechos Humanos de los que es posible deducir preceptos normativos.

Hoy en día, en general, es posible extraer obligaciones en materia de Derechos Humanos de algunos tratados que no serían calificados como “de Derechos Humanos”. Por ejemplo, en los tratados de libre comercio, se incluyen hoy en día las llamadas “cláusulas democráticas”. Se trata de “norma o disposición dentro de un tratado de libre comercio o asociación comercial que busca asegurar un marco de protección para los Derechos Humanos y el respeto del Estado Democrático de Derecho entre las Partes del Acuerdo”²⁵. Es decir, existe una tendencia de incorporar en los textos de este tipo de

acuerdos menciones, explícitas o implícitas, a los Derechos Humanos, en tratados que no serían identificados como de esa materia necesariamente. Por ejemplo, en el artículo 17.2 del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos de Norteamérica²⁶:

Artículo 17.2.- “Derechos laborales fundamentales:

1. Cada Parte adoptará y mantendrá en sus leyes y reglamentos, y su correspondiente aplicación, los siguientes derechos, tal como se establecen en la “Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento” (1998) (Declaración de la Organización Internacional del Trabajo):
 - a. La libertad de asociación;
 - b. El reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva;
 - c. La eliminación de toda forma de trabajo forzoso u obligatorio;
 - d. La abolición efectiva del trabajo infantil y, para fines de este Acuerdo, la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; y
 - e. La eliminación de la discriminación con respecto a empleo y ocupación”.

Es decir, en materia laboral, este tratado de libre comercio estableció en su cuerpo normativo, obligaciones de Derechos Humanos entre ambas partes. No estamos en frente de un instrumento que sería denominado como de Derechos Humanos, pero estamos sin duda ante obligaciones de esta materia, que deberían seguir la suerte jerárquica de otro tipo de obligaciones que podrían desprenderse en materia de protección al individuo.

Como se puede ver, en el vasto universo de tratados, es posible deducir obligaciones de Derechos Humanos. Tanto más, sería posible deducir obligaciones en materia de Derechos Humanos en otras fuentes del Derecho

²⁴ CASSESE, Antonio. “International law”. Segunda edición. Nueva York: Oxford University Press. 2005. p. 172.

²⁵ MUJICA PETIT, Javier. “Integración, comercio y Derechos Humanos. Cláusula democrática”. Lima: Cuaderno Globalización con equidad 3. 2008. p. 41.

²⁶ Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, suscrito el 12 de abril de 2006, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa 28766, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de junio de 2006 y ratificado mediante Decreto Supremo 030-2006-RE, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 30 de junio de 2006. Fue puesto en ejecución mediante Decreto Supremo 009-2009-MINCETUR, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de enero de 2009. Fecha de entrada en vigor: 1 de febrero de 2009.

Internacional como la costumbre o los actos unilaterales. Es por ello que resultaría más que positivo que el Tribunal Constitucional continúe perfeccionando la pirámide explicitando que el rango constitucional se asigna al contenido de la obligación no por su fuente, sino por la materia que regula.

2. Segundo problema: ¿Cómo se resuelven los conflictos normativos entre normas constitucionales de primera categoría y las normas del Derecho Internacional?

Se ha encontrado, que existe una “ficticia” distinción eleva a los tratados de Derechos Humanos a la primera categoría, mientras que el resto de tratados sigue ostentando la segunda categoría. Tal como ya se manifestó anteriormente, dentro de una misma categoría, las normas tienen distinto grado entre sí. En estos términos, los tratados de Derechos Humanos ostentan el tercer grado dentro de la primera categoría. Eso agota la mayoría de los conflictos normativos entre los tratados de Derechos Humanos y el resto de fuentes del Derecho interno, salvo en el caso de las tres normas que ostentan el mismo grado, dentro de la primera categoría.

Es decir, la Constitución (primer grado), las leyes de reforma constitucional (segundo grado) y los tratados de Derechos Humanos (tercer grado). ¿Qué pasa entonces en caso de conflicto entre una norma consagrada en un tratado de Derechos Humanos y una norma constitucional? El Tribunal Constitucional enfrentó este problema a través del análisis de constitucionalidad de las Leyes de Amnistía 26479 y 26492, para el caso de Santiago Martín Rivas en el marco del Caso La Cantuta.

Cabe recordar que antes de que el caso de Martín Rivas se ventile en el Tribunal Constitucional, la Corte Interamericana se había pronunciado sobre las mencionadas leyes en su sentencia “Barrios Altos”²⁷. Entre las consideraciones vertidas, más allá de las vulneraciones encontradas, la Corte Interamericana evidenció que existía un

quiebre entre la Convención Americana y las leyes de amnistía, y señaló lo siguiente en la sentencia de fondo de dicho caso: “[L]as leyes de amnistía 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.

Ante esta afirmación, y para estar segura del alcance de lo que la Corte Interamericana señalaba, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos preguntó lo siguiente en su escrito de demanda de interpretación en los términos del artículo 67 de la Convención Americana: “¿Tiene la Sentencia en el caso Barrios Altos, con referencia a la incompatibilidad de las leyes 26479 y 26492 con la Convención Americana, alcance general o se limita solamente al caso indicado?”.

En la sentencia de interpretación, la Corte Interamericana responde lo siguiente: “Dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía 26479 y 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”.

Es decir, la Corte Interamericana aplica una suerte de control concentrado a las leyes de amnistía. Lo que se objeta principalmente a esta declaración, como resulta evidente, es si una corte internacional, cuya razón de ser es la vigilancia del cumplimiento de un tratado de Derechos Humanos, puede arrogarse una de las clásicas funciones de un Tribunal Constitucional, como “expulsar” normas del ordenamiento por encontrarse en contradicción con el bloque de constitucionalidad.

La identificación de normas que se contraponen a la Convención Americana no es un comportamiento exótico de la Corte Interamericana. De hecho, como señala Hitters²⁸, es desde el año 2003 que este nombre se evidencia como tal, pero la comparación de legislación interna con el Pacto de San José es una tarea natural de su función de guardián. La Corte Interamericana no tiene el poder general de abrogación. Una cosa

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Barrios Altos v. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C 75.

²⁸ HITTERS, Juan Carlos. “Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En: *Estudios Constitucionales* 2. 2009. pp. 109 y siguientes.

es la identificación de la inconvencionalidad y otra muy distinta es el efecto que dicho pronunciamiento produce. Sin embargo, en “Barrios Altos” encontramos un criterio distinto al que se ha producido en los otros casos de control de constitucionalidad. ¿La razón de la diferencia? Hitters identifica que este perfeccionamiento jurisprudencial (aplicable también al caso La Cantuta²⁹) responde a la distinta temática que estos casos acarrearán: Delitos de lesa humanidad.

En este sentido, el pronunciamiento de la Corte Interamericana podría entenderse exagerado. Sí entendemos que existe una invasión de la soberanía, no justificado en términos jurídicos. Pero la interpretación correcta de dicho pronunciamiento, no debe ser igualado a un control concentrado. La expulsión de las normas de amnistía explícita o tácita es un efecto natural que corresponde al Estado Peruano ante la vulneración del *pacta sunt servanda*: En tanto la norma no cumple el requisito internacional, el Estado estaría incumpliendo el tratado y por lo tanto, él mismo, mediante sus mecanismos internos tiene el deber de acabar con sus efectos –*sine die*– bajo amenaza de incurrir en responsabilidad internacional, por el incumplimiento del tratado. Otro tipo de interpretación, acarrearía que la Corte Interamericana se arrogó facultades que no estarían ni en formación en el ordenamiento internacional.

Con esta tensión de por medio, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente en el caso Martín Rivas³⁰:

“35. La primera cuestión, esto es, la determinación de si estas leyes son compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución, no es un asunto que deba resolverse de manera aislada, sino a partir de su integración. Ello es así por cuanto es necesario entender al Derecho internacional como un Derecho de integración sobre la base de la responsabilidad internacional de los Estados. Así, en función de dicha responsabilidad no

se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración.

36. No cabe, pues, asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa; se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho Sistema; siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones [...]”.

Si bien el presente artículo busca indagar sobre la jerarquía del Derecho Internacional en el Derecho interno, resulta imposible no hacer, aunque sea, una breve referencia a la incorporación, dados los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia constitucional acabada de citar. En este sentido, cuando se trata de las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, respecto de la incorporación del primero en el segundo, la doctrina reconoce tres teorías fundamentales.

La teoría monista de raigambre Kelseniana que “proclama la unidad de esencial de todos los ordenamientos jurídicos”³¹, en tanto todas las normas se encuentran jerarquizadas y provienen de una norma fundamental. Desde esta doctrina, se han inspirado el desarrollo de la responsabilidad internacional del Individuo. El Derecho Penal Internacional, por ejemplo, deja sin efecto legislación nacional e impone su propia normativa sobre los individuos, más

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C 162.

³⁰ Expediente 679-2005-PA/TC. Foja 37.

³¹ PASTOR RIDRUEJO, José. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Octava Edición. Madrid: Tecnos. 2001. pp. 170 y siguientes.

allá de que la legislación nacional, apruebe, inmune o persiga el acto delictivo. Asimismo, campos como los del Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, demuestran una actual tendencia en la que se están comportando de modo mucho más monista³².

La teoría dualista, por su parte, señala que el Derecho Internacional y el Derecho interno tienen fuentes distintas que regulan supuestos de hecho distintos también: El ordenamiento internacional regula las relaciones interestatales, y el Derecho interno regula las relaciones entre individuos, y entre el Estado y ellos. Lo fundamental del dualismo, es que exige para su aplicación en el Derecho nacional, un acto de transformación de tipo legislativo. De hecho, autores como Gaetano Arangio-Ruiz³³ defienden la validez del dualismo como punto de partida del Derecho Internacional encontrando como base para ello el principio soberano de igualdad de los Estados.

Finalmente, se reconoce la existencia de doctrinas coordinadoras o de la coordinación, que tienen raíz monista, pero que se diferencian de ellas en tanto consideran al ordenamiento internacional superior al nacional, sino que identifican normas superiores sobre el que debe existir coordinación y diálogo entre ambos ordenamientos. Profesores³⁴ como Miaja de la Muela, Verdross y Kunz señalan desde mediados del siglo pasado que será posible encontrar contradicciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno,

pero que aún el esfuerzo para declarar su carácter unitario radica en la posibilidad de encontrar una solución al conflicto. ¿Dónde se encuentra el criterio unificador? De acuerdo con los autores, en los principios derivados del Derecho natural. Sin embargo, este argumento solo sirve como criterio unificador del Derecho Internacional y el Derecho interno, no resulta útil como herramienta para solucionar el conflicto.

Pese a lo útil de esta clasificación, no podemos dejar de ver que, en la actualidad, sostener la vigencia del irreconciliable divorcio entre las posturas monistas y dualistas está siendo dejado cada vez más de lado. Elizabeth Salmón³⁵, en tono moderado, habla de la “insuficiencia” de estas teorías para explicar el fenómeno de la interacción de los ordenamientos jurídicos nacionales con el sistema internacional. Armin Von Bogdandy, en tonos más preocupados, señalará que el monismo y el dualismo “tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el Derecho Internacional, pero desde una perspectiva jurídica y académica son unos ‘zombis’ intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o deconstruirse. La concepción general de la relación entre las normas inter-nacionales y las del Derecho interno debería asentarse en otra base conceptual”³⁶. Dinah Shelton³⁷ concuerda con estas afirmaciones, y nos permite concluir, desde la evidencia, que es muy difícil encontrar un Estado que sea realmente dualista o monista³⁸ a rajatabla.

³² SHELTON, Dinah. “International Law and Domestic Legal Systems. Incorporation, Transformation, and Persuasion”. Oxford: Oxford University Press. 2011. p. 1 y siguientes.

³³ ARANGIO-RUIZ, Gaetano. “International Law and Interindividual Law”. En: New Perspectives on the Divide between National and International Law. Oxford: Oxford University Press. 2007. p. 15 y siguientes.

³⁴ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. “Introducción al Derecho Internacional Público”. Tercera edición. Madrid: Ediciones Atlas. 1960. pp. 183 y siguientes.

³⁵ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Op. cit. p. 33.

³⁶ VON BOGDANDY, Armin. “Configurar la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público”. En: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/19.pdf>.

³⁷ SHELTON, Dinah. Op. cit. p. 4.

³⁸ De acuerdo con Shelton la evidencia que existe para cuestionar la artificialidad de ambas teorías reside en los siguientes argumentos: (i) Ambos tipos de Estados, monistas y dualistas, aceptan que existen reglas que son vinculantes de modo automático. Las normas de *ius cogens* coexistirán con aquellas que sólo se convierten en vinculantes después de ser adoptadas por los Estados de acuerdo con sus procesos constitucionales internos (por incorporación directa o por algún acto legislativo); (ii) algunos sistemas se podrán considerar monistas para un tipo de fuentes (por ejemplo, costumbre) y dualistas para otro (por ejemplo, tratados); (iii) las cortes nacionales de Estados dualistas han dado un efecto directo a normas de Derecho Internacional en casos relativos a asuntos transnacionales; y (iv) Estados dualistas en su incorporación a los tratados pueden aplicar automáticamente enmiendas o decisiones de comités supervisores de tratados que definen obligaciones establecidas en los mismos.

Enunciadas estas tres teorías y sus actuales atingencias, el Tribunal Constitucional se pliega a la teoría de la coordinación. Sin embargo, nos preguntamos: ¿El problema de la aceptación de los argumentos de la Corte Interamericana por parte del Tribunal Constitucional es de incorporación o es un problema de jerarquía? Desde nuestro punto de vista, el problema es de jerarquía, pero se pretende utilizar una tesis que apunta a solucionar los problemas de incorporación. Probablemente el nombre resultó útil y seductor: La tesis de la coordinación parece ser entendida como una herramienta de conciliación, pero que para ser utilizada en su efecto real, debió invocar el principio unificador subyacente tanto la lógica jurídica nacional o internacional. Si se trata más bien, tal como nosotros entendemos, que es un problema de jerarquía, pues los argumentos del Tribunal Constitucional debieron apuntar en otra dirección.

Ahora bien, si aplicamos el criterio de jerarquía del Tribunal Constitucional (el del gráfico 4), debería primar la norma constitucional. Sin embargo, esta sencilla solución implicaría desconocer una obligación internacional bastante consolidada en el Derecho Internacional contemporáneo. Hoy en día, queda claro que en el Derecho Internacional, existe la regla de la supremacía del mismo. Formulada en los términos del artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, ningún Estado podrá invocar Derecho interno para exculparse del incumplimiento del Derecho Internacional, el efecto que esta norma produce la automática supremacía de las normas internacionales en el marco de acción del Derecho Internacional. Como es lógico, el incumplimiento de una norma de dicho ordenamiento conllevará la subsecuente atribución de responsabilidad internacional. Esta regla de Derecho Internacional, codificada en 1969 por la mencionada Convención, tiene una sólida raíz consuetudinaria reflejada en la jurisprudencia internacional de la Corte Internacional de Justicia que reconoce su existencia incluso desde vieja jurisprudencia como se recuerda aquí: “[T]he fundamental principle of international law that international law prevails over domestic law [...] was endorsed

by judicial decision as long ago as the arbitral award of 14 September 1872 in the Alabama case between Great Britain and the United States, and has frequently been recalled since, for example in the case concerning the Greco/Bulgarian ‘Communities’ in which the Permanent Court of International Justice laid it down that ‘it is a generally accepted principle of international law that in the relations between Powers who are contracting Parties to a treaty, the provisions of municipal law cannot prevail over those of the treaty’³⁹.

Es en este sentido que, desde nuestro punto de vista, cobra relevancia que el Tribunal Constitucional invoque la teoría de la coordinación, según las cuales se afirma la unidad de ambos ordenamientos, que parten de un Derecho natural fundante y común a ambos. En el caso en cuestión, el principio compartido que comparten ambos ordenamientos, es el mandato de la protección del ser humano. En esta tarea interpretativa, el Tribunal Constitucional encuentra en el razonamiento de la Corte Interamericana, puntos de contacto fundamentales que luego hace propios. De algún modo, nacionaliza la opinión de la Corte Interamericana, la hace suya, coordina y luego consciente con el efecto de inaplicación de dichas normas.

Sin embargo, en el Perú contamos con procedimiento *ad hoc* para la expulsión de normas de nuestro ordenamiento: El proceso de inconstitucionalidad. Este proceso no se ha llevado a cabo, las normas no han sido derogadas, y pese a ello ningún juez se atrevería a invocarlas sin ser calificado, por lo menos, de distraído. ¿Presenciamos un nuevo modo de expulsión de normas de nuestro ordenamiento distinto del proceso de inconstitucionalidad? Una interesante pregunta que desborda los objetivos de este trabajo.

El esfuerzo de armonizar las normas del Derecho Internacional y del Derecho interno cuando son contradictorias es especialmente arduo, sobre todo cuando no se cuenta con un modelo armónico en términos de jerarquía. De hecho, este mismo problema es el que afrontarían los tratados referidos en la segunda categoría, con respecto de cualquier norma de primera categoría.

³⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947”. Reports. 1988. pp. 34-35.

3. Tercer problema: ¿De dónde proviene el rango asignado por el Tribunal Constitucional a los tratados?

Ahora bien, cabe preguntarse ¿De dónde proviene el rango constitucional de los tratados de Derechos Humanos? De acuerdo con el Tribunal Constitucional, los tratados de Derechos Humanos ostentan este rango diferenciado sobre la base de la interpretación del artículo 3 de la Constitución, que dispone que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.”

Nuestro texto constitucional reconoce un catálogo de derechos enunciado en el artículo 2, pero abre dicho artículo con la previsión del artículo 3. Es decir, los derechos fundamentales pueden ser tanto explícitos como implícitos. Es la suma de los artículos 2 y 3, como mínimo, lo que determina nuestro bloque de constitucionalidad. En estos términos, el Tribunal Constitucional señaló en el caso “Manuel Anicama” que: “La enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se derivan de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”⁴⁰.

Reitera esta posición el año 2006⁴¹, al afirmar que: “Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye ‘otros de naturaleza análoga’ o que ‘se fundan’ en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de derechos constitucionales

que está comprendido tanto por ‘derechos de naturaleza análoga’ como por los que se infieren de los principios fundamentales”.

Mediante esta interpretación, el Tribunal Constitucional deduce que en nuestro ordenamiento interno es el artículo 3 el que otorga un rango diferenciado a los tratados de Derechos Humanos. Se incorporan a la primera categoría de modo análogo que los derechos enunciados. Sobre esto ha señalado:

Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudieran identificarse como tales, no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”⁴².

En conclusión, el rango diferenciado de los tratados de Derechos Humanos se deduce del artículo 3 de la Constitución. Ahora bien, cuando se trata del rango del resto de tratados, la línea jurisprudencial no es del todo clara. Existen pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional ha señalado que el rango de ley de los tratados proviene del artículo 200-4 de la Constitución que señala lo siguiente:

Artículo 200.- “Son garantías constitucionales: [...] 4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: Leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo”.

⁴⁰ Expediente 1417-2005-PA/TC. Foja 3.

⁴¹ Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Foja 29.

⁴² Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Foja 30.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ha señalado que el carácter del 200-4) es solamente enunciativo, y que no pretende otorgar jerarquía a las normas que reseña:

En efecto, el Tribunal no sólo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la compatibilidad constitucional de los decretos ley, pese a que no se encuentran comprendidos entre las normas que señala el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución, sino que, además, ha entendido, implícitamente, que las normas comprendidas en dicho dispositivo constitucional sólo tienen un carácter enunciativo y no taxativo de las normas que son susceptibles de ser sometidas al control en una acción de inconstitucionalidad⁴³.

Señala, además, que la función de dicho artículo es mencionar, de modo incompleto, las normas susceptibles de ser cuestionadas mediante un proceso de inconstitucionalidad. Solamente eso. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, pretender abstraer el rango de los tratados de esta norma generaría que se le asigne, de modo mecánico, rango de ley a todo el conjunto de tratados, lo que resultaría contradictorio si es que sostenemos la posición de que los tratados de Derechos Humanos ostentan un rango superior al legal. De hecho esta posición fue confirmada el año 2006 del siguiente modo⁴⁴:

En consecuencia, debe descartarse la tesis según la cual los tratados internacionales sobre Derechos Humanos detentan jerarquía de ley debido a que la Constitución, al haber enumerado las normas objeto de control a través de la “acción de inconstitucionalidad” (artículo 200, inciso 4), ha adjudicado jerarquía de ley a los tratados en general. Tal argumento debe ser desestimado debido a que dicha enumeración tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la acción de inconstitucionalidad.

Entonces, como reglas jurisprudenciales, identificamos que existe un rango diferen-

ciado entre tratados de Derechos Humanos y el resto de tratados, pero que dicha distinción no afecta la aplicación del artículo 200-4, que dispone que todo tipo de tratado se encuentra sujeto a control de constitucionalidad vía proceso de Inconstitucionalidad. Sobre esto último, el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente⁴⁵:

“El que los tratados sobre Derechos Humanos detenten rango constitucional no implica sustraerlos en cuanto objeto de control del proceso de inconstitucionalidad. El rango constitucional de una norma no es óbice para que, de ser el caso, tales sean objeto de control a través del mencionado proceso.”

Sin embargo, dichas afirmaciones colisionan de modo explícito con otros pronunciamientos, reiterados y anteriores, en los cuales se afirman que “el inciso 4 del artículo 200 de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley: Leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas”⁴⁶.

Encontramos, pues, que el Tribunal Constitucional para evitar el equívoco de asignar rango legal a todos los tratados, rebaja el contenido del 200-4, yendo en contra de sus propios pronunciamientos. Efectivamente, el 200-4 no es un catálogo cerrado de normas que pueden ser susceptibles del control de constitucionalidad, pero la redacción de dicho artículo es clara. De su texto literal se desprende que dicha norma intenta determinar un mínimo de normas que ostentan rango de ley, las mismas que pueden ser sujetas a control de constitucionalidad.

Existe un doble contenido en dicha norma constitucional que no es excluyente. No cierra la lista, pues como es sabido, por ejemplo los decretos-ley –no contemplados en dicho dispositivo– también son susceptibles de ser analizados a la luz de un proceso de constitucionalidad.

⁴³ Expediente 010-2002-AI/TC. Foja 21.

⁴⁴ Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Foja 32.

⁴⁵ *Ibidem*. Foja 34.

⁴⁶ Expediente 0022-2004-AI/TC. Foja 13.

C. Otras precisiones del Tribunal Constitucional relativas a la correcta implementación de las normas del Derecho Internacional: La doble función de los tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento interno

De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional los tratados de Derechos Humanos en el Perú tienen una doble función. Una función normativa, es decir que forman parte del ordenamiento jurídico interno, que encuentran sustento constitucional directo y que generan obligaciones al Perú exigibles en los tribunales nacionales. Esta característica es compartida por todos los tratados en general, no sólo de los Derechos Humanos. Existe una segunda característica que sí es privativa de los tratados de Derechos Humanos, y corresponde a su función hermenéutica. A continuación desarrollaremos ambas funciones:

1. Función normativa

Con respecto a la función normativa, el artículo 55 de la Constitución dispone que los tratados en vigor y celebrados por el Estado peruano forman parte del Derecho nacional. Este artículo encuentra un antecedente directo en la Constitución de 1979, tal como hemos visto. La diferencia entre ambos dispositivos constitucionales es que el de 1979 señala que los tratados celebrados por el Perú forman parte del Derecho nacional, sin referirse a si el tratado ya entró en vigor o no. En ese sentido, el artículo 55 mejora la formulación de 1979 al explicitar el requisito de la entrada en vigor.

En este extremo, los tratados de Derechos Humanos (y en general el resto de tratados también) se integran de modo positivo al ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha descrito que esta disposición constitucional implica que “los tratados sobre Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, inmediatamente aplicable al

interior del Estado”⁴⁷ lo que parece emular la interpretación de la Corte Suprema de Estados Unidos, que para el caso del Paquete Habana y Lola señaló que “international law is part of our law”⁴⁸.

Ahora bien, dentro de la función normativa común a todos los tratados, encontramos un efecto propio únicamente de los tratados de Derechos Humanos, insertos en nuestro bloque de constitucionalidad, relativa a su relación con otras normas en el sistema nacional de fuentes y su capacidad de surtir efectos una vez entrado su vigor: De acuerdo con el Tribunal Constitucional tendrán una fuerza pasiva y fuerza activa. La primera supone la posibilidad de resistir infracciones o contravenciones provenientes de fuentes infraconstitucionales. La segunda supone la capacidad de innovar nuestro ordenamiento jurídico, “incorporando en este, en tanto Derecho vigente, los derechos reconocidos por aquél a título de derechos de rango constitucional”⁴⁹.

2. Función hermenéutica

Sobre la función hermenéutica de los tratados de Derechos Humanos (función exclusiva de dichos tratados), las normas que resultan punto de partida son la Cuarta Disposición Final y Transitoria: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Y el Código Procesal Constitucional que señala lo siguiente: Artículo V.- “Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

⁴⁷ Expediente 5854-2005-PA/TC. Foja 22.

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA. The Paquete Habana 175 U.S. 677. 1900.

⁴⁹ Expediente 05427-2009-PC/TC. Foja 9 y Expediente 0022-2009-PI/TC. Foja 10.

En su abundante jurisprudencia⁵⁰ sobre el tema, el Tribunal Constitucional básicamente ha confirmado lo que se deduce con propia claridad de los dos dispositivos legales. El catálogo de derechos constitucionales debe ser leído siempre en armonía y consonancia con el contenido de los tratados de Derechos Humanos y tomando como base el pronunciamiento de los tribunales internacionales.

En estos términos, lo que resulta abiertamente vinculante, al menos en un primer momento, para los operadores jurídicos peruanos son los pronunciamientos de órganos jurisdiccionales supranacionales. Sobre la obligatoriedad de las interpretaciones de estos foros no existe duda alguna. Sin embargo, encontramos que ya para el año 2002⁵¹, el Tribunal Constitucional reconocía la función hermenéutica también en los siguientes términos:

“De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación conforme con los tratados sobre Derechos Humanos contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.

Con esta sentencia, el Tribunal Constitucional parece ampliar las fuentes hermenéuticas, al mencionar el término “órganos supranacionales de protección” y no “cortes supranacionales”.

De este modo, podemos apreciar que el canon de interpretación de los derechos y libertades fundamentales fue ampliado de lo que se desprende literalmente de la norma constitucional y se nutre de las siguientes fuentes:

- a. Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Perú.
- b. **Interpretación que las cortes supranacionales** realizan de los tratados de Derechos Humanos.
- c. Interpretación que los órganos de protección de Derechos Humanos.

Es necesario señalar que la tercera fuente de interpretación anotada (los órganos de protección de los Derechos Humanos) ha recibido pronunciamientos especiales por parte de la jurisprudencia constitucional que podría parecer contradictorio con lo señalado en el año 2002.

Para comenzar, ya en el año 2005⁵², el Pleno del Tribunal Constitucional se pronunció con respecto al principio de progresividad del derecho a la pensión, utilizando para ello el contenido de la Observación General 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Sobre el principio de progresividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló lo siguiente: “Esta disposición internacional, si bien no constituye un mandato vinculante para el Estado, dado su carácter de derecho débil –*soft law*–, permite interpretar razonablemente, a la luz del principio del paralelismo jurídico de las formas, que el principio de progresividad no es absoluto”.

Años más tarde, el Tribunal Constitucional retomaría el concepto de *soft law* de modo explícito. El 4 de setiembre de 2009, el Pleno del Tribunal Constitucional dictó la sentencia 00005-2008-PI/TC⁵³ sobre la demanda de in-

⁵⁰ Pronunciamientos recientes y sentencias relevantes: Expediente 1417-2005-PA/TC; Expediente 0020-2005-PI/TC-0021-2005-PI/TC; Expediente 5854-2005-PA/TC; Expediente 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC; Expediente 0005-2007-PI/TC; Expediente 00005-2008-PI/TC y Expediente 00465-2009-PHC/TC.

⁵¹ Expediente 218-02-HC/TC. Foja 2. En otros pronunciamientos también: Expediente 0217-2002-HC/TC; Expediente 4587-2004-AA/TC; Expediente 5854-2005-PA/TC. Foja 23. y Expediente 00465-2009-PHC/TC. Foja 9, entre las más constantes y recientes.

⁵² Procesos acumulados 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI, 0009-2005-AI.

⁵³ Que reitera el criterio jurisprudencial de las sentencias 00008-2008-PI/TC y Expediente 00026-00-PI/TC. Cabe señalar que existe un pronunciamiento anterior sobre el *soft law* recaído en las sentencias 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC (acumulados) en el que, básicamente, se señala que un tratado del que el Perú no es parte constituye *soft law* de todas formas.

constitucionalidad presentada contra la Ley 28988 - Ley que declara a la Educación Básica Regular como Servicio Público Esencial, y la Ley 29062 - Ley que modifica la Ley del Profesorado en lo referido a la Carrera Pública Magisterial.

Entre los motivos invocados por los accionantes, se mencionó que, al declarar la Educación Básica Regular como un servicio **público esencial**, prohibía su derecho a la huelga inconstitucionalmente. El Tribunal Constitucional rechazó esta hipótesis (pues en efecto el derecho no se suspendía, solo se restringía legítimamente su ejercicio) y señaló que la interpretación del derecho a la huelga debía realizarse conforme a los Convenios 81 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo y “a partir de la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo, la misma que reviste el carácter de *soft law* para el Derecho interno; en materia de la relación entre el derecho de huelga y los servicios públicos esenciales”⁵⁴.

Como seguro ya fue advertido, existe una clara contradicción. Si el derecho a la huelga debe interpretarse a la luz de los estándares del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, entonces no corresponde que los categorice como *soft law*. ¿Cuál es el problema del *soft law*? El problema de dicha categoría es que sus instrumentos no ostentan fuerza vinculante por sí mismos. No obligan jurídicamente a los Estados en ningún extremo. Por lo tanto, calificar los pronunciamientos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas o de Libertad Sindical, como interpretaciones integrantes de la categoría del Derecho blando podría conducirnos a la conclusión de que el Estado peruano puede interpretar una obligación convencional de algún tratado de Derechos Humanos por debajo del estándar que alguno de estos

órganos no jurisdiccionales de protección de Derechos Humanos hubiera proclamado.

Es necesario diferenciar, en este punto, que no estamos afirmando la obligatoriedad de las resoluciones o decisiones de dichos órganos no jurisdiccionales, que podría ser, en suma cuenta, cuestionable. Lo que tratamos de afirmar es que la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución no puede formularse por debajo de los estándares marcados por los órganos de protección de los Derechos Humanos, sean estos jurisdiccionales o no, tal como se señaló en la sentencia citada del año 2002⁵⁵.

Entonces, si posteriormente el Tribunal Constitucional, de modo contradictorio, señala que las interpretaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas y el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo no vinculan de ningún modo la interpretación que los foros nacionales realicen de los derechos fundamentales, entonces se corre el riesgo de que su buen parecer no respete el mínimo propuesto por los órganos de protección, sea cual fuere su naturaleza jurisdiccional, más aún si cada vez se vuelve más recurrente que cuando el Tribunal Constitucional se refiere al contenido de obligaciones internacionales se apoya en instrumentos de *soft law*, producidos en el seno de los diferentes comités de protección o foros temáticos especializados para reforzar su argumentación en temas relacionados con los derechos laborales⁵⁶, las personas en situación de reclusión⁵⁷, derechos de los pueblos indígenas⁵⁸ y Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁹.

En conclusión, y para sintetizar lo dicho hasta este punto, el Tribunal Constitucional, con la intención de precisar mejor el impacto y características de los tratados de Derechos Humanos en el ordenamiento interno, ha definido la doble función

⁵⁴ Expediente 00005-2008-PI/TC. Fojas 20 y siguientes.

⁵⁵ Expediente 218-02-HC/TC. Foja 2.

⁵⁶ Expediente 00005-2008-PI/TC. Fojas 20 y siguientes.

⁵⁷ Expediente 01575-2007-PHC/TC. Fojas 12-17 y Expediente 02464-2011-PHC/TC Fojas 10-12.

⁵⁸ Expediente 0022-2009-PI/TC. Fojas 6-9 y Expediente 05427-2009-PC/TC. Foja 24.

⁵⁹ Expediente 0033-2010-PI/TC Fojas 13-15; Expediente 0091-2005-PA/TC. Foja 6 y Expediente 4232-2004-AA/TC Fojas 10 y siguientes.

de los tratados de Derechos Humanos del siguiente modo: “[En la] protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de Derechos Humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55 de la Constitución), cuanto a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado cánón de control constitucional o ‘bloque de constitucionalidad’”⁶⁰.

3. La ley 26647 y su no calculado efecto regulador

En el año 1996, se aprobó en el Congreso de la República la Ley 26647, que establece las normas que regulan actos relativos al perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano. Esta ley, aprobada sin mayor debate en la sesión del Pleno del 15 de junio de 1996, debe su origen al Proyecto de Ley 762⁶¹ del 29 de noviembre de 1995, que sustenta en su exposición de motivos algunas preocupaciones que de hecho encontramos consistentes.

En el año 1994 se promulgó la Ley 26315⁶², que establecía en su artículo 1 que “el Diario Oficial El Peruano publicará el texto íntegro de los tratados celebrados por el Estado y en vigor que pasen a formar parte del Derecho nacional”. En este sentido, la preocupación del legislador giraba en torno a que de acuerdo con los artículos 56 y 57 de la Constitución de 1993, las normas mediante las cuales se aprueban y ratifican los tratados en el Derecho interno, también tienen que ser publicadas en El Peruano, lo que podría generar conflicto en los siguientes dos escenarios: El primero es el caso de un tratado que aún no ha entrado en vigor y sobre cuyas disposiciones se pretendiera

exigir cumplimiento vía judicial bajo el argumento de que su contenido ya es aplicable dado que la norma que lo ratificó (o aprobó su ratificación) se encuentra vigente tras su publicación.

El segundo caso es nuevamente el problema entre un tratado no en vigor, el artículo 109⁶³ de la Constitución de 1993 sobre la vigencia de las normas al día siguiente de su publicación y lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 26315 (la publicación del texto íntegro del tratado) y, nuevamente, la supuesta aplicación de normas convencionales de tratados ratificados por el Perú que aún no se encontraran en vigor. En estos términos, el legislador considera que ambos conflictos, si bien ya se encuentran regulados por el Derecho Internacional, es en los textos de los propios tratados internacionales donde se establecen las condiciones para sus entradas en vigor, más allá de las estipulaciones del Derecho nacional.

Para solucionar el vacío de regulación, se aprobó la derogación de la Ley 26315, y se aprobó la 26647, que de modo más orgánico establecía la secuencia para el perfeccionamiento nacional de los tratados celebrados por el Estado Peruano, mediante las normas de aprobación interna de los tratados, la publicación del texto íntegro de los mismos y la difusión de su entrada en vigencia e incorporación al Derecho nacional.

De la Ley 26647, dentro de los nueve artículos que la componen, el artículo 7 ha llamado la atención. En su texto señala lo siguiente: “Los tratados celebrados y perfeccionados por el Estado Peruano, conforme a lo señalado en los artículos anteriores, sólo podrán ser denunciados, modificados o suspendidos, según lo estipulen las disposiciones de los mismos, o en su defecto de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”. Ahora bien, tal como señala la profesora

⁶⁰ Expediente 1417-2005-PA/TC. Foja 9. Pronunciamiento similar en el Expediente 0020-2005-PI/TC-0021-2005-PI/TC. Foja 126.

⁶¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley 00762.

⁶² Derogada por según la Primera Disposición Final de la Ley 26647 y excluida del ordenamiento jurídico vigente con la Ley 29477 del 18 de noviembre de 2009.

⁶³ Artículo 109.- “Vigencia y obligatoriedad de la Ley: La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Salmón⁶⁴, mediante esta norma se estaría consagrando (¿de contrabando?) la primacía del Derecho Internacional sobre el Derecho interno. Siguiendo este razonamiento, de acuerdo con el artículo 103 de la Constitución de 1993, “la ley se deroga sólo por otra ley”.

Es decir, si el artículo 7 de la de la Ley 26647 estableció que los tratados –que ostentan rango legal por el artículo 200-4 de la Constitución como ya analizamos líneas arriba– no pueden ser transformados por otra ley, sino por otro tipo de disposiciones, está afirmando que los tratados, entonces, no tienen naturaleza legal. *Contrario sensu*, en tanto los tratados no presentan naturaleza legal, no pueden ser modificados por otra ley.

En efecto, resultaría bastante absurdo pretender modificar el contenido obligacional de un tratado mediante una ley, y esto es consistente de acuerdo con la Convención de Viena de 1969 y el Derecho de los Tratados en general. Esto abre la pregunta, con la entrada en vigencia de la Ley 26647, ¿qué rango obtuvieron los tratados? Al menos supralegal. Sin embargo, en una interpretación sistemática de la Constitución, tomando en consideración los artículos 103 y 200-4, así como el principio de supremacía del Derecho Internacional, con la entrada en vigencia de esta ley, solo se afirmó un principio del Derecho Internacional ya vigente para el Perú. ¿Se podría afirmar que existe un rango supralegal de los tratados? En el ámbito internacional, sí que lo tienen.

Sin embargo, encontramos que en el plano jurídico interno, dicha afirmación no podría ser sostenida, ya que con las sentencias del Tribunal Constitucional del 2003 y 2004⁶⁵ se perfecciona un sistema de prelación de fuentes bastante claro.

IV. CONCLUSIONES

El punto de partida del presente artículo fue la constatación de la aparición de un nuevo principio constitucional del Derecho Internacional: Los Derechos Humanos, cuyos efectos tienen un impacto agudo en el Derecho interno de los Estados, que encuentra

su corolario en el deber de implementación de las normas del Derecho Internacional en la esfera jurídica nacional. Asimismo, señalamos que existe un deber de dar el mejor y mayor cumplimiento con la recepción de estas obligaciones jurídicas internacionales, lo que incluiría hoy en día, incluso, el otorgamiento de una jerarquía idónea, para el diálogo armónico entre ambos sistemas.

Sobre esos presupuestos, repasamos que la regulación constitucional de la jerarquía del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos encontró en la Constitución de 1979 un rango constitucional que reducía la contradicción y orientaba al cumplimiento. Sin embargo, con la Constitución de 1993, la jerarquía de dichas obligaciones sufrió un proceso de desregulación, al punto de dejar un vacío incierto que fue llenado por jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional se dio a la tarea de darle un rango a las obligaciones del Derecho Internacional en materia de tratados, con especial énfasis en las obligaciones de Derechos Humanos. Con avances y retrocesos, hoy en día, contamos con un sistema de fuentes perfeccionado, en el que se designó a los tratados de Derechos Humanos un rango constitucional, y se dedujo para el resto de tratados un rango legal.

Sin embargo, la línea jurisprudencial ha dejado tres zonas grises que es necesario que sean mejor definidas. ¿Qué entiende el Tribunal Constitucional por “tratados de Derechos Humanos”? ¿Cómo se resuelven las contradicciones entre normas que ostentan categoría constitucional, pero en diferente grado, para evitar que el Estado peruano incurra en responsabilidad internacional? Y ¿de dónde provienen el rango –y la diferencia del mismo– de los tratados de Derechos Humanos y de los tratados simplificados?

Asimismo, en el análisis jurisprudencial analizado, se advirtió que el Tribunal Constitucional se encargó también de poner en blanco y negro, las funciones de los tratados en nuestro ordenamiento. De este segundo análisis, se advirtió que todos los tratados

⁶⁴ SALMON GÁRATE, Elizabeth. “Debate: Derecho internacional de los Derechos Humanos y Derecho interno”. En: <http://www.portafio.org/inicio/repositorio//CUADERNOS/CUADERNO-2/PERU.pdf>.

⁶⁵ Ver gráficos 3 y 4.

tienen una función normativa al formar parte del Derecho nacional; pero que los tratados de Derechos Humanos tienen una exclusiva función hermenéutica.

Ahora bien, existen nuevamente tareas pendientes con respecto de este canon de interpretación, pues no encontramos exhaustividad en relación con el valor para el Derecho interno de los estándares que fijan los órganos de protección de derechos humanos no jurisdiccionales, lo que podría generar, en el peor de los casos, que se interpreten normas los derechos y libertades

que detentan sustento constitucional directo por debajo de su real contenido.

Finalmente, quiero cerrar este trabajo llamando la atención de los costos del quiebre institucional de 1992. Calculados o no, su efecto dejó al Estado en una precaria posición respecto del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. El camino para la corrección de los vacíos constitucionales ha sido, sin embargo, productivo y beneficioso, aunque resulte lamentable constatar que, veintiún años después, el (auto) golpe sigue doliendo.

LUCHA CONTRASUBVERSIVA EN EL PERÚ: ¿CONFLICTO ARMADO O DELINCUENCIA TERRORISTA?

Alonso Gurmendi Dunkelberg**

El terrorismo vivido en el Perú durante las décadas de los ochenta y noventa ha sido uno de los acontecimientos determinantes en nuestra historia reciente y ha dejado una huella aún muy difícil de borrar. Hoy, pasada la peor parte, se hace necesario analizar lo sucedido en nuestro país en ese tiempo para así poder cerrar las heridas. Sin embargo, aún no hemos sido capaces de lograrlo. Subsiste todavía mucha controversia alrededor de varios temas; uno de ellos, sobre si la lucha llevada a cabo durante las décadas pasadas era un “conflicto armado” o era, en cambio, una “lucha contra el terrorismo”.

En el presente artículo, el autor analiza las características de la lucha contra Sendero Luminoso, llegando a la conclusión de que lo vivido aquí fue un conflicto armado interno, debido a la intensidad y la compleja organización del grupo subversivo. Posteriormente, evalúa cuáles son las consecuencias de esta determinación, ofreciendo una visión alternativa a las actualmente imperantes en nuestro país.

* El autor desea agradecer la ayuda brindada por Patrick Wieland Fernandini por sus comentarios a versiones preliminares de éste artículo.

** Abogado. Asociado del Estudio Echeopar. Miembro de la Asociación de Estudios sobre las Naciones Unidas del Perú. Las opiniones y los argumentos aquí vertidos son exclusivos del autor.

I. INTRODUCCIÓN

En las décadas de los ochentas y noventas, el Perú se enfrentó a épocas de intensa violencia terrorista que casi destruyen al Estado e instauran en su lugar una dictadura autocrática y totalitaria, sustentada en las ideologías comunistas de Sendero Luminoso y, en menor medida, del Movimiento Revolucionario Túpac Amaru - MRTA.

Luego de veinte largos años de lucha contrasubversiva contra uno de los grupos terroristas más sanguinarios que ha conocido el Continente Americano –y, por qué no, el mundo– los peruanos hemos tenido que enfrentar profundas heridas que perduran hasta nuestros días y que, en muchos casos, nos han dejado como una sociedad marcadamente dividida, que aún busca llegar a términos con su propio pasado.

A fin de resolver estos problemas, el Gobierno de Transición del entonces Presidente Valentín Paniagua decretó la creación de la hoy ya famosa “Comisión de la Verdad y Reconciliación” (en adelante, la Comisión de la Verdad)¹. La Comisión de la Verdad trabajó durante diecinueve meses, entrevistándose con más de 15,000 personas en 509 distritos, repartidos en 129 provincias del país, presentando su Informe Final el 28 de agosto de 2003.

Sin embargo, a pesar de que sus orígenes se fundaron en el deseo de iniciar la curación de las heridas del pasado, la Comisión de la Verdad no ha dejado de ser fuente de discordia y desunión. Para algunos, el Informe

Final de la Comisión de la Verdad es una muestra fidedigna de lo ocurrido en la época del terrorismo; para otros, es un documento que bordea con la apología del senderismo y que ataca excesiva e injustamente a las fuerzas del Estado.

En esta línea, y a pesar de la naturaleza principalmente fáctica y de recopilación de información de la Comisión de la Verdad², una de las mayores controversias que ha suscitado su publicación ha girado en torno a su decisión de calificar los años de lucha contrasubversiva como un conflicto armado³, sujeto al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴.

Esta calificación ha sido trascendental en nuestro entendimiento de la época del terrorismo y ha terminado excediendo largamente el ámbito de la Comisión de la Verdad, constituyéndose no sólo en la posición oficial del Gobierno Peruano, sino informando y sustentando las posiciones y análisis legales del Estado en más de una ocasión.

Así, el Estado Peruano ha reconocido la autoridad de esta determinación en el contexto de sus procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señalando, por ejemplo, que: “[...] la existencia de la [Comisión de la Verdad] y de su Informe Final parten del dato incontestable de que el Perú padeció un conflicto armado interno, y que en dicho contexto específico se produjeron graves violaciones de los [D]erechos [H]umanos

¹ Ver: Decreto Supremo 065-2001-PCM. Ver también: Decreto Supremo 101-2001-PCM.

² Ver artículo 1 del Decreto Supremo 065-2001-PCM: “Créase la Comisión de la Verdad encargada de esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado, así como proponer iniciativas destinadas a afirmar la paz y la concordia entre los peruanos”.

³ Tal como reporta la Elizabeth Salmón, “el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación [...] suscitó un encendido debate [...]”. Uno de los temas planteados es el referido a la calificación de conflicto armado interno para la situación de violencia que se desencadenó en el Perú y las supuestas consecuencias que de ella se derivan. En este sentido, se señaló que ello podría implicar el reconocimiento de Sendero Luminoso y el MRTA como grupos beligerantes, la atribución a sus miembros del estatuto de prisioneros de guerra y el reclamo de una amnistía para sus detenidos”. En: SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. “El Reconocimiento del Conflicto Armado en el Perú. La Inserción del Derecho Internacional Humanitario en el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación Nacional”. En: Derecho PUCP 57. 2005. p. 79.

⁴ Ver: Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (en adelante, CVR). Tomo I. Parte Primera. Capítulo Cuatro. p. 196: “La Dimensión Jurídica de los Hechos”. En esta sección de su Informe, la CVR empieza declarando de antemano que su enfoque legal se centra en el reconocimiento de “[...] un núcleo inderogable de derechos de la persona humana, establecido por normas imperativas de Derecho Internacional general, sean estas tributarias del Derecho Internacional de Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, o del Derecho Penal Internacional”.

atribuidas, entre otros actores del conflicto, al Estado peruano”⁵.

De igual forma, la calificación de la Comisión de la Verdad ha sido instrumental para nuestra Corte Suprema en los casos contra los altos mandos senderistas en el 2006⁶. Así, para la Corte Suprema: “La Comisión de la Verdad y Reconciliación ha señalado que la violencia por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta y noventa constituye un conflicto armado interno, al que se le aplica el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra [...]”⁷.

Estos y otros ejemplos demuestran, entonces, que la calificación realizada por la Comisión de la Verdad en su Informe Final de 2003 ha sido de vital importancia para la forma en que el Perú y sus operadores legales han entendido y definido las dos décadas de lucha contrasubversiva que vivió el país.

Sin embargo, la evidente trascendencia del análisis jurídico de la Comisión de la Verdad y su amplia aceptación por los círculos oficiales, tanto a nivel nacional cuanto internacional, han hecho poco para convencer a los sectores más escépticos, quienes siguen convencidos de que los años de violencia terrorista no deben nunca ser descritos como un conflicto armado. Y, frente a esta realidad, surge el problema de que, más allá de su relevancia como hito histórico para el Perú, el análisis jurídico realizado por la Comisión de la Verdad dista mucho de ser exhaustivo y, por ende, parece ser incapaz de convencer a sus opositores.

En efecto, el análisis de la Comisión de la Verdad sobre la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y la existencia de un conflicto armado en el Perú durante la

época del terrorismo ocupa únicamente cinco caras⁸ y no realiza un análisis completo de los requisitos que existen a nivel doctrinario y jurisprudencial para la calificación de una situación particular como conflicto armado. Más bien, para la Comisión de la Verdad, “los hechos examinados –decenas de miles de personas muertas en un contexto de violencia armada y varios otros miles de heridos o mutilados– no pueden explicarse sino por la existencia de un conflicto armado interno regido sin duda alguna por el artículo 3 común precitado”⁹.

Sin embargo, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia más entendida, un gran número de muertos y heridos no es, por sí mismo, garantía de que nos encontremos frente a un conflicto internacional¹⁰. Después de todo, de ser esta la interpretación correcta, “la protección que pudiera ser provista por el Derecho Internacional Humanitario dejaría de aplicarse a muchas situaciones, en particular, a las primeras etapas de hostilidades o, en caso de conflictos armados de baja intensidad”¹¹.

Con esto en mente, entonces, y como señala Jean Pictet en sus Comentarios a la IV Convención de Ginebra, debe concluirse que “no importa cuánto dure el conflicto o cuánta matanza ocurra. El debido respeto a la persona humana como tal no se mide por el número de víctimas”¹².

Así pues, ya desde 1995, con la sentencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Tadic, el Derecho Internacional Humanitario exige que la determinación de un conflicto armado sin carácter internacional (es decir interno) se haga en base a un análisis sobre la existencia de “violencia armada prolongada entre las

⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *La Cantuta v. la República del Perú*, Sentencia de 29 de noviembre de 2006 sobre Fondo, Reparaciones y Costas. párrafo 44.

⁶ Expediente Acumulado 560-03 (en adelante, Caso Abimael Guzmán). Sentencia de 13 de octubre de 2006.

⁷ Sentencia del Caso Abimael Guzmán. p. 136.

⁸ Informe Final de la CVR. pp. 201 a 205.

⁹ *Ibid.* p. 204.

¹⁰ Ver: CULLEN, Anthony. “The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. p. 131.

¹¹ *Ibidem.* “The protection that might otherwise be provided by international humanitarian law would no longer apply to many situations, in particular in the early stages of hostilities or in case of low intensity conflict”.

¹² PICTET, Jean. “Comentarios a la IV Convención de Ginebra”. pp. 20-21. Disponible en: <http://www.icrc.org/ihi.nsf/COM/380-600005?OpenDocument>. “It makes no difference how long the conflict lasts, or how much slaughter takes place. The respect due to the human person as such is not measured by the number of victims”.

autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado”¹³. Si bien la Comisión de la Verdad llegó a citar este caso en un pie de página del capítulo referente a la Dimensión Jurídica de los Hechos, no llegó a analizar en detalle si el caso peruano satisfizo este estándar en un acápite específico.

La falta de exhaustividad en el análisis legal de la Comisión de la Verdad es, sin embargo, comprensible y se encuentra plenamente justificada. Tal como admite la propia Comisión, ésta simplemente no era un ente obligado a absolver definitivamente complejas cuestiones jurídicas¹⁴, sino más bien era un ente encargado de recopilar información y producir un documento que sirva de guía y explicación a la población de lo que sucedió en esos años. Es por ello que, por ejemplo, entre sus miembros hubo únicamente dos abogados.

El problema, más bien, es que esta conclusión jurídica de la Comisión de la Verdad no ha sido acompañada por evaluaciones jurisprudenciales o doctrinales adicionales lo suficientemente completas como para que quede plenamente confirmada, causando que los niveles decisorios más altos del Estado peruano hayan confiado por una década entera en una determinación legal hecha por un ente que no fue diseñado para realizar este tipo de funciones legales.

Así pues, en este artículo proponemos que ha sido la inexistencia de un estudio legal autoritativo y definitorio (y de fácil acceso al común de la población), lo que ha causado que el tema del conflicto armado siga siendo hoy en día motivo de acalorados debates entre opositores y seguidores de la labor de la Comisión de la Verdad. No hay, después de todo, suficiente análisis que pueda realmente convencer a uno u otro bando de que lo que existió en el Perú fue o no un conflicto armado

sin carácter internacional (y qué implica llegar a esta conclusión). Este artículo busca ofrecer este análisis, evaluando y esclareciendo aquellos lugares comunes que detractores y partidarios suelen usar para justificar sus posiciones, al mismo tiempo que ofrece su propia versión de lo que sucedió.

El artículo, por ende, concluye afirmando que en el Perú de los ochentas y noventas sí hubo un conflicto armado no internacional, pero que el entendimiento de las consecuencias e implicancias de esta determinación por parte de opositores y detractores en nuestro país se encuentra profundamente errado, lo que los lleva a conclusiones manifiestamente insostenibles a la luz del Derecho Internacional que regula los conflictos armados. En última instancia, el artículo propone una visión alternativa de lo sucedido, que cumpla con satisfacer tanto las preocupaciones de seguridad de quienes se oponen a la existencia del conflicto, cuanto los deseos de respeto de los derechos humanos de quienes lo defienden.

Con este objetivo, el artículo ha sido dividido en cuatro partes. La primera analizará qué es exactamente un conflicto armado no internacional y cuál es el estándar internacional para determinar su existencia. La segunda buscará estudiar el caso peruano a la luz de este estándar para justificar la existencia de un conflicto armado internacional. La tercera establecerá cuáles son las consecuencias e implicancias de la existencia de un conflicto armado en el Perú de los ochentas y noventas, y la última sección ofrecerá nuestras conclusiones.

II. EL CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Hasta aproximadamente finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, las situaciones de violencia interna tradicionalmente estaban

¹³ Traducción libre del original en inglés. *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Decisión sobre Moción de la Defensa para Resolución Interlocutoria sobre Jurisdicción, 2 de octubre de 1995. párrafo 70. “[...] protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”.

¹⁴ Por ejemplo, la CVR se excusa de analizar la aplicabilidad del Protocolo Adicional II a las Convenciones de Ginebra, por establecer requisitos de aplicación que la CVR considera están fuera de su mandato. En efecto, “El Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra [...] establece para su aplicación determinados requisitos (*inter alia*, un cierto tipo de control territorial por los insurgentes). La CVR en consecuencia, no siendo un órgano que debe resolver una tal cuestión, ha considerado que el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra constituye el marco normativo adecuado para la determinación del núcleo inderogable de derechos vigentes durante un conflicto armado interno”.

por fuera del ámbito de interés de las normas internacionales, preocupándose el Derecho Internacional únicamente por aquellas situaciones en donde los Estados hacían uso de la fuerza armada los unos en contra de los otros. En siglos pasados, la única excepción a la regla era la aplicación del reconocimiento de beligerancia, mediante el cual un Estado otorgaba ciertas prerrogativas cuasi-soberanas a un grupo armado no estatal, pero únicamente para efectos bélicos.

Así, según Charles Rousseau, el objeto del reconocimiento de beligerancia implicaba “[...] reconocer a las fuerzas insurrectas –por lo menos en cuanto a los fines de la lucha en que están empeñadas y únicamente mientras dure la misma– los derechos necesarios para mantener esa lucha, con todas sus consecuencias. La facción, así reconocida, será considerada como un Estado, pero solamente por lo que respecta a las operaciones de guerra”¹⁵.

Sin embargo, dada la excepcional naturaleza del reconocimiento de beligerancia, las condiciones para su aplicación eran bastante elevadas y su aplicación dependía de una manifestación de voluntad de algún Estado. Según Sir Hersch Lauterpacht, por ejemplo: “Existe uniformidad en cuanto a la naturaleza de las condiciones que imponen el deber de reconocer la beligerancia –o que, según otros, justifica el reconocimiento de beligerancia. Estas condiciones son las siguientes: Primero, debe existir dentro del Estado un conflicto armado de carácter general (es decir, que no sea uno puramente local); segundo, los insurgentes deben ocupar y administrar una porción sustancial de territorio nacional; tercero, deben llevar a cabo las hostilidades de acuerdo con las reglas de la guerra y mediante fuerzas armadas organizadas que actúan bajo una autoridad responsable;

cuarto, deben existir circunstancias que hagan necesario para los terceros Estados definir su actitud por medio del reconocimiento de beligerancia”¹⁶.

El reconocimiento de beligerancia era, pues, una declaración por medio de la cual un Estado afirmaba que determinado conflicto había alcanzado un nivel tal de intensidad que permitía la toma de posición respecto de a quién apoyar o una declaración de neutralidad. El ejemplo típico es, por ejemplo, el caso de la Guerra Civil Estadounidense entre 1861 y 1865, en donde el país literalmente se dividió en dos bandos –la Unión y la Confederación–, cada uno con su propio ejército y gobierno.

Sin embargo, los casos de reconocimiento de beligerancia han sido pocos en número y son cada vez más infrecuentes¹⁷, en gran medida por las serias consecuencias que acarrear. Al otorgar un *status* de “cuasi-Estado” a los grupos insurgentes reconocidos como beligerantes, el conflicto deja de ser interno y asume una complejidad internacional, con todas las consecuencias que ello implica. Así los rebeldes, que originalmente no tenían un motivo justo para entablar combate y por ende podían ser sancionados penalmente por su levantamiento en armas, pasarían a detentar un estatuto de combatiente que implica el respeto del trato de prisionero de guerra, es decir, que no podrán ser sancionados penalmente por su participación en las hostilidades, salvo por aquellas violaciones al Derecho Internacional Humanitario que puedan cometer¹⁸.

Estas indeseadas consecuencias del reconocimiento de beligerancia y sus altos requisitos de aplicación, sin embargo, no menguaron el progresivo auto-convencimiento de la Comunidad Internacional de que la guerra interna era un fenómeno cruento, meritorio de regu-

¹⁵ ROUSSEAU, Charles. “Derecho Internacional Público”. Barcelona: Editorial Ariel. 1957. p. 300.

¹⁶ LAUTERPACHT, Hersch. “Recognition in International Law”. Cambridge: Cambridge University Press. 1947. pp. 175-176. Original: “There is general agreement as to the nature of the conditions which impose the duty of recognition of belligerency –or which, according to others, justify recognition of belligerency. These conditions are as follows: first, there must exist within the State an armed conflict of a general (as distinguished from a purely local) character; second, the insurgents must occupy and administer a substantial portion of national territory; thirdly, they must conduct the hostilities in accordance with the rules of war and through organized armed forces acting under a responsible authority; fourthly, there must exist circumstances which make it necessary for outside States to define their attitude by means of recognition of belligerency”.

¹⁷ Incluso, Rousseau refiere que “algunos autores contemporáneos creen que la teoría del reconocimiento de beligerancia ya no se halla de acuerdo con el actual Derecho positivo”. En: ROUSSEAU, Charles. Op. cit. p. 301.

¹⁸ Los detalles del *status* individual de combatiente se analizarán en mayor detalle en la Sección IV.

lación legal. En este contexto, entonces, ya para fines del siglo XIX, surgieron voces que propusieron la creación de un mínimo de normas básicas de aplicación automática para la guerra, incluso en casos de conflictos internos que no hayan sido objeto de un reconocimiento de beligerancia expreso¹⁹.

Así, en las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907, los Estados incluyeron lo que hoy se denomina la “Cláusula Martens”, nombrada en honor a Fyodor Fyodorovich Martens, delegado ruso en la Conferencia, que señalaba lo siguiente: “Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por las exigencias de la conciencia pública”.

El objetivo era, entonces, declarar que existen estándares de humanidad y conciencia pública que resultan aplicables a los actos bélicos de un Estado, incluso cuando éstos no han sido regulados por el Derecho Internacional. Esta idea terminaría cobrando fuerza luego de los horrores de la Primera y Segunda Guerra Mundial, y es bajo este entendimiento que terminan por redactarse las famosas Cuatro Convenciones de Ginebra de 1949 que hoy conocemos, y que regulan los conflictos armados sin carácter internacional en su artículo 3 común, disponiendo, definitivamente, reglas de obligatorio cumplimiento para los Estados en conflictos que ocurriesen dentro de sus propias fronteras. Así, este artículo dispone un recuento de aquellas garantías mínimas que un Estado debe salvaguardar cuando surge un conflicto armado al interior de su territorio, señalando

que “las personas que no participen directamente en las hostilidades [...] serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable, basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo”.

A raíz de este enunciado básico, entonces, el artículo 3 común prohíbe expresamente los atentados contra la vida, la integridad corporal y la dignidad personal, las mutilaciones, los tratos crueles y suplicios, la toma de rehenes y las condenas y ejecuciones que se realicen sin previo juicio ni garantías procesales, que sean perpetrados en contra de estas personas protegidas.

Estas garantías fueron desarrolladas posteriormente en 1977, mediante la firma del II Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional²⁰. Sin embargo, ni en el artículo 3 común ni en el II Protocolo Adicional definen, en ningún momento, qué es un Conflicto Armado sin carácter Internacional, y se limitan a enumerar los comportamientos prohibidos a los Estados que se encuentren librando uno.

Enfrentados a este vacío, como ya mencionamos, la labor de conceptualización de lo que es un Conflicto Armado no Internacional recayó en la jurisprudencia internacional, definiéndolo como la existencia de “violencia armada prolongada entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos dentro de un Estado”²¹. A continuación, se analizarán estos elementos.

A. Violencia Prolongada

Al analizar la existencia de violencia prolongada, los tribunales internacionales, incluyendo el propio Tribunal Tadic, han entendido

¹⁹ Ver: MERON, Theodor. “The Humanization of International Law”. En: American Journal of International Law 94. Abril de 2000. pp. 242-247.

²⁰ Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las condiciones de aplicación del II Protocolo son más estrictas que las del artículo 3 común, en tanto el primero sólo es aplicable en conflictos “que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas [...]” (Ver artículo 1 del II Protocolo).

²¹ *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Decisión sobre Moción de la Defensa para Resolución Interlocutoria sobre Jurisdicción. 2 de octubre de 1995. párrafo 70. “[...] protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”.

que se cumple esta condición cuando el conflicto alcanza un nivel suficiente de intensidad²². Así pues, no cualquier problema interno es suficiente para activar la aplicación del artículo 3 común –y menos aun el II Protocolo Adicional. Aquellas situaciones que se limiten a la categoría de disturbios interiores o tensiones internas, como es el caso de los motines, protestas, marchas y actos violentos aislados no organizados quedarán fuera de la protección del Derecho Internacional Humanitario²³. De hecho: “El nivel de violencia armada para la aplicación del artículo 3 común debe ser lo suficientemente alto como para excluir actos de violencia esporádicos o aislados, pero lo suficientemente bajos como para incluir situaciones de conflictos armados internos donde las hostilidades no necesariamente se llevan a cabo de forma continua”²⁴.

Por ende, en la práctica no siempre es sencillo distinguir cuándo un caso específico califica o no como un conflicto armado propiamente dicho y, más que una clara línea divisoria entre ambos, de lo que se habla en doctrina es de un **umbral** en el cual: “Queda claro que la intensidad requerida para la existencia de un conflicto armado está por encima de los disturbios y tensiones internas. Queda claro también que las hostilidades no tienen que alcanzar la magnitud de **operaciones militares sostenidas y concertadas**”²⁵ [El énfasis es nuestro].

Entonces, la línea que separa las situaciones que conciernen al Derecho Internacional Humanitario de las situaciones que con-

ciernen al Derecho doméstico (incluyendo los Derechos Humanos) se encuentra en algún punto entre una protesta social violenta (que no califica como conflicto armado) y una guerra civil propiamente dicha (que definitivamente califica como conflicto armado), con la atingencia de que, según el Comité Internacional de la Cruz Roja, el artículo 3 común debe interpretarse de la manera más amplia posible²⁶.

Entonces, para determinar si un caso específico califica o no como un Conflicto Armado no Internacional, los tribunales internacionales han empleado una serie de criterios útiles. Así, en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, “las Cámaras de Primera Instancia han tomado en cuenta varios factores indicativos para evaluar la ‘intensidad’ del conflicto. Estos incluyen la seriedad de los ataques y si ha existido un incremento en los choques armados, la extensión de los choques sobre el territorio y sobre un período, cualquier incremento en el número de fuerzas gubernamentales y la movilización y distribución de armas entre ambas partes del conflicto, así como la determinación de si el conflicto ha atraído la atención del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y si alguna resolución ha sido aprobada. Las Cámaras de Primera Instancia también han tomado en cuenta a este respecto el número de civiles forzados a huir de las zonas de combate; el tipo de armas utilizadas, en particular el uso de armamento pesado y otros equipos militares como tanques u otros vehículos pesados; el bloqueo o sitio

²² *Fiscal v. Ramush Haradinaj; Idriz Balaj y Lahi Brahimaj*. Sentencia 3 de abril de 2008. párrafo 40. “En el caso Tadic, la Cámara de Apelaciones, al aplicar su propio test, encontró que la lucha entre varias entidades dentro de la ex-Yugoslavia excedió desde 1991 los ‘requisitos de intensidad’ aplicables al conflicto armado. La Sala de Primera Instancia interpretó consistentemente que el término ‘violencia armada prolongada’ hace referencia a la ‘intensidad del conflicto’”. (Original: “In the Tadic case, the Appeals Chamber, when applying its own test, found that the fighting among various entities within the former Yugoslavia since 1991 exceeded the ‘intensity requirements’ applicable to armed conflict. The Trial Chamber consequently interpreted the term ‘protracted armed violence’ to refer to the ‘intensity of the conflict’”).

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137. Caso Juan Carlos Abella (Caso Tablada). Informe 55/97. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 18 de noviembre de 1997. párrafo 149. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina11.137c.htm> [Revisada por última vez el 28 de enero de 2012].

²⁴ CULLEN, Anthony. Op. cit. p. 128. “The level of armed violence required for the application of common Article 3 must be high enough to exclude isolated or sporadic acts of violence, but low enough to include situations of internal conflict where hostilities are not necessarily carried out on a continuous basis”.

²⁵ *Ibidem*. “It is clear that the intensity required for the existence of armed conflict is above that of internal disturbances and tensions. It is also clear that hostilities need not reach the magnitude of ‘sustained and concerned military operations’”. El término operaciones sostenidas y concertadas es un término técnico empleado por el II Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra.

²⁶ Caso Tablada. párrafo 152.

de pueblos y el bombardeo de estos pueblos; la extensión de la destrucción y el número de víctimas causada por los bombardeos o los enfrentamientos; la cantidad de tropas y unidades desplegadas; la existencia y el cambio de líneas de frente de batalla entre las partes; la ocupación de territorio y pueblos y asentamientos; el despliegue de fuerzas gubernamentales a zonas de crisis; el cierre de pistas; acuerdos y órdenes de cese al fuego y los esfuerzos de representantes de organizaciones internacionales para negociar y ejecutar estos acuerdos de cese al fuego²⁷.

Sin embargo, estos factores no son taxativos, sino meramente referenciales. La existencia de unos elementos y no otros o incluso la existencia de sólo unos pocos de estos elementos ameritará la declaración de existencia de conflicto armado. Más aún: "A un nivel más sistémico, un factor indicativo de conflicto armado es la forma en la que los órganos del Estado, tales como la policía y el ejército, hacen uso de la fuerza en contra de grupos armados. En tales casos, puede ser instructivo analizar el uso de la fuerza por las autoridades gubernamentales, en particular, cómo se interpretan ciertos derechos humanos, tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser detenido arbitrariamente"²⁸.

B. Grupo Armado Organizado

En el Caso Tadic, la Cámara de Apelaciones estableció que "un grupo organizado [...] normalmente tiene una estructura, una cadena de mando y un set de reglas, así como símbolos exteriores de autoridad"²⁹. Así pues, de acuerdo con este estándar, "normalmente un miembro del grupo no actúa por cuenta propia, sino que se conforma a los estándares prevalecientes en el grupo y está sujeto a la autoridad del líder del grupo"³⁰.

Ahora bien, "las partes en conflicto no tienen que necesariamente estar tan organizadas como las fuerzas de un Estado"³¹. Así, sólo "cierto nivel de organización por las partes será suficiente para establecer la existencia de un conflicto armado"³².

A este respecto, entonces, es importante mencionar que el estándar de organización aplicable para la existencia de un conflicto armado regulado por el artículo 3 común es mucho menor que aquel exigido por el artículo 1 del II Protocolo Adicional, que en resumidas cuentas exige la existencia de un mando responsable y un control sobre parte del territorio del Estado, que les permita

²⁷ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 177. "Various indicative factors have been taken into account by Trial Chambers to assess the 'intensity' of the conflict. These include the seriousness of the attacks and whether there has been an increase in armed clashes, the spread of clashes over territory and over a period of time, any increase in the number of government forces and mobilisation and the distribution of weapons among both parties to the conflict, as well as whether the conflict has attracted the attention of the United Nations Security Council, and whether any resolutions on the matter have been passed. Trial Chambers have also taken into account in this respect the number of civilians forced to flee from the combat zones; the type of weapons used, in particular the use of heavy weapons and other military equipment, such as tanks and other heavy vehicles; the blocking or besieging of towns and the heavy shelling of these towns; the extent of destruction and the number of casualties caused by shelling of fighting; the quantity of troops and units deployed; existence and change of front lines between the parties; the occupation of territory, and towns and villages; the deployment of government forces to the crisis area; the closure of roads; cease fire orders and agreements, and the attempt of representatives from international organizations to broker and enforce cease fire agreements".

²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 178. "At the more systemic level, an indicative factor of internal armed conflict is the way that organs of the State, such as the police and military, use force against armed groups. In such cases, it may be instructive to analyse the use of force by governmental authorities, in particular, how certain human rights are interpreted, such as the right to life and the right to be free from arbitrary detention".

²⁹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Dusko Tadic*. IT-94-I-A. Sentencia de 15 de julio de 1999. párrafo 120. "[...] an organized group [...] normally has a structure, a chain of command and a set of rules as well as the outward symbols of authority".

³⁰ *Ibidem*. "Normally a member of the group does not act on his own but conforms to the standards prevailing in the group and is subject to the authority of the head of the group".

³¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Naser Oric*. IT-03-68-T. Sentencia de 30 de junio de 2006. párrafo 254. "[...] warring parties do not necessarily need to be as organised as the armed forces of a State".

³² *Fiscal v. Fatmir Limaj, Haradin Bala e Isak Musliu*. IT-03-66-T. Sentencia de 30 de noviembre de 2005. párrafo 89. "[...] some degree of organisation by the parties will suffice to establish the existence of an armed conflict".

realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las disposiciones del Protocolo.

Así pues, como señaló el Tribunal del Caso Haradinaj, “[...] un conflicto armado puede existir sólo entre partes que están lo suficientemente organizadas como para enfrentarse la una a la otra por medios militares”³³.

III. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR AL CASO PERUANO

A. ¿Qué hizo Sendero en el Perú en los ochentas y noventas?

Antes de poder determinar si las actividades terroristas de Sendero Luminoso pueden ser calificadas como conflicto armado es importante poder dejar sentado qué fue exactamente Sendero Luminoso y qué hizo en el Perú durante los años de violencia terrorista.

La historia de Sendero Luminoso puede rastrearse hasta la época de la famosa Polémica Chino-Soviética y el rompimiento del maoísmo con el comunismo ruso. Esta polémica, causó en el Perú la división del Partido Comunista Peruano en dos subgrupos, uno pro-soviético y otro pro-chino³⁴. Sendero Luminoso aparecería a inicios de los setenta como la escisión ayacuchana del ala pro-china del Partido Comunista. Esta escisión, liderada por Abimael Guzmán, un desconocido Profesor de Filosofía de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, buscaba lograr lo que él llamaba la re-constitución del Partido Comunista del Perú³⁵ y, posteriormente, el inicio de una así llamada “Lucha Armada”

en contra del Estado Peruano con miras a la “conquista del poder” a fin de instaurar una “República Popular de la Nueva Democracia”.

Así, el 17 de mayo de 1980, Sendero Luminoso inicia su “Lucha Armada” en contra del Perú. En esa fecha, según relata la Comisión de la Verdad, “en la localidad ayacuchana de Chuschi, un grupo armado de cinco encapuchados irrumpió en el local donde se guardaban las ánforas y padrones para las elecciones nacionales del siguiente día y quemaron once de ellas”³⁶.

Esa autodenominada “Guerra Popular”, sin embargo, seguiría una estrategia muy diferente a la experimentada en otros países latinoamericanos. En palabras de la Comisión de la Verdad: “Involucrado en una lógica de aniquilamientos, provocación, progresivo escalamiento de la violencia y armamentización de antiguos conflictos intercomunales, el Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso causó una forma de conflicto armado sumamente costoso en vidas humanas, sin precedente en la historia de los conflictos armados internos en América Latina”³⁷.

La estrategia armada de Sendero Luminoso era, pues, diferente y consistía, en “‘batir el campo’ (y batir es ‘arrasar y no dejar nada’), crear vacíos de poder y conformar los Comités Populares que constituían el germen del ‘nuevo poder’ senderista” que permitan la implementación de una “República Popular de Nueva Democracia”³⁸.

Esta forma de entender su “revolución” hizo que, a diferencia de otros grupos subversivos, el senderismo concentrara sus esfuerzos principalmente en contra de

³³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ramush Haradinaj, Idriz Balaj y Lahi Brahimaj*. IT-04-84-T. Sentencia de 3 de abril de 2008. párrafo 60. “[...] an armed conflict can exist only between parties that are sufficiently organized to confront each other with military means”.

³⁴ DEGREGORI, Carlos Iván. “Discurso y Violencia Política en Sendero Luminoso”. En: *Bulletín de l’IFEA* 29. 2000. p. 496. Disponible en: [http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/29\(3\)/493.pdf](http://www.ifeanet.org/publicaciones/boletines/29(3)/493.pdf) [Visitado por última vez el 29 de enero de 2012].

³⁵ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 18.

³⁶ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 29. Un mes antes, Abimael Guzmán, en la así llamada “l Escuela Militar del Partido”, había declarado: “Ha concluido nuestra labor con manos desarmadas. Se inicia hoy nuestra palabra armada”. Fuente: *Revista Caretas* 1584. 1999. Disponible en: <http://www.caretas.com.pe/1999/1584/terror/terror.htm> [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

³⁷ Informe Final de la CVR. Tomo I. p. 219. El accionar particularmente sanguinario de Sendero Luminoso quedaba, pues, claramente señalado en los dichos de su líder, que no dudaba en afirmar que “dos banderas [luchan] en el alma, una negra y otra roja. Somos Izquierda, hagamos holocausto con la bandera negra”. Ver: DEGREGORI, Carlos Iván. Op. cit. p. 500.

³⁸ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 219. Ver también: DEGREGORI, Carlos Iván. Op. cit. pp. 507-508.

los representantes de la autoridad estatal (policías y alcaldes) con miras a tomar el control de un número creciente de poblados y aplicar en ellos el llamado “marxismo-leninismo-maoísmo-pensamiento Gonzalo”.

En estas zonas, Sendero aplicaría una política totalitaria y dictatorial que privaba al campesinado de toda libertad³⁹. Así, como relata un testimonio de la Comisión de la Verdad, “[e]llos se comportaron, al inicio, de maravilla, pero no pasó ni tres meses creo, empezaron a sujetarnos y no podíamos ni movilizarnos, ni irnos a Ayacucho siquiera, ni a Vinchos, ni a visitar a nuestra familia. Tampoco querían que vengan de otros sitios. Todo eso pues a uno le imposibilita la vida, los campesinos somos libres y a cualquier sitio nos movilizamos y eso es lo que les ha dolido a los demás”⁴⁰.

De esta forma, según la Comisión de la Verdad, “en los hechos, encontramos un férreo sistema de justicia donde no se toleraba el error y simplemente no existía oportunidad alguna para la reconciliación. El Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso sólo entendía dos cosas: Se estaba a favor de ellos o, de lo contrario, se tenía que morir”⁴¹.

Por ende, para cuando las Fuerzas Armadas tuvieron que hacer frente a la amenaza senderista, si bien hubo serios enfrentamientos entre patrullas del Ejército Peruano y columnas senderistas, éste no sería el principal frente de lucha contra-subversiva⁴². En cambio, la lucha principal se llevaría a cabo por turnos, con los senderistas implantando su pesadilla comunista en un poblado y, posteriormente, el ejército intentando descubrir a los infiltrados y derrotarlos. En palabras de la Comisión de la Verdad, la labor del ejército era *sui generis*:

“[...] Es obvio que no se trataba de ocupar militarmente la zona. Las bases militares existentes en la zona antes de establecido el control militar del orden interno nunca fueron atacadas por el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso], ni tampoco los transportes ni el personal militar, por más que quedaran eventualmente en situación vulnerable. Tampoco se trataba de proteger o reinstaurar un sistema policial, judicial e institucional desbordado por las acciones de una agrupación criminal pero requerido por la población, porque ese sistema ya no funcionaba como tal, si alguna vez lo hizo. [...] La misión real de las Fuerzas Armadas era mucho más extraña y difícil, era poner las condiciones para el surgimiento de un Estado de Derecho allí donde no las había, es decir, posibilitar que se genere en la población la conciencia de tener derechos básicos y de pertenecer a un Estado que los garantiza, y para ello eliminar a la organización empeñada en destruir todo asomo de esa conciencia, el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso]”⁴³.

El problema era, pues, que el tipo de contienda iniciada por Sendero Luminoso implicaba necesariamente involucrar en el conflicto a la población civil⁴⁴. Así, en un enfrentamiento en donde era sumamente difícil para el Estado discernir entre amigo y enemigo, el Estado también tuvo que acudir a la colaboración de la población civil, a través de lo que hoy conocemos como Comités de Auto-Defensa o, como eran popularmente conocidos en ese entonces, las “rondas campesinas”. La idea de estos comités era asegurar las zonas en donde los senderistas habían sido expulsados, sea por acción del ejército o por acción de las propias comunidades que se alzaban en contra de la opresión senderista (como ocurrió, por ejemplo, en Luccanamarca), en una estrategia

³⁹ En palabras de la CVR, “la razón principal para condenar la acción armada del PCP-SL como un acto criminal contra todos los peruanos está en que usó las armas con el fin de instaurar un régimen totalitario y de potencial genocida, basado no en el respeto a los derechos básicos de las personas sino en la visión de una sociedad supuestamente perfecta que construirían mediante la violencia”. Informe Final. Tomo II. p. 248.

⁴⁰ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 47.

⁴¹ Informe Final de la CVR. Tomo V. p. 29.

⁴² Incluso, la CVR afirma que sería un error designar a Sendero Luminoso como una “guerrilla” dado su comportamiento. Ver: Informe Final. Tomo II. p. 248.

⁴³ Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 259.

⁴⁴ Ver: *Ibid.* pp. 261-262. “La estrategia del PCP-SL apuntaba a involucrar en el conflicto a la población, practicando sistemáticamente el terror y el asesinato, el reclutamiento forzado y el uso de las poblaciones como escudos humanos, violando las más elementales leyes de la guerra con la finalidad de obtener un poder político totalitario. Además, no establecía en general campamentos ni se proponía establecer columnas permanente”.

que, en última instancia, sería decisiva para el triunfo del Estado en contra de Sendero.

Bajo estas condiciones, empero, la lucha en la Sierra terminó constituyendo una especie particular de conflicto, en donde por lo general no se reportaban grandes batallas frontales entre subversivos y militares, sino que las formas más usuales de violencia armada eran las luchas con los ronderos, las emboscadas a los militares, los asesinatos selectivos y las matanzas, mientras que el contra-ataque militar consistía, principalmente, en labor de inteligencia, cooperación con las rondas campesinas e intervenciones armadas selectivas –de mayor y menor escala– en lo que se conocía como “zonas rojas”, copadas por los senderistas⁴⁵.

Esta guerra de baja intensidad en la Sierra, sin embargo, fue bastante diferente a la estrategia de Sendero Luminoso en Lima, en donde, mediante el uso de explosivos, mantuvo a la población aterrorizada durante gran parte de su “Guerra Popular”.

En Lima, después de todo, Sendero Luminoso emprendió una campaña de destrucción de infraestructura, asesinatos y bombardeos selectivos de zonas pobladas a fin de lograr el mayor terror en la población y lograr así la rendición del Estado. Para Sendero, las ciudades eran “cajas de resonancia” que permitían “adquirir notoriedad, hacer que los efectos de sus acciones tengan repercusión nacional e internacional”⁴⁶.

Con esto en mente, Sendero colocó coches bomba en diversos lugares de la capital, entre los que destacan la Embajada de Estados

Unidos (febrero de 1992), en las oficinas del Canal 2 (junio de 1992) y en la Calle Tarata (julio de 1992), sólo por nombrar algunos ejemplos. De igual forma, realizó otros actos violentos, como los paros armados, y una serie de atentados a torres de alta tensión (destinadas a causar apagones) y aniquilamientos selectivos como el intento de asesinato del entonces Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, Domingo García Rada (abril de 1985) o el brutal asesinato de la teniente alcalde de Villa El Salvador, María Elena Moyano (febrero de 1992).

Esta dualidad sierra-costa del conflicto, que presenta escenarios manifiestamente distintos, es pues un gran reto para la tarea de determinar si las hostilidades en el Perú llegaron o no a la intensidad y organización suficiente como para poder ser considerado un conflicto armado interno. Es a esto a lo que nos avocaremos en el siguiente acápite.

B. ¿Constituyeron estos hechos un conflicto armado?

Ya hemos visto tanto el tipo de organización sanguinaria que enfrentó el Perú de los ochentas y noventas, como los requisitos que existen en la doctrina y jurisprudencia para evaluar la existencia de un conflicto armado. En este punto, buscaremos combinar ambos para poder determinar si, en definitiva, hubo o no un conflicto armado en el Perú.

Para ello, como ya hemos mencionado, se deberá evaluar tanto la intensidad de la violencia armada cometida, como la organización de la agrupación terrorista Sendero Luminoso⁴⁷.

⁴⁵ Como señala la CVR: “Las implicancias concretas de la nueva estrategia aparecen en el manual [contrasubversivo de las FFAA] cuando se habla de cómo desorganizar a los grupos armados subversivos y cómo intervenir en una ‘zona roja’. La primera aclaración es que ‘la GCS [Guerra de Contra Insurgencia] es una guerra de inteligencia en un 80% y de operaciones en un 20%’ (p. 73). Sus prioridades son, entonces, identificar a los miembros y la organización del partido, sus capacidades y vulnerabilidades; identificar así también a las bases de apoyo y la fuerza local; ‘ejecutar operaciones de contrainteligencia’, ‘optimizar la infiltración’, ‘disponer de interrogadores entrenados’, ‘establecer un banco de datos’, ‘formar redes de colaboradores e informantes’, etcétera (p.74). Al hablar del componente de acción armada, se dice ‘Combatir con iniciativa, sorpresa, engaño, movilidad, creatividad y empleando procedimientos similares a los de los subversivos’ y ‘realizar operaciones psicológicas, agresivas y eficientes, explotando oportunamente los hechos o acciones favorables en todos los niveles, con el fin de destruir o quebrar la voluntad de lucha y moral de las fuerzas subversivas’ (p. 77). Queda claro que las acciones armadas mismas están compenetradas con la actitud de las operaciones psicosociales y de contrainteligencia”. Ver: Informe Final de la CVR. Tomo II. p. 289.

⁴⁶ Informe Final de la CVR. Tomo VI. p. 46.

⁴⁷ Debe tenerse en cuenta que para efectos de este análisis se está partiendo del estándar fijado por el artículo 3 común y no del II Protocolo Adicional, en el entendido de que la actuación de Sendero Luminoso no satisfizo sus altos requisitos.

1. La intensidad de la violencia

Sendero Luminoso es, sin lugar a dudas, un grupo terrorista y sus acciones, además de ser ilegales, constituyeron actos terroristas. La pregunta que surge a raíz del caso peruano en particular, entonces, es si el tipo preciso de violencia que enfrentó el Perú –consistente en atentados terroristas, coches bomba y matanzas indiscriminadas de civiles– puede calificar o no como “violencia armada prolongada”.

A nivel comparado, la cuestión cobró bastante controversia cuando la defensa de los denunciados en el caso Boskoski y Tarculovski ante el Tribunal Penal Internacional de la ex-Yugoslavia⁴⁸ argumentara que las situaciones de terrorismo y de conflicto armado no pueden equipararse.

En sustento a esta afirmación, los denunciados argumentaron que la propia sentencia del Caso Tadic menciona que los dos criterios de violencia prolongada y grupo armado organizado se usan “únicamente para fines de, como mínimo, distinguir un conflicto armado del vandalismo, las insurrecciones breves y desorganizadas **o las actividades terroristas, que no están sujetas al Derecho Internacional Humanitario**” [El énfasis es nuestro]⁴⁹. Así, para su defensa, la expresa mención del Tribunal Tadic de actividades

terroristas como un ejemplo de una situación que no califica como conflicto armado bastaría para dejar en claro que terrorismo y conflicto armado son cosas diferentes⁵⁰.

Sin embargo, en dicha oportunidad, la Cámara de Primera Instancia respondió aclarando que: “El argumento esencial [...] en Tadic es que actos aislados de violencia, tales como ciertas actividades terroristas cometidas en tiempo de paz, no estarían cubiertas por el artículo 3 común. Esta conclusión reflejaba la determinación [...] de que existe un conflicto armado sin carácter internacional cuando hay ‘violencia prolongada entre fuerzas del gobierno y grupos organizados o entre tales grupos dentro de un Estado’. Al aplicar este test, lo que importa es si los actos son perpetrados de forma aislada o como parte de una campaña prolongada que implica el enfrentamiento de ambas partes en hostilidades. No es relevante si los actos de violencia perpetrados pueden o no ser caracterizados como de naturaleza terrorista”⁵¹.

Por ende, la calificación de actos como terroristas no es relevante para efectos de la clasificación de la situación. Más bien, lo que importa para esto es la forma (esto es, la intensidad) en que se lucha contra estos actos terroristas. No es, pues, lo mismo un atentado terrorista aislado como la destrucción del

⁴⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. IT-04-82-T. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 184.

⁴⁹ *Fiscal v. Dusko Tadic* (Caso IT-94-I). Opinión y Sentencia. 7 de mayo de 1997. “[...] solely for the purpose, as a minimum, of distinguishing an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities, which are not subject to international humanitarian law”.

⁵⁰ Argumentos similares han sido usados en el Perú para argumentar en contra del conflicto armado. Ver, por ejemplo: VILLEGAS, María Cecilia. “Daño Colateral”. En: Diario Correo. 21 de enero de 2012. “Ni Sendero ni el MRTA fueron grupos guerrilleros ni insurgentes. Ni guerra interna, ni conflicto armado. ¡Terroristas! Sendero mataba campesinos, asesinaba padres delante de sus hijos, abría vientres de mujeres embarazadas y arrebatava a los no nacidos, ejecutaba autoridades rurales y dejaba sus cuerpos colgados para que todos vieran como trataban a los “traidores”, masacraba pueblos enteros. El MRTA secuestraba empresarios a quienes mantenía en condiciones inhumanas encerrados en cajones bajo tierra durante meses. Sendero y el MRTA son terroristas, pero extrañamente la CVR les dio status de grupo beligerante”. Disponible en: <http://diariocorreo.pe/columna/64153/dano-colateral/> [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

⁵¹ *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*, párrafo 185. “The essential point made by the Trial Chamber in Tadic is that isolated acts of violence, such as certain terrorist activities committed in peace time, would not be covered by Common Article 3. This conclusion reflected the Appeals Chamber’s determination in Tadic that armed conflict of a non-international character exists when there is ‘protracted violence between governmental authorities and organized groups or between such groups within a State’. In applying this test, what matters is whether the acts are perpetrated in isolation or as part of a protracted campaign that entails the engagement of both parties in hostilities. It is immaterial whether the acts of violence perpetrated may or may not be characterised as terrorist in nature”. A esta conclusión también llegó el Tribunal del Caso Kordic, al afirmar que “el requisito de lucha prolongada es importante para excluir meros casos de desorden civil o actos individualizados de terrorismo” (Original: “the requirement of protracted fighting is significant in excluding mere cases of civil unrest or single acts of terrorism”) Ver: *Fiscal v. Dario Kordic y Mario Cerkez*. IT-95-14/2-A. Sentencia de 17 de diciembre de 2004. párrafo 341.

Edificio Murrah en Oklahoma, a manos de Timothy McVeigh, en 1995, que evidentemente no califica como un conflicto armado; que una campaña sistemática y generalizada de atentados terroristas como la que experimentan países como Colombia e Israel, que han sido claramente clasificados como conflictos armados, a pesar de la denominación de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (“las FARC”) y Hamas como grupos terroristas⁵².

Sin embargo, como hemos mencionado, lo difícil al realizar la clasificación de una situación en particular no está en los extremos, sino en los puntos medios. Así por ejemplo, ¿calificaría como conflicto armado la lucha alemana en contra de la Banda Baader-Meinhoff o la italiana contra las Brigadas Rojas, en donde si bien hubo varios atentados a lo largo de varios años, nunca fue involucrado el ejército? O incluso, ¿puede clasificarse como conflicto armado la situación que existía en Irlanda del Norte, en donde las fuerzas militares británicas intervinieron para mantener la paz entre los sectores católicos y protestantes radicales? La pregunta es, entonces, cómo distinguir los casos de lucha anti-terrorista que pueden alcanzar el nivel de intensidad suficiente para constituir conflicto armado de aquellos que no.

Si recordamos lo visto en el capítulo II anterior, existen ciertos indicios que pueden referirnos a cuándo una situación ha dejado de constituir un mero disturbio y se convierte en un conflicto armado. En el Perú, varios de estos indicios se cumplieron. Evidentemente, los ataques senderistas fueron de una gravedad realmente devastadora para el país⁵³, lo que obligó al Estado a responder mediante el uso

de su fuerza armada en forma proporcional a la violencia desplegada, al punto que en varias ocasiones la contra-subversión requirió del uso de helicópteros, franco-tiradores y operaciones militares de gran escala⁵⁴.

La gravedad de estos hechos queda claramente establecida en varios pasajes del Informe Final de la Comisión de la Verdad, así como en fuentes del propio ejército. Así, por ejemplo, cuando la Comisión de la Verdad narra lo sucedido durante la “Operación Aries” llevada a cabo en 1994 en la zona del Alto Huallaga, afirma que “[...] el Ejército empezó a realizar operativos con mayor estancia en zonas liberadas por el [Partido Comunista Peruano - Sendero Luminoso] con la ayuda de helicópteros artillados que, supuestamente, ocasionaban muertes de senderistas y de la población que involuntariamente vivía en parte de esta guerra”⁵⁵ y que “[...] los enfrentamientos fueron encarnizados y los senderistas recurrieron a muchas tretas gracias a su conocimiento de la zona. Eso propició que los soldados retrocedieran. Por esta razón hubo muchas bajas también entre los efectivos de las fuerzas del orden”⁵⁶.

En efecto, como señalara un miembro de las Fuerzas Armadas entrevistado por la Comisión de la Verdad, “[hubo] muchos muertos [...]. A nosotros nos hostigaban cada diez o quince minutos, hostigar era ráfagas de balas o detonaban explosivos y de repente paraba todo y nunca más oías ni veías nada y ya tenías dos o tres balas y tú no sabías de dónde te habían disparado”.

Las propias Fuerzas Armadas también recuentan escenarios similares; por ejemplo, de acuerdo

⁵² En el caso *Israelí*, la Corte Suprema determinó la existencia de un conflicto armado *internacional* entre Israel y los grupos palestinos terroristas que surgieran a raíz de la Intifada de 2000. La Corte describió el conflicto contra los terroristas en Israel como “un asalto masivo de terrorismo [dirigido] contra el Estado de Israel y contra los israelíes, por el mero hecho de ser israelíes”. (Original: “A massive assault of terrorism [directed] against the State of Israel, and against Israelis, merely because they are Israelis”). Ver: *The Public Committee against Torture in Israel y otros v. The Government of Israel y otros*. HCJ 769/02, Sentencia de 11 de diciembre de 2005. En el caso Colombiano, el 25 de mayo de 2011, el Senado Colombiano pasó una Ley que expresamente reconoce la situación en ese país como un conflicto armado interno. Ver: LOZANO, Pilar. “El Senado Colombiano aprueba una ley para resarcir a las víctimas”. En: *Diario El País*. 25 de mayo de 2011. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Senado/colombiano/aprueba/ley/resarcir/victimas/elpepuint/20110525elpepuint_9/Tes [Visitada por última vez el 29 de enero de 2012].

⁵³ La CVR calcula un saldo de más de 60,000 víctimas y 21 mil millones de dólares en pérdidas económicas sólo entre 1980 y 1992. Ver: Informe Final de la CVR. pp. 308-309.

⁵⁴ Ver: Informe Final de la CVR. Tomo V. pp. 381-415. “La Estrategia de Pacificación en la Margen Izquierda del Río Huallaga”.

⁵⁵ Ver: Informe Final Tomo V. p. 392.

⁵⁶ *Ibíd.* p. 399.

con la página web del Ejército Peruano, “la intervención de las Fuerzas Armadas en la lucha contrasubversiva se produjo cuando empezaba la segunda fase de la guerra popular de Sendero. El Ejército encargó a la [segunda división] de Infantería la ejecución de las operaciones, para lo cual esta gran unidad de combate fue trasladada a Ayacucho, desde su sede en Huancayo. Su antigua zona de responsabilidad le fue encargada a la [trigésimo primera división de Infantería], cuyo cuartel general fue ubicado en esta ciudad.

La misión que el gobierno asignó al Ejército era un tanto equívoca, por lo menos de cara a la opinión pública, pues se dijo que la segunda división de Infantería cumpliría mera función de apoyo logístico a la Policía Nacional del Perú, que al parecer seguiría cumpliendo la misión principal. Para los efectos prácticos, sin embargo, el general de brigada Clemente Noel Moral, Comandante General de dicha gran unidad de combate, asumió el mando pleno de la zona de emergencia y subordinó bajo su mando a los elementos policiales existentes en su jurisdicción.

La estrategia operativa que se puso en práctica desde los primeros días de enero de 1983 consistía en la ocupación militar del territorio en las provincias puestas en situación de emergencia, para ejercer el control táctico de las poblaciones, las vías de comunicaciones y puntos críticos en general. La segunda división de Infantería estableció para ese objeto, alrededor de 60 bases contrasubversivas, incluso las controladas por la Infantería de Marina en la provincia de Huanta. Estas bases protegían las principales comunidades campesinas, especialmente las que habían sido controladas por Sendero.

Las operaciones militares destinadas a destruir la organización senderista y ejercer el control territorial de la zona de emergencia, mediante un intenso patrullaje, con el apoyo de helicópteros del Ejército y la Fuerza Aérea, fueron combinadas con actividades de apoyo a la comunidad que incluían la provisión de víveres y medicinas, en coordinación con los

organismos estatales pertinentes, por lo que las Fuerzas del Orden ganaron la simpatía y el apoyo de la población, en las ciudades y en el campo”⁵⁷.

Bajo este esquema, entonces, sólo en 1983, “Sendero atacó 84 veces a instalaciones de las Fuerzas del Orden (policiales); ejecutó seis emboscadas y se produjeron 61 enfrentamientos armados, en los que murieron 85 miembros de las Fuerzas del Orden y 2,161 subversivos, mientras que se capturó a 1,699 extremistas. Hay que decir que, como era común en esa época, la mayor parte de estos detenidos fueron puestos en libertad por falta de pruebas, según versión del Poder Judicial, aunque la verdad era que los jueces estaban intimidados por Sendero”⁵⁸.

De esta forma, lo ocurrido en el Perú no fue una simple búsqueda de delincuentes que arrestar, sino que implicó, en palabras de la Directiva 01-PE-DI-JUN 86 JUL 90 del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, realizar “acciones disuasivas, represivas y/o de pacificación destinadas a neutralizar, desorganizar y/o destruir todo foco subversivo, para restablecer el orden interno” con la intención de “destruir y/o neutralizar la Organización Político-Administrativa” de los subversivos⁵⁹.

Como puede verse pues, las Fuerzas Armadas, que cumplieron un rol primordial en la pacificación del país, funcionaron durante los años de violencia contra-subversiva como si se encontrasen combatiendo un conflicto armado, excediendo la mera acción policiaca. El ejército, después de todo, y por su propia admisión, no podía entrar a las zonas rojas a hacer una mera labor policial, en donde el principal objetivo de la incursión es arrestar personas, sino que, por su comportamiento, denotan que entendían que estaban entrando a una zona de combate, en donde podían disparar y ser disparados sin que la idea de arrestar a una persona sea el principal objetivo.

Este es, pues, un modelo que nunca existió en los casos alemanes e italianos antes

⁵⁷ EJÉRCITO DEL PERÚ. “La Lucha Contrasubversiva entre 1981 y 1987”. Disponible en: http://www.ejercito.mil.pe/index.php?view=article&catid=311%3Adefensa-del-frente-interno&id=6066%3A1a-lucha-contrasubversiva-entre-1981-y-1987-&option=com_content&Itemid=961 [Visitada por última vez el 23 de abril de 2012].

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Ver: Informe Final de la CVR. Tomo II. pp. 282-283.

mencionados, en donde la amenaza terrorista de la Banda Baader-Meinhoff y las Brigadas Rojas fue, en todo momento, lidiada desde una perspectiva policiaca y en base a una estrategia de arrestos producto de labores de inteligencia.

Así pues, como señaló el Tribunal del caso Boskoski y Tarculovski, “[e]n situaciones que no alcanzan a ser un conflicto armado, el Estado tiene el derecho de usar la fuerza para defender la Ley y el Orden, incluyendo la fuerza letal, pero, según sea aplicable, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos restringirá tal uso a aquello que sea absolutamente necesario y que sea estrictamente proporcional a ciertos objetivos. [...] Sin embargo, cuando una situación alcanza el nivel de conflicto armado, la cuestión de qué constituye una privación arbitraria de la vida se interpreta de acuerdo a los estándares del Derecho Internacional Humanitario, en donde se aplica un *test* de proporcionalidad diferente”⁶⁰.

Por ende, el intenso ataque que desarrolló Sendero Luminoso, sumado al propio comportamiento de las fuerzas del gobierno, que no pudieron contrarrestar esta ofensiva con mera acción policiaca, más bien parecieran avalar la posición de que en el Perú sí existió, en realidad, “violencia armada prolongada” de la suficiente intensidad como para constituir un conflicto armado.

2. La organización de Sendero Luminoso

Sendero Luminoso era un grupo altamente jerarquizado y que dependía completamente de las órdenes del “Presidente Gonzalo”. Las acciones de los senderistas eran cometidas a nombre de la agrupación y no a título individual,

a tal punto que incluso Abimael Guzmán ha sido condenado como autor mediato de un gran número de atentados senderistas en los que él no participó directamente⁶¹.

Así, según la Corte Suprema: “El Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso era definitivamente una organización ilícita, con una estructura y dirección claramente establecidas y diferenciadas”⁶².

Después de todo, la cúpula senderista “[gobernaba] el conjunto de la organización sancionando los acuerdos y estableciendo las directivas y consignas que debían ser ejecutadas por todos los aparatos y comités de la organización”⁶³.

Incluso, la acción armada de Sendero Luminoso –que se ejecutaba a través de lo que ellos denominaban un “Ejército Guerrillero Popular”– estaba organizada en dos frentes; uno para el campo y otro para la ciudad. La acción en el campo se estructuraba a partir de una Fuerza Principal, una Fuerza Local y una Fuerza Base, que conformaban pelotones y columnas. En la costa, en cambio, Sendero se organizó en base a destacamentos.

Finalmente, como señala la Corte Suprema, “los miembros que formaban parte del Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, sean estos dirigentes, cuadros, militantes, combatientes o ‘masas’ estaban subordinados por jerarquía a los acuerdos de los organismos de dirección, las directivas y las consignas, las que obligatoriamente debían ser cumplidas, por estricta aplicación de los principios de centralismo y disciplina, correspondientes a los miembros encargados de la ejecución de los atentados la planificación en concreto de

⁶⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Fiscal v. Ljube Boskoski y Johan Tarculovski*. IT-04-82-T. Sentencia de 10 de julio de 2008. párrafo 178. “In situations falling short of armed conflict, the State has the right to use force to uphold law and order, including lethal force, but, where applicable, human rights law restricts such usage to what is no more than absolutely necessary and which is strictly proportionate to certain objectives. [...] However, when a situation reaches the level of armed conflict, the question what constitutes an arbitrary deprivation of life is interpreted according to the standards of international humanitarian law, where a different proportionality test applies”.

⁶¹ Ver: Caso Abimael Guzmán. p. 173. “En consecuencia, a juicio del Colegiado, dado el nivel que ostentaba en el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso y toda su participación en el proceso de aprobación de los planes de acciones armadas, órdenes concretas y sistemas de control de toda la organización, resulta ser el máximo y principal responsable de todos los hechos declarados probados en esta sentencia, siéndole atribuible su intervención en calidad de autor mediato por dominio en organización de los delitos de terrorismo agravado”.

⁶² *Ibíd.* pp. 155-156.

⁶³ *Ibíd.*dem.

cada acción, elaborando el denominado Plan Operativo Táctico [...]”⁶⁴.

Puede verse entonces que Sendero Luminoso era una organización terrorista altamente organizada y jerarquizada, al punto que sus miembros tenían que firmar cartas de sujeción a Abimael Guzmán para poder pertenecer al grupo⁶⁵. Por ende, sería un grupo lo suficientemente organizado como para satisfacer las exigencias del estándar Tadic para la existencia de conflicto armado.

IV. CONSECUENCIAS DE LA EXISTENCIA DE UN CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

Hemos determinado que en los ochentas y noventas, el Perú atravesó por un conflicto armado sin carácter internacional y que eso activa las disposiciones aplicables del Derecho Internacional Humanitario con respecto a la conducción de las hostilidades. La pregunta es ¿cuáles son esas disposiciones?

Para dar respuesta a esta pregunta, es preciso revisar dos puntos fundamentales de los conflictos armados no internacionales: La inexistencia del privilegio de combatiente y el estándar para determinar la legalidad del uso de fuerza letal. A continuación procedemos a evaluar cada uno.

A. La inexistencia del Privilegio de Combatiente

En un conflicto armado **internacional** (es decir, entre Estados), las personas se dividen en combatientes y civiles. En resumidas cuentas, son combatientes los integrantes de las fuerzas armadas de los países en conflicto⁶⁶ y son civiles todas las demás personas que habitan dichos Estados.

En este tipo particular de conflicto, en donde quienes participan legalmente en las hostilidades son soldados de Estados Partes de los Convenios de Ginebra, todos los combatientes gozan de tratos especiales. Así, si bien pueden ser atacados en cualquier momento en su calidad de objetivo militar válido⁶⁷, también gozan del llamado privilegio de combatiente y el trato de prisionero de guerra, que en buena cuenta les permiten no ser sancionados penalmente por su participación en las hostilidades (es decir, no pueden ser condenados por el “asesinato” de los soldados de la otra parte)⁶⁸.

Ahora bien, mientras que el privilegio de combatiente hace que el soldado sea un objetivo legítimo, la condición de civil, en cambio, causa el completo opuesto: La población civil no puede ser objeto de ataque por parte de los combatientes⁶⁹. Dicho esto, sin embargo, si así lo desea, un civil puede abandonar su *status* protegido si decide participar directamente en las hostilidades o asumir una función continua de combate⁷⁰. Estos

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Tomo II. p. 25.

⁶⁶ Existen más categorías reguladas por el artículo 4 de la III Convención de Ginebra, pero cuya explicación no viene al caso para los fines del artículo.

⁶⁷ SASSOLI, Marco y Laura OLSON. “The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non international armed conflicts”. En: *International Review of the Red Cross* 90. Septiembre 2008. pp. 605-606. “los combatientes pueden ser atacados en cualquier momento hasta que se rindan o estén de cualquier otra forma *hors de combat*” (Original: “Combatants may be attacked at any time until they surrender or are otherwise hors de combat”).

⁶⁸ SOLIS, Gary. “The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War”. Cambridge: Cambridge University Press. 2010. p. 190. En estricto, un combatiente sólo puede ser sancionado por incumplir el Derecho Internacional Humanitario, no el Derecho Penal de un Estado Parte del conflicto.

⁶⁹ Ver artículo 51.2 del I Protocolo Adicional de Ginebra.

⁷⁰ Para una descripción más detallada de ambos conceptos ver: MELZER, Nils. “Interpretative Guidance on the notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law”. *International Committee of the Red Cross*. 2009. Disponible en: <http://www.icrc.org/eng/assets/files/other/icrc-002-0990.pdf> [Visitado por última vez el 31 de enero de 2012] En el primer caso, participa directamente en las hostilidades quien levanta un arma y se une a la lucha temporalmente, en cuyo caso, su participación termina cuando suelta el arma y regresa a su vida civil y, en el segundo, la función continua de combate consiste en dedicarse a planear, ejecutar o dirigir de forma continua actos que constituyen participación directa en las hostilidades y consiste básicamente en el escenario de “granjero de día, guerrillero de noche” que usan ciertos grupos armados para evitar ser atacados. Ver: LEWIS, Michael. “Drones and the Boundaries of the Battlefield”. En: *Texas International Law Journal* 47.

“combatientes no privilegiados”, como suelen ser llamados coloquialmente⁷¹, no están autorizados para participar en las hostilidades y no gozan del trato del prisionero de guerra ni del privilegio de combatiente: Son objetivos válidos y también pueden ser juzgados por su participación en las hostilidades.

En cambio, en caso de conflicto armado **no internacional**, como el que existió en el Perú, la regulación del privilegio de combatiente cambia radicalmente. En estos casos, después de todo, no puede existir un privilegio puesto que el enemigo a combatir no es un Estado, sino un mero grupo armado no estatal, a cuyos miembros no puede ex-ceptuárseles de responsabilidad por alzarse en contra de su Estado.

En estos casos, entonces, las Fuerzas Armadas estarán autorizadas a combatir a las fuerzas irregulares que se levantan en su contra en virtud al Derecho nacional, por lo que evidentemente no serán sancionados por su participación en las hostilidades, mientras que los miembros del grupo armado, que no están autorizados por el Derecho nacional a tomar las armas en contra de su propio Estado, sí podrán ser legítimamente sancionados como participantes ilegales.

En otras palabras, entonces, la calificación de conflicto armado no obsta para que, una vez capturados, los miembros de Sendero Luminoso puedan ser penalmente procesados por terrorismo, asesinato, etcétera, tal como hasta la fecha viene sucediendo. Esto está claramente establecido en el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra, cuando señala que la aplicación de sus disposiciones **“no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto”**.

Esto además significa que es imperativo distinguir los conceptos de reconocimiento de beligerancia de conflicto armado regulado por el artículo 3 común. En efecto, si bien ambas figuras buscan regular la violencia armada intra-estatal, la primera lo hace mediante un esquema internacional que otorga

el privilegio de combatiente a las fuerzas no estatales; mientras que la segunda, en cambio, lo hace sin otorgar ningún privilegio a estas fuerzas.

B. El estándar para el uso de la fuerza letal

Para poder entender la regulación del uso de la fuerza letal en los conflictos armados, es preciso explicarla diferenciándola de la regulación existente en ausencia de conflicto armado. Así, mientras en los conflictos armados el Derecho Internacional Humanitario sirve como *lex specialis* para la aplicación de los Derechos Humanos, que deben ser interpretados a la luz de sus disposiciones, en tiempo de paz únicamente debe aplicarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin que el Derecho Internacional Humanitario entre al ruedo.

Así, cuando el régimen legal aplicable está constituido solamente por el Derecho Internacional **de los Derechos Humanos** (es decir, en ausencia de conflicto), el uso de la fuerza –sobre todo de la fuerza letal– está severamente restringido y debe responder a altos requisitos para poder ser empleada.

El régimen aplicable en ausencia de conflicto armado, entonces, señala que nadie puede ser privado arbitrariamente de su vida⁷². En tiempo de paz, por ende, las fuerzas estatales deben primero intentar arrestar a los sospechosos y sólo hacer uso de la fuerza cuando esto sea absolutamente necesario⁷³.

Así, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que “[s]ólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control [...] el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas [...] debe estar prohibido como regla general”⁷⁴.

⁷¹ Aunque, en estricto, no son combatientes.

⁷² Ver artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷³ Ver artículo 2.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*. Sentencia de 4 de julio de 2007 (Fondo, Reparaciones y Costas). párrafo 83 y 84.

De forma similar, la Convención Europea de Derechos Humanos impone altos requisitos para que el uso de la fuerza letal pueda ser legal. En este sentido, el artículo 2.2 señala: “La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:

- a. En defensa de una persona contra una agresión ilegítima;
- b. Para detener a una persona conforme a Derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente;
- c. Para reprimir, de acuerdo con la Ley, una revuelta o insurrección”.

Esta estricta forma de restringir el uso de la fuerza letal por los órganos del Estado en tiempo de paz puede verse reflejada por ejemplo en el caso *McCann v. Reino Unido*, ante la Corte Europea de Derechos Humanos⁷⁵. En este caso, se demandaba la violación al derecho a la vida de tres terroristas del Provisional Irish Republican Army (un grupo terrorista irlandés) durante una operación de arresto en Gibraltar.

Según relata la propia Corte, las autoridades en el Peñón habían recibido reportes de que estos individuos estaban planeando detonar un coche bomba a control remoto y, por ende, se decidió que un grupo de fuerzas especiales (Special Air Service) británicas los arrestarían, contando con autorización para hacer uso de la fuerza letal en caso sea necesario para proteger la vida de los habitantes de la zona. En el curso del arresto, los soldados británicos pensaron que McCann iba a detonar la bomba y dispararon contra él, matándolo.

La Corte sentenció que si bien el uso de la fuerza letal por parte de los soldados no fue por sí mismo arbitrario ni violó el derecho

a la vida de los terroristas, la planificación y ejecución de la operación en su conjunto sí lo hizo. Para la Corte, pues, el no haber procedido a arrestar a los sospechosos en la misma frontera de Gibraltar, sino haber esperado hasta que apareciera el supuesto coche bomba⁷⁶, el hecho de que un soldado haya reportado que este vehículo **era la bomba** y no que **podía ser** la bomba que buscaban⁷⁷ y el hecho de que los soldados hayan disparado y hayan sido entrenados para matar y no simplemente para herir a sus objetivos⁷⁸, eran indicación suficiente para concluir que la operación violó los derechos humanos de los terroristas en cuestión.

Esta regulación altamente restrictiva contrasta pues con las disposiciones aplicables **en existencia** de conflicto armado, en donde lo que determina la arbitrariedad de una privación específica de la vida de una persona no es ya únicamente el régimen de Derechos Humanos, sino que estos deben ser interpretados a la luz del Derecho Internacional Humanitario, que es menos restrictivo, en el sentido de que no hay que intentar arrestar previamente a quienes participan directamente en las hostilidades, que son objetivos válidos por su mero *status*⁷⁹. En efecto: “Bajo el [Derecho Internacional Humanitario] la legalidad de atacar un objetivo depende de su *status* [...]. Un combatiente o un civil que participa directamente en las hostilidades puede ser atacado en cualquier momento mientras perdure ese estatus, siempre que el individuo no esté *hors de combat*, es decir, se rinda o esté incapacitado [...] El [Derecho Internacional Humanitario] no impone un requisito de necesidad para atacar a un objetivo que posea tal *status*. En otras palabras, no existe bajo [Derecho Internacional Humanitario] ninguna obligación de emplear primero medios no letales contra un objetivo válido o de capturar o

⁷⁵ CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS. *McCann y otros v. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Sentencia de 27 de septiembre de 1995. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695820&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649> [Visitada por última vez el 4 de febrero de 2012].

⁷⁶ *Ibid.* párrafo 203.

⁷⁷ *Ibid.* párrafo 209-210.

⁷⁸ *Ibid.* párrafo 212.

⁷⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Opinión Consultiva sobre el caso de la Legalidad en la Amenaza o el Uso de Armas Nucleares. 1996. párrafo 25.

detenerlo antes de intentar matarlo. Disparar primero es perfectamente adecuado”⁸⁰.

La diferencia entre ambos regímenes queda clara si uno compara lo antes visto en el Caso McCann con la experiencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Tablada⁸¹, en donde se analizó la conducta de la República Argentina al retomar un cuartel del Ejército que había sido capturado por civiles armados. La Comisión había determinado previamente que la situación en Tablada había superado el umbral de meros disturbios internos y había llegado al nivel de un conflicto interno.⁸² Al hacerlo, la Comisión determinó que “[c]oncretamente, cuando civiles como los que atacaron el cuartel de La Tablada, asumen el papel de combatientes al participar directamente en el combate, sea en forma individual o como integrantes de un grupo, se convierten en objetivos militares legítimos. En tal condición, están sujetos al ataque directo individualizado **en la misma medida que los combatientes**. Por consiguiente, en virtud de sus actos hostiles, los atacantes de La Tablada **perdieron** los beneficios de las precauciones antes mencionadas en cuanto al ataque y contra los efectos de ataques indiscriminados o desproporcionados, acordados a los civiles en actitud **pacífica**”⁸³ [El énfasis es nuestro].

Así pues, existe una clara diferencia entre lo que está permitido en tiempos de paz y lo que está permitido en existencia de un

conflicto armado. En el primero, el Estado está obligado a tomar todas las precauciones posibles para evitar tener que usar la fuerza. En el segundo, en cambio, el Estado puede disparar en contra de cualquiera que participe directamente en las hostilidades.

Ahora bien, por supuesto, en este régimen, el accionar del Estado no es irrestricto, sino que debe conformarse a los principios de Distinción, Necesidad Militar y Proporcionalidad. Sin embargo, debe admitirse también que estos principios distan mucho del estándar de “necesidad absoluta” previsto en los tratados de Derechos Humanos.

Así pues, el principio de Distinción señala que “solamente los que participan en las hostilidades [...] y los objetivos militares podrán ser objeto de ataques, y no se podrá, por ende, atacar a la población civil”⁸⁴. Por su parte, el principio de Proporcionalidad “exige que el efecto entre los medios y métodos de combate escogidos y utilizados no sea desproporcionado con la ventaja militar que se busca obtener”⁸⁵, estando esto ligado al principio de Necesidad Militar, “que justifica aquellas medidas de violencia militar que son necesarias y proporcionadas para garantizar el rápido sometimiento del enemigo con el menor costo posible en vidas humanas y recursos económicos”⁸⁶.

Por ende, para que la acción de un Estado en un conflicto interno sea considerada legal,

⁸⁰ MILANOVIC, Marko. “When to Kill and When to Capture”. Disponible en: <http://www.ejiltalk.org/when-to-kill-and-when-to-capture/> [Visitado por última vez el 23 de abril de 2012]. “Under IHL, the lawfulness of attacking a target depends on its status (which we’ve postulated for the purposes of this post). A combatant or a civilian taking a direct part in hostilities can be attacked at any time while the status persists, so long as the individual is not hors de combat, e.g. surrenders or is incapacitated. Contrary to some recent suggestions by Nils Melzer, both in the course of his academic work and in the ICRC DPH guidance, IHL does not impose a necessity requirement for attacking a target possessing such a status. In other words, there is under IHL no obligation to first employ non-lethal means against a lawful target, or to capture or detain before trying to kill. Shooting first is perfectly proper”.

⁸¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137.” *Albella v. República Argentina (Tablada)*”. Reporte 55/97 de 18 de noviembre de 1997. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/97span/Argentina11.137d.htm> [Visitado por última vez el 4 de febrero de 2012].

⁸² Esta determinación fue, sin embargo, muy polémica y muy probablemente errada, si se tiene en cuenta que la situación no parece haber involucrado ni un grupo lo suficientemente organizado (sino simplemente un grupo de ciudadanos armados que decidieron tomar un cuartel) ni un uso de la violencia lo suficientemente intenso ni prolongado (toda la situación no duró más de unos cuantos días). El análisis específico del régimen para el uso de la fuerza, sin embargo, sí resultan adecuados para nuestros propósitos.

⁸³ Caso Tablada. párrafo 178.

⁸⁴ SALMON GÁRATE, Elizabeth. Op. cit. p. 92.

⁸⁵ *Ibid.* p. 94.

⁸⁶ *Loc. cit.* Para un análisis más detallado sobre los alcances del principio de necesidad militar ver: OHLIN, Jens David. “The Duty to Capture”. En: *Minnesota Law Review* 97. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2131720.

tiene que ser una acción proporcional y militarmente necesaria dirigida en contra de los miembros de un grupo armado organizado o de civiles que participen directamente en las hostilidades. Esto significa, por ejemplo, que el Estado no puede simplemente matar indiscriminadamente a los integrantes de un pueblo que sea sospechoso de estar infiltrado por terroristas y no puede asesinar sin previo juicio a aquellos (presuntos) terroristas que haya apresado. Pero, a la vez, significa que sí podrá, por ejemplo, tomar por asalto un campamento terrorista y usar fuerza letal contra sus integrantes, sin que haya ninguna necesidad de apresarlos primero.

La idea es, entonces, brindar a las Fuerzas del Orden la flexibilidad necesaria que les permita lograr una eficaz defensa del Estado, en circunstancias cuya gravedad exige una interpretación diferente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al mismo tiempo que se procura impedir a los agentes del Estado abusar y violar las nociones más básicas de humanidad (como la prohibición de la tortura y las ejecuciones extrajudiciales) en contra de aquellas personas que precisamente se encuentran en situación más vulnerable: Los civiles y aquellos subversivos que ya se encuentren bajo el control del Estado o que no representen un real peligro por estar fuera de combate.

V. CONCLUSIONES

A lo largo de estos párrafos hemos ofrecido un análisis completo de lo sucedido en el Perú en los ochentas y noventas, llegando a la conclusión de que estos hechos califican jurídicamente como un conflicto armado interno. Para muchos en nuestro país, como hemos visto, esta determinación es sinónimo de debilidad; de un Estado que no sólo es “permisivo” con el terrorismo, sino que le otorga “legitimidad” a sus actos y “victimiza” a los responsables⁸⁷.

De acuerdo con lo analizado en este artículo, sin embargo, una conclusión semejante no sería consecuente con la realidad. Las

normas aplicables durante un conflicto interno sencillamente no son permisivas si se las compara con las normas aplicables en ausencia de conflicto; no legitiman los actos terroristas en la medida en que no brindan privilegio de combatiente a quienes participan directamente en las hostilidades; no implican un reconocimiento de beligerancia y no victimizan a los terroristas en tanto no sólo permiten, sino que obligan al Estado a sancionar penalmente a quienes cometan estos despreciables actos.

Además, la controversia que este tema suscita en el Perú resulta irónica, si se tiene en cuenta que el mismo debate ha tomado una dimensión completamente opuesta más allá de nuestras fronteras. En efecto, todo el problema causado por la “Guerra contra el Terrorismo” de Estados Unidos puede resumirse en un tira y afloja entre un Gobierno que quiere encontrar la existencia de conflicto armado en la mayor cantidad posible de países, a fin de poder beneficiarse de sus disposiciones más permisivas para lidiar con los integrantes de Al-Qaeda, y una oposición y sociedad civil preocupadas por estas interpretaciones expansivas, que preferirían más bien la utilización del régimen más restrictivo aplicable en tiempo de paz en el mayor número posible de lugares⁸⁸.

Así, dadas las características de los regímenes legales aplicables en tiempo de paz y en tiempo de conflicto, tradicionalmente son las izquierdas progresistas, temerosas de los abusos que pueda cometer el Estado, las que suelen buscar las interpretaciones que más restrinjan la aplicación del régimen legal de los conflictos armados, buscando en cambio regular la acción del Estado por el régimen menos permisivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En cambio, sucede lo contrario con las derechas conservadoras que, deseosas de poder lidiar con el terrorismo de las formas más amplias y flexibles posibles, suelen preferir el régimen aplicable en los conflictos armados por sobre el aplicable en tiempos de paz.

⁸⁷ Ver, por ejemplo: MARIÁTEGUI, Aldo. “¿CVR en el Colegio? ¡No!”. En: Diario Correo. Disponible en: <http://diariocorreo.pe/columna/64736/cvr-en-el-colegio-no/> [Visitada por última vez el 8 de abril de 2012].

⁸⁸ Ver, por ejemplo: ANDERSON, Kenneth. “Targeted Killings and Drone Warfare: How We Came to Debate Whether There is a ‘Legal Geography of War’”. En: BERKOWITZ, Peter (Editor). “Future Challenges in National Security and Law”. Stanford University. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1824783 [Visitada por última vez el 9 de abril de 2012].

Lo curioso, entonces, es que en nuestra versión de este debate sucede exactamente lo opuesto: Es nuestra izquierda progresista la que se esmera en demostrar que hubo un conflicto armado, al mismo tiempo que asume las interpretaciones legales más restrictivas para condenar la respuesta contrasubversiva del Gobierno; y es nuestra derecha conservadora la que más se resiste a su aplicación al mismo tiempo que critica a los progresistas por no querer combatir al terrorismo de la forma más flexible posible.

Este debate entre progresistas y conservadores, entonces, termina siendo un sinsentido que se aleja del interés general del resto (y mayoría) del país, que, en estas épocas de paz y progreso, más que cerrados debates ideologizados, necesita una real reconciliación que nos una como nación.

En esta línea, la conclusión más razonable a la que podría llevarnos lo visto en los párrafos precedentes es que la existencia del conflicto armado nos permite tomar lo mejor de ambos mundos, en la medida en que brinda herramientas eficaces al Estado para luchar en contra del enemigo terrorista, pero lo hace en un marco de respeto por aquellas condiciones mínimas de humanidad que requiere una sociedad civilizada. Y es que buscar brindar a un Estado herramientas que excedan este límite no sólo implica abandonar las bases morales que precisamente sustentan el

derecho de la sociedad de defenderse del enemigo terrorista, sino que implica confiar que la pesada y poderosa maquinaria de guerra estatal será cruel e inclemente sólo con quienes nosotros creemos que debe serlo, respetando al mismo tiempo nuestros derechos de ciudadano inocente. La verdad es, sin embargo, que un Estado desatado, capaz de torturar y capaz de ejecutar prisioneros sin previo juicio, difícilmente se tomará la molestia de indagar qué personas son merecedoras de derechos y qué personas no.

Así pues, tal vez debiéramos dejar de ver el tema del conflicto armado como un punto de inflexión que divida a nuestra sociedad entre quienes creen en un Estado respetuoso de los Derechos Humanos y quienes creen en un Estado que pueda combatir eficazmente el terrorismo. Es posible concebir un Estado que haga ambas cosas simultáneamente.

Y es que, después de todo lo que ha atravesado nuestro país, sería simplemente una lástima que veamos nuestra historia reciente reducida a una pelea por rótulos que empañe la memoria de aquellas personas y aquellas historias que realmente deberíamos honrar y recordar; no tenemos que escoger entre “conflicto armado” y “violencia terrorista”; podemos simplemente reconocer que en esos oscuros años el Perú padeció de **ambas** cosas.

Siempre innovando



ESTUDIO
MUÑIZ

MUÑIZ
RAMIREZ
PEREZ-TAIMAN
& OLAYA
Abogados

Las Begonias 475, 6to piso · Lima 27 · Perú · **T** (51-1) 611 7000
F (51-1) 611 7010 / 611 7020 · **Tele Conf** (51-1) 212 5053

LIMA · TRUJILLO · AREQUIPA · CHINCHA · ICA · PIURA · CUSCO · CHICLAYO · TACNA · GUAYAQUIL · QUITO

www.munizlaw.com

LA IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL ENFOQUE DE GÉNERO AL DERECHO: ASUMIENDO NUEVOS RETOS*

Julissa Mantilla Falcón**

Hablar de la aplicación de una perspectiva de género en el Derecho constituye, simultáneamente, un reto y un aporte. Reto porque –no obstante los últimos avances doctrinarios y jurisprudenciales– lo cierto es que aún no se entiende con claridad la importancia de la aplicación del enfoque de género al Derecho como una perspectiva fundamental para su desarrollo y análisis. Pero también es un aporte, porque la aplicación de este enfoque permite dar una dimensión más completa al Derecho, como una herramienta de cambio que contribuye de manera importante al reconocimiento de los Derechos Humanos y a la lucha contra la discriminación.

En el siguiente artículo, la autora busca revisar algunas nociones básicas y brindar ejemplos acerca de cómo la aplicación de una perspectiva de género cambia la visión que muchos abogados y abogadas tenemos sobre el Derecho. Sólo teniendo presente esta perspectiva de género, podremos concebir e implementar los Derechos Humanos en su real dimensión.

* Algunos elementos de este artículo se han tomado del documento de Género y Política Criminal elaborado por la autora como insumo para el “Informe Final: Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano”, elaborado por la Comisión de Política Criminal en Colombia, 31 de marzo de 2012.

** Abogada. LLM en Derechos Humanos por The London School of Economics. Consultora internacional en Género y Justicia Transicional.

I. PUNTO DE PARTIDA: SOBRE EL CONCEPTO DE GÉNERO

La noción de género surge en los años setenta para referirse a la distinción entre el sexo y los ordenamientos socioculturales construidos a partir de las diferencias corporales. Sobre la base de una serie de investigaciones y estudios que pretendían explicar la situación mayoritaria de subordinación y de desconocimiento de derechos que sufrían las mujeres, el concepto revoluciona en comparación con la forma como se venía tratando el tema hasta entonces.

Con el desarrollo de los estudios de género y la expansión del uso del término en sí, se van distinguiendo algunos usos del concepto que varían desde aquellos que identifican la noción de género con “las mujeres” y aquellos que lo refieren como “la construcción cultural de la diferencia sexual, aludiendo a las relaciones sociales de los sexos”¹.

En esta línea, nuestra aproximación entiende el género como “el conjunto de creencias, prescripciones y atribuciones que se construyen socialmente tomando a la diferencia sexual como base”². Es decir, mientras el término “sexo” se usa para referirse a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros rasgos físicos entre los seres humanos³ –creando categorías entre hombres y mujeres– al hablar de género nos referimos a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo. Así, mientras el sexo biológico está determinado por características genéticas, “el género es una identidad adquirida y aprendida que varía ampliamente intra e interculturalmente. El género es relacional ya que no se refiere exclusivamente a las mujeres o a los hombres, sino a las relaciones entre ambos”⁴.

Cada sociedad construye y elabora lo que considera como “lo masculino” y “lo femenino”, y a partir de allí se establecen las obligaciones sociales de cada sexo, con una serie de normas y prohibiciones simbólicas⁵, que incluyen, además, una heterosexualidad dominante como norma. En este sentido, se “naturalizan funciones sociales y se socializan funciones naturales”⁶.

Tradicionalmente, lo asociado a lo femenino –o, en términos más generales, lo “no masculino”– ha sido considerado de menor valor y en situación de subordinación, lo cual ha tenido un impacto negativo importante en el reconocimiento, ejercicio y protección de los derechos de las mujeres. La construcción del concepto de género partiendo de esta distinción fue una elaboración teórica y política que permitía “convertir la lucha entre los sexos (entre hombres y mujeres) en una lucha contra el género (de hombres y mujeres)”⁷.

Adicionalmente, el concepto constituye una herramienta y una categoría de análisis que permite conocer las diferentes dimensiones que abarca la discriminación contra las mujeres y las estrategias necesarias para combatirla. Es decir, no se niega el punto de partida: Que la discriminación contra las mujeres es una realidad generalizada y que la respuesta institucional y normativa no ha sido la más adecuada. Pero se da un paso más y, mediante el análisis del proceso de socialización de las personas, se identifica los roles, identidades y estereotipos que contribuyen a la referida situación de discriminación.

Y, precisamente, ha sido esta posibilidad de visibilización de los derechos de las mujeres y el reconocimiento de la discriminación que padecen, lo que ha llevado a que, en

¹ LAMAS, Marta. “Usos, dificultades y posibilidades de la categoría género”. En: <http://www.cholonautas.edu.pe/modulo/upload/USOSCATEGORIAGENERO-MARTA%20LAMAS.pdf>. p. 5.

² LAMAS, Marta. “El género es cultura”. En: http://www.aieti.es/cultura/upload/documentos/CXQY_CULTURA_Y_GENERO_MARTA_LAMAS.pdf. p. 1.

³ JARAMILLO, Isabel. *La crítica feminista al derecho*, en *Género y teoría del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. 2000. p. 2.

⁴ INSTITUTO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIONES Y CAPACITACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROMOCIÓN DE LA MUJER. “Glosario de género”. En: <http://www.un-instraw.org/es/index.php?option=content&task=view&id=37&Itemid=76>. Consulta: El 17 de setiembre del 2008.

⁵ LAMAS, Marta. “El género es cultura”. Op. cit. Loc. cit.

⁶ ZAIKOSKI, Daniela. “Género y Derecho Penal: Tensiones al interior de sus discursos”. En: *La Aljaba* 12. 2008. p. 119.

⁷ JARAMILLO, Isabel. Op. cit. pp. 2 y siguientes.

muchas circunstancias, se utilice el término “género” como sinónimo de “mujer” y no como una herramienta conceptual “para explicar el carácter de la relación asimétrica entre hombres y mujeres por sus relaciones de poder”⁸. En este marco, se debe precisar que resulta válido realizar estudios y adoptar medidas que enfatizan la situación de los derechos de las mujeres ya que –precisamente– el análisis de género permite identificar situaciones discriminatorias contra ellas que requieren la implementación de medidas y programas dirigidos a contrarrestar esta situación. En esta línea de pensamiento, se deben entender, por ejemplo, las leyes de cuotas para la participación política: No son leyes discriminatorias contra los hombres, sino mecanismos que se establecen dada la reducida participación de las mujeres en la política, como consecuencia de la discriminación y del poco respeto a sus derechos.

En suma: “[L]a perspectiva de género implica por un lado, una crítica a la visión exclusiva del mundo en clave masculina y por otro, una relectura y re-significación de la historia, de la sociedad, la cultura, la economía y la política. De lo que se trata es de hacer relecturas, re-significaciones y re-conceptualizaciones que permitan un análisis diferenciado del mundo y de la realidad; de la aplicación de las normativas e instrumentos internacionales de Derechos Humanos, para poder actuar sobre ella y transformarla mediante la práctica de relaciones igualitarias y no discriminatorias”⁹.

Finalmente, se debe tener presente la denominada interseccionalidad en las situaciones de discriminación, que implica tener en cuenta las diferencias y las diversas identidades que se construyen con base a la edad, el origen social, la capacidad económica, el origen rural o urbano, la etnicidad, que se identifican entre las mujeres y que hace que el análisis no pueda ser ni unilateral ni simple.

II. APLICANDO UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO AL DERECHO

La aplicación de una perspectiva de género permite observar y entender el impacto diferenciado de programas, proyectos, políticas y normas jurídicas sobre las personas, con el fin de evitar que se reproduzcan situaciones de discriminación y exclusión y que, por lo tanto, se pueda brindar una mejor y mayor protección a sus derechos. Por tanto, la perspectiva de género debe considerarse como “una estrategia para asegurar que las experiencias y preocupaciones, tanto de los hombres cuanto de las mujeres, constituyan una dimensión integral en el diseño, implementación, monitoreo y evaluación de políticas y programas en las esferas políticas, económicas y sociales, de modo que hombres y mujeres se beneficien igualmente y que las desigualdades no se perpetúen”¹⁰.

Evidentemente, esta tarea se vuelve un reto enorme cuando se trata de aplicar la perspectiva de género al Derecho. En este punto, es importante referir las críticas desde el feminismo, que han hecho evidente la perspectiva androcéntrica del Derecho y cómo la aparente neutralidad de sus normas e instituciones resulta siendo causa y consecuencia de construcciones sociales y culturales que refuerzan modelos estereotipados y discriminatorios. Esta crítica al Derecho abarca la teoría, las instituciones y los métodos de análisis jurídico¹¹.

En lo que Facio ha llamado “el androcentrismo del Derecho”¹², se plantea que esta disciplina –como producto de sociedades patriarcales– ha sido construida desde el punto de vista masculino, reflejando valores, necesidades e intereses masculinos. En este sentido, incluso en aquellos casos en que se pretenda proteger los intereses y necesidades de las mujeres, el problema radica en que la aplicación del Derecho

⁸ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. “Curso Autoformativo en Género, Módulo 1: Marco Conceptual, Unidad 1: Introducción a los Derechos Humanos y la perspectiva de género”. En: <http://www.aulainteramericana.com/>. p. 15.

⁹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. “Herramientas básicas para integrar la perspectiva de género en organizaciones que trabajan derechos humanos”. San José: IIDH. 2008. p. 174.

¹⁰ ESCUELA JUDICIAL ‘RODRIGO LARA BONILLA’. “Género y Justicia”. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. 2009. p. 135.

¹¹ JARAMILLO, Isabel. Op. cit. p. 13.

¹² FACIO, Alda. “Hacia otra teoría crítica del Derecho”. En: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/FACIO_ALDA_Hacia_otra_teoría_crítica_del_derecho.pdf.

queda a cargo de instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, todo lo cual tiende a desfavorecer a las mujeres¹³. Por ello, las mujeres son tratadas sin que la diferencia con los varones sean tomadas en cuenta¹⁴, lo cual genera más situaciones discriminatorias.

Puede afirmarse, entonces, que el Derecho tiene género y, a la vez, se constituye como “una estrategia creadora de género”, partiendo de una visión de tipo esencialista sobre las mujeres, atribuyéndoles cualidades universales y eternas que se naturalizan, las cuales son la base para el otorgamiento o negación de derechos¹⁵.

Aplicar una perspectiva de género al Derecho, por tanto, implica identificar cuándo las diferencias entre las personas –por el hecho de ser hombres o mujeres o por asumir roles masculinos o femeninos– les significa ser o no titulares de derechos y les facilita o dificulta ejercerlos y reclamarlos¹⁶. Y esta identificación –que antes era evidente en normas expresamente discriminatorias y excluyentes hacia las mujeres– se sigue presentando en la aplicación de la normatividad. Muchas veces, el problema en sí no está en las normas jurídicas, sino en la forma como se interpretan e implementan.

En términos generales, entonces, puede decirse que el Derecho pasa de ignorar las referencias específicas sobre las mujeres en normas aparentemente neutrales, hacia un reconocimiento expreso de la lucha contra la discriminación y de sus derechos humanos. Sin embargo, el problema fundamental radica en la aplicación de la normatividad y en la falta de respuesta que el Derecho puede brindar ante situaciones complejas y que afectan directamente a las mujeres, así como en la recurrencia a estereotipos que consagran la desigualdad y la discriminación.

III. UNO DE LOS MAYORES PROBLEMAS: LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN EL DERECHO

En general, puede decirse que los estereotipos constituyen “una visión o idea preconcebida generalizada de atributos o características que los integrantes de un grupo particular poseen o deberían llevar a la práctica”¹⁷. Estas ideas preconcebidas y generalizadas, tienen un componente claramente discriminatorio al ignorar las características individuales y presumir que existen cualidades predeterminadas y obligatorias para las personas que pertenecen a determinado grupo.

Los estereotipos de género, por tanto, presumen como ciertas “cualidades masculinas” y “femeninas” y consagran situaciones discriminatorias. Frases del tipo “las mujeres son más honestas” o “los hombres controlan mejor sus emociones” que son repetidas continuamente van consagrando ideas preconcebidas que tienen un impacto negativo, aun cuando aparentemente no se vea así. De esta forma, considerar la honestidad como una cualidad propia de las mujeres podría ser visto como algo positivo. Sin embargo, eso hace que muchas veces las faltas y delitos cometidos por las mujeres reciban mayor reprobación y condena. Por otro lado, si se considera que el control de las emociones es un atributo masculino, es evidente que eso influirá en que los hombres tengan siempre mejores posibilidades de acceder a puestos de empleos que las mujeres.

Como ha dicho la Corte Interamericana en el caso Campo Algodonero, la subordinación de la mujer puede ser asociada a “prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial”¹⁸.

¹³ JARAMILLO, Isabel. Op. cit. pp. 13 y siguientes.

¹⁴ SMART, Carol. Citada en: ZAIKOSKI, Daniela. Op. cit. p. 121.

¹⁵ *Ibid.* pp. 121-122.

¹⁶ CÉSPEDES, Lina. “Género y Derecho”. En: PROFIS. “Visibilizar la violencia de género: Sistematización de la experiencia en género”. Bogotá: Agencia Alemana para la Cooperación Internacional. 2011. p. 20.

¹⁷ COOK, Rebecca y Simone CUSACK. “Estereotipos de género: Perspectivas legales transnacionales”. Citado en: KATHAMBI, Kinoti. “Desmantelando Los Estereotipos De Género: El Rol De Las Leyes”. En: <http://awid.org/esl/Library/Desmantelando-los-estereotipos-de-genero-El-rol-de-las-leyes>.

¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (campo algodonoero) v. México*. Párrafo 401.

Estos estereotipos, dice la Corte, “se convierten en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer”¹⁹.

Ahora bien, la lucha contra los estereotipos no sólo debe hacerse desde el Derecho, sino desde ámbitos como la educación, donde se crean y refuerzan las visiones tradicionales y discriminatorias, tal como ha señalado la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la cual reconoce el papel desempeñado por la cultura y la tradición en la limitación del ejercicio por la mujer de sus derechos fundamentales, ya que “la cultura y la tradición se manifiestan en estereotipos, hábitos y normas que originan las múltiples limitaciones jurídicas, políticas y económicas al adelanto de la mujer”²⁰.

En este punto, es importante analizar cómo estos estereotipos se verifican internacionalmente en doctrina, normas jurídicas y la jurisprudencia.

El caso de la violación sexual es un buen ejemplo de cómo los estereotipos y los mitos han primado en la forma como el Derecho ha respondido ante este crimen. Entre ellos²¹ se encuentra la idea de que la violación sexual sólo es cometida por extraños; la definición de la figura de los agresores como enfermos mentales y la idea de que las mujeres denuncian haber sido abusadas sexualmente por venganza o celos. Otros estereotipos –vinculados al tema del consentimiento– tienen como sustrato la idea de que sólo las mujeres vírgenes y “honestas” pueden ser violadas y no aquellas mujeres con amplia experiencia sexual o cuya vestimenta y comportamiento puedan interpretarse como incitadores de la agresión. A esto se une la exigencia de una resistencia física constante por parte de la víctima para considerar que se trata de un acto sexual no consentido.

Estos estereotipos se refuerzan en textos doctrinarios, tal como ejemplifica Di Corleto, al citar una obra de Soler que –al momento de hablar de la violación sexual– señala: “Para que se configurara el delito de violación el autor debía vencer una resistencia seria y constante” y que no “debe confundirse la verdadera violencia –que generalmente dejará en las ropas y el cuerpo de la víctima otras señales que la del acto sexual mismo– con la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella que, en realidad, desea y consiente”²².

Pero los estereotipos también se encuentran en las normas jurídicas, tal como sucede en el Código Penal de Venezuela (2000)²³ que, si bien penaliza los actos de violación sexual, establece que si la víctima es una prostituta, las penas establecidas por la ley se reducirán a una quinta parte. Es decir, a diferencia de lo que sucede con otros tipos penales, en este caso es la condición de la víctima la que determina la penalidad que debe recibir el agresor.

Y, además de la doctrina y la norma, es evidente que estos estereotipos también se encuentran en las sentencias judiciales. Así por ejemplo, en el 2004, una sentencia en Barcelona –al momento de liberar al agresor de violencia contra su pareja– se refiere a la víctima, diciendo que durante los tres días del juicio “iba vestida cada día diferente, a la moda, con anillos, pulseras y curiosos pendientes”²⁴. La pregunta que cabe es qué importancia puede tener la apariencia y la forma de vestirse de una víctima de violencia en un proceso judicial. Y, sin embargo, el que el juez haya incluido una referencia de este tipo en su sentencia, evidencia que esto resultaba importante para su fallo, que –finalmente– libera al agresor.

Es lógico pensar entonces que, si los y las estudiantes de Derecho se forman con

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Introducción”. En: Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). 1979.

²¹ DI CORLETO, Julieta. “Límites a la prueba del consentimiento en los delitos sexuales”. En: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01052009/genero66.pdf>. p. 6.

²² SOLER, Sebastián. “Derecho Penal Argentino”. Buenos Aires: Editorial Tea. 1992. p. 307. Citado por: DI CORLETO, Julieta. *Op. cit.*

²³ http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anexo6.pdf.

²⁴ http://elpais.com/diario/2004/01/22/sociedad/1074726007_850215.html.

documentos y normativa de este tipo, en el ejercicio de su carrera profesional, seguirán repitiendo estos estereotipos, afectando gravemente el acceso a la justicia de las mujeres.

IV. EL ANÁLISIS DE GÉNERO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Un campo donde la falta de una perspectiva de género se evidencia es en el ámbito internacional de los Derechos Humanos. Por ejemplo, si se revisan los primeros documentos internacionales –tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)– comprobaremos que sólo se incluye una referencia general al principio de no discriminación y un lenguaje aparentemente neutral que no hace distinciones entre hombres y mujeres pero que en el fondo refleja la exclusión de éstas.

Va a ser a raíz de las luchas de los movimientos de mujeres y de las Conferencias Internacionales de Naciones Unidas que se desarrolla una serie de discusiones y debates internacionales que permiten constatar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo no había sido diseñado desde una perspectiva de los derechos de las mujeres, sino que además sus estándares y normativas se habían consolidado dejándolas de lado.

En este contexto de debate internacional, la situación generalizada de discriminación y violencia contra las mujeres era uno de los puntos cruciales. En el caso concreto de la violencia, ésta había sido identificada tradicionalmente como una conducta del ámbito privado, no había sido concebida como una violación de Derechos Humanos y por tanto, la respuesta estatal había sido muy limitada.

Fue gracias a los movimientos de las mujeres, que se empieza a considerar la violencia

contra las mujeres como una conducta que debía prevenirse, sancionarse y erradicarse. Las primeras iniciativas en la década de los setenta estuvieron centradas principalmente en la violencia que ocurría en la familia, pero en los ochenta –en las Estrategias de Nairobi– se reconocieron diversas manifestaciones de violencia, incluyendo la trata, la prostitución involuntaria, la situación de las mujeres privadas de libertad y en los conflictos armados. Efectivamente, al ser un hecho no denunciado, la violencia contra las mujeres no era considerada una violación de Derechos Humanos ni un delito que ameritaba contar con la normatividad adecuada, permitir el acceso a la justicia a las mujeres víctimas y lograr el cumplimiento y la aplicación efectiva de las leyes a nivel nacional²⁵.

Por ello, la respuesta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos será la elaboración de tratados específicos y, en 1979, se aprueba la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la cual establece la obligación de los Estados parte de tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo las de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre, en particular en las esferas política, social, económica y cultural²⁶. En 1992, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer elaboró la Recomendación General 19²⁷, donde se establece que la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que le inhibe gravemente de la capacidad de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

Será en la década de los 90 en que se dé el paso adicional que permitirá el reconocimiento de la violencia contra la mujer como una forma de discriminación y una cuestión

²⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Informe del Secretario General: Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer”. 2006. pp. 15 y siguientes.

²⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)”. 1979. artículo 3. En: <http://www.cajpe.org.pe/rrij/>.

²⁷ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER. “Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su onceavo período de sesiones”. En: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgeneral19.htm>.

de Derechos Humanos²⁸, al aprobarse la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –Convención de Belem do Pará– de 1994 que da una definición de violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Asimismo, señala que la violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica (i) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; (ii) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y (iii) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra²⁹. Finalmente, la Convención consagra el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público cuanto en el privado.

Es muy importante resaltar que la consideración de la violencia contra la mujer como una violación de los Derechos Humanos permite hablar de **obligaciones reforzadas**³⁰ de los Estados cuando no previenen, investigan, sancionan y reparan estos actos.

Hay, además, un deber de “debida diligencia” que debe primar en las actuaciones del Estado, no sólo cuando el perpetrador es un

agente público sino, además, en los casos en que los agentes sean particulares o no se los haya identificado³¹. En este tema, se puede hablar a nivel internacional de una norma del Derecho Internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer³². Pero además, el estándar internacional permite reconsiderar la norma de debida diligencia para enfatizar “la obligación del Estado de transformar los valores e instituciones sociales que sostienen la desigualdad de género, al tiempo que se responde efectivamente a la violencia contra la mujer cuando se produce”³³.

En este marco, se ubica la obligación de prevenir las violaciones de Derechos Humanos y, en el caso concreto de las mujeres, esto debe traducirse en potenciar su rol en la vida social, mediante actividades en el campo de la educación, la formación y el acceso a recursos productivos, con el objetivo de aumentar la autosuficiencia de las mujeres a fin de que se logre entender que la violencia y la subordinación no son su destino insoslayable³⁴.

V. RECONSTRUYENDO EL CONCEPTO DE DERECHOS HUMANOS DESDE EL ANÁLISIS DE GÉNERO: LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Actualmente, se entiende que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que incluye formas de violencia física, psicológica y sexual. Sin embargo, va a ser recién en la década de los noventa cuando la violencia contra las mujeres fuese reconocida como una violación de Derechos Humanos. Asimismo, en esta década la violencia sexual fue considerada como un crimen internacional, luego del desarrollo jurisprudencial de los Tribunales

²⁸ Al respecto, elementos fundamentales fueron la Recomendación General 19 del Comité de la CEDAW de 1992, la Plataforma de Acción de Viena de 1993 y la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujeres de 1993.

²⁹ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém Do Pará). 1994. artículos 1 y 2. En: <http://www.cajpe.org.pe/rij/>.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Campo Algodonero v. México”. Sentencia de Fondo del 16 de noviembre del 2009.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Velásquez Rodríguez”. Sentencia de 29 de julio de 1988. párrafo 172.

³² RELATORÍA ESPECIAL SOBRE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER. “La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer”. 2006.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda y de la aprobación del Estatuto de Roma.

La pregunta que suele hacerse en este punto es por qué un énfasis en las mujeres como víctimas de violencias, si los hombres también pueden ser víctimas de agresiones físicas y sexuales. Lo que sucede es que el caso de las mujeres como víctimas de violencia se enmarca en una situación extendida, que tiene consecuencias específicas y particulares –por ejemplo, el embarazo producto de violación sexual– y que es causa y consecuencia de otro tipo de discriminaciones, por ejemplo, cuando las mujeres pretenden acceder a la justicia u obtener reparación por los hechos violatorios a sus derechos.

De otro lado, que numéricamente sean las mujeres las víctimas mayoritarias de un hecho nos está hablando de un fenómeno más amplio que agresiones ocasionales y que involucran elementos de poder y dominación que no necesariamente se encuentran en las agresiones a los hombres.

De acuerdo con ONU Mujeres¹, la violencia contra las mujeres y las niñas, “es una manifestación extrema de la desigualdad y discriminación por motivo de género y a la vez una herramienta, a veces mortal, para mantener su situación subordinada. Ninguna mujer o niña está completamente libre del riesgo o alcance de esta pandemia mundial”³⁵.

Sin embargo, la violencia contra las mujeres y las niñas, continúa existiendo debido a que los diferentes Estados no han tomado medidas efectivas para hacerle frente o han tolerado y permitido su ocurrencia, permitiendo que tome fuerza la idea de que la violencia contra las mujeres es aceptable. Ello se evidencia, por ejemplo, en (i) la ambivalencia del Estado en el momento de regular las relaciones en el ámbito privado; (ii) la falta de leyes sobre

violencia doméstica; (iii) la resistencia a reconocer la violación conyugal como delito; y (iv) la inmunidad de los “crímenes de honor”. Por ejemplo, en materia de penalización de la violencia sexual, si bien casi todos los Estados la contemplan, en muchos casos “formulan el problema en términos de indecencia o inmoralidad, o como un crimen contra la familia o la sociedad, en lugar de una violación de la integridad corporal de un individuo”³⁶.

La violencia contra las mujeres, por tanto, es un ejemplo de violencia de género que ha sido tardíamente reconocida por el Derecho y que necesita una respuesta integral por parte del Estado.

VI. APLICANDO LA PERSPECTIVA DE GÉNERO A NUEVOS CAMPOS: LA POLÍTICA CRIMINAL³⁷

La política criminal puede ser definida como “el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción”³⁸. Como se sabe, estas respuestas son de la más variada índole y no se reducen al ámbito penal. Los objetivos de la política criminal no son sólo la prevención y represión del delito, sino también lo relativo a la política penitenciaria, los fines de la pena y el funcionamiento del proceso penal³⁹. En todos los ámbitos reseñados, un enfoque de género será útil y necesario.

Tradicionalmente, no se ha entendido la importancia de la perspectiva de género en la política criminal. Sin embargo, esta perspectiva tiene su fundamento en las normas constitucionales y los tratados internacionales que los Estados han suscrito,

¹ Nota del Editor: ONU Mujeres es la Entidad de Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer. Fue creada en julio de 2010 por acuerdo de Asamblea General de Naciones Unidas.

³⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “ONU Mujeres. Informe: El Progreso de las Mujeres en el Mundo: En Busca de la Justicia”. 2011. p. 32.

³⁶ *Ibid.* p. 33.

³⁷ Mayor desarrollo de este tema puede encontrarse en: MANTILLA, Julissa. “Enfoque de género, derechos de las mujeres y política criminal: Algunos aportes para Colombia”. Bogotá. 2012.

³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-646. 2001.

³⁹ MARTÍNEZ, Mariana. “Las instituciones y la política criminal: Articulación y coordinación de aspectos estratégicos y operativos”. Documento interno de la Comisión de Política Criminal. 2012.

tales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención de Belem do Pará. Ambos documentos constituyen el *corpus juris* internacional en materia de protección de los derechos de las mujeres.

En esta línea, el principio de no discriminación debe ser una de las guías fundamentales de la política criminal, entendiéndose que se define la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los Derechos Humanos y libertades de todas las personas. Debe tenerse en cuenta, además, una aproximación al tema desde la interseccionalidad, como ya se ha referido. Por tanto, sin un enfoque de género, la política criminal –diseñada en forma aparentemente neutral– podría terminar siendo discriminatoria, al no considerar las necesidades y circunstancias específicas de las poblaciones involucradas.

Un ámbito importante de la política criminal es el de la situación carcelaria, donde se hace primordial aplicar un análisis diferenciado, ya que existen situaciones específicas de las mujeres que deben ser consideradas. Dado que el número de mujeres en prisión es inferior al de los hombres, las prisiones no han sido diseñadas pensando en las diferencias de género ni en las particularidades de las mujeres para temas como las visitas conyugales, la situación de niños y niñas que deben vivir en prisión con sus madres, las necesidades particulares de las mujeres en materia de salud, especialmente salud reproductiva, por citar sólo algunos temas.

En este punto, es importante referirse a algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia, que considera como discriminatorios y violatorios de Derechos Humanos ciertos hechos que afectan exclusi-

vamente a las mujeres. Así, por ejemplo, en el 2005 la Corte se pronunció señalando que la prohibición de ingreso el día de visita a mujeres en período de menstruación en la Cárcel Distrital Villahermosa de Cali, era inconstitucional⁴⁰.

En esta resolución, la Corte hace referencia a otra sentencia –la T-622 del 2005– y reitera que “[...] el período menstrual como ciclo natural y biológico que es, hace parte de la intimidad corporal de la mujer, de su fuero interno y de su dignidad como ser humano, de manera que no debe ponerse en evidencia la época en la cual cada mujer esté en ese período, porque por sí mismo no tiene la posibilidad de provocar incidencia alguna en las demás personas, ni mucho menos en los ambientes en que se desenvuelve por lo que, además, a nadie debe interesar o afectar”. La Corte dice, por lo tanto, “que las autoridades carcelarias no pueden –so pretexto de que la mujer que se encuentre con el período menstrual, podría aprovechar esa circunstancia para afectar la seguridad del centro carcelario y cometer ilícitos– vulnerar el derecho de la mujer a no hacer explícita esa situación natural, íntima y personal.” Asimismo, esta prohibición de las autoridades carcelarias permitió que la Corte verificara que las requisas vaginales se venían efectuando en el referido centro penitenciario, no obstante haberse establecido reiteradamente en la jurisprudencia constitucional que una requisita de tal tipo “constituye una violación al derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12), norma fundamental de aplicación universal”. Por ello, la Corte concluye que “la prohibición de ingresar a la cárcel a las mujeres que tengan el período menstrual, desconoce los derechos a la intimidad y a la integridad personal, así como a la dignidad y a la igualdad de todas las mujeres que han sido sometidas a esa discriminación”.

Es importante mencionar que en esta sentencia, la Corte señala la existencia de múltiples discriminaciones contra las mujeres verificadas en el contexto de las requisas. Así, por ejemplo, la Corte se refiere a la sentencia T-624 de 2005⁴¹, sobre la exigencia de las mujeres visitantes de usar falda para ingresar

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1069. 2005.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-624. 2005.

y permanecer dentro del establecimiento penitenciario. En este caso, no existía norma escrita sino una instrucción verbal de las autoridades carcelarias, con lo cual, la Corte concluye que se había incurrido en una clara vulneración de los siguientes derechos fundamentales: (i) Al debido proceso, por cuanto no existía norma que contenga esa exigencia; (ii) a la igualdad, ya que no existe fundamento razonable para exigir a las mujeres visitantes del reclusorio el uso de falda para ingresar a sus instalaciones, pues esa norma no existe ni se aplica para los hombres y, por tanto, implica un trato desigual, no justificado ni permitido por la Constitución y (iii) al libre desarrollo de la personalidad, al imponerse una determinada forma de vestir, con una determinada prenda, sin que tenga motivo jurídico que lo explique.

Como se ve, estos avances constitucionales del ámbito colombiano son importantes porque aplican el análisis de género al tratar de manera diferenciada una situación como los días de visita en las prisiones, desarrollan un análisis específico para las mujeres y reconocen que ciertas prácticas reconocidas como normales y comunes, pueden afectar los derechos de las personas si no se tiene en consideración el análisis diferenciado.

VII. LOS NUEVOS CAMPOS: JUSTICIA TRANSICIONAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

Un ámbito fundamental y novedoso para la aplicación de la perspectiva de género es la justicia transicional, entendida como el conjunto de procesos mediante los cuales “se llevan a cabo transformaciones radicales de un orden social y político determinado, que enfrentan la necesidad de equilibrar las exigencias contrapuestas de paz y justicia”⁴². Estos procesos se inician, tradicionalmente, en el marco de las transiciones de la dictadura a la democracia y de conflicto armado a

la paz⁴³ y tienen entre sus propósitos dar respuesta a situaciones graves de violaciones de Derechos Humanos y crímenes atroces. Los mecanismos de la justicia transicional pueden ser judiciales y no judiciales, incluyendo procesos de juzgamientos individuales, programas de reparaciones, mecanismos de búsqueda de la verdad y construcción de la memoria, reformas institucionales, veto en la administración pública para violadores de Derechos Humanos, garantías de no repetición, entre otros.

Un proceso de justicia transicional implica una tensión entre las obligaciones internacionales de juzgar y sancionar a los responsables de crímenes atroces frente a las realidades políticas que hacen muy difícil la imposición de estas sanciones, sobre todo cuando hay un proceso de paz pendiente⁴⁴. De allí las dificultades y los retos que implica la justicia transicional, retos que se hacen aún más grandes cuando se pretende incorporar una perspectiva de género, como se verá más adelante.

Existen diversos aportes internacionales y documentos que han venido dando línea sobre los elementos y desarrollos de la justicia transicional. Entre ellos, sin duda, uno de los fundamentales es el de “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” del 2006⁴⁵. Este texto se fundamenta en el derecho de las víctimas, resaltando además que estos principios y directrices no implican nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme al Derecho Internacional. Es importante recordar que los principios y directrices constituyen “el estándar mínimo en

⁴² UPRIMNY, Rodrigo; BOTERO catalina; SAFFON, María Paula y Esteban RESTREPO. “¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia”. Bogotá: Dejusticia. 2006. p. 115.

⁴³ Sin embargo, hay experiencias como la colombiana que vienen incorporando medidas de tipo transicional en plena vigencia del conflicto armado, tal como la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras del 2011, por ejemplo.

⁴⁴ UPRIMNY, Rodrigo. “Verdad, Reparación y Justicia para Colombia: Algunas reflexiones y recomendaciones”. Bogotá: FESCOL. p. 8.

⁴⁵ Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. En: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/reparaciones.htm>.

materia de reparaciones para las víctimas de violaciones de Derechos Humanos y Derecho Humanitario y es un marco de interpretación y referencia tanto para la adjudicación legal de reparaciones por vía judicial cuanto por la vía no-judicial o administrativa (programas o políticas)⁴⁶.

Adicionalmente, al momento de hablar de las víctimas, el texto incluye la siguiente definición: “Se entenderá por víctima a toda persona que haya sufrido daños, individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de Derechos Humanos o una violación grave del Derecho Internacional Humanitario [...]”.

Se refiere, además, que las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos Humanos y las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, tienen los siguientes derechos: Acceso igual y efectivo a la justicia; reparación adecuada, efectiva y rápida del daño sufrido y acceso a información pertinente sobre las violaciones y los mecanismos de reparación. Verdad, justicia y reparación, por tanto, son los fundamentos de la justicia transicional.

Ahora bien, si algo tienen en común la mayor parte de los procesos de justicia transicional, es que no han incluido una perspectiva de género ni en su diseño ni en la implementación de sus mecanismos, lo cual atenta contra el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas. Efectivamente, los esfuerzos por integrar una perspectiva de género que permita visibilizar la situación de las mujeres en los procesos de justicia transicional es relativamente reciente y es una respuesta ante la falta de información sobre lo que les ha sucedido, debido —entre otras razones— a la perspectiva androcéntrica

del Derecho que es una de las fuentes principales de la justicia transicional, así como por la poca participación de las mujeres en los procesos de negociaciones de paz. Para ello, es importante afrontar los procesos transicionales teniendo presente que las relaciones entre hombres y mujeres que preceden las situaciones de graves violaciones a los Derechos Humanos, son desiguales y ponen a las mujeres en situación de vulnerabilidad, todo lo cual hace necesario entender que las experiencias y el impacto de los conflictos y dictaduras son diferentes para hombres y mujeres⁴⁷. De otro lado, si bien al momento de analizar la situación de las mujeres el énfasis se ha hecho en violencia sexual, lo cierto es que el enfoque de género implica analizar de forma diferenciada todas las violaciones de Derechos Humanos, tanto en sus causas cuanto en el impacto que ocasionan.

De allí que en recientes avances internacionales, entidades como la Organización de Naciones Unidas (en adelante, la ONU)⁴⁸ recomiendan desarrollar un esfuerzo adicional para garantizar los derechos de las mujeres, lo cual implica que los mecanismos de justicia transicional deben prestar atención especial a los abusos cometidos contra ellas. Asimismo, la ONU señala que la inequidad de género es frecuentemente exacerbada por los conflictos y situaciones de violaciones masivas de Derechos Humanos, siendo el caso que la violencia basada en género hace a las mujeres y niñas especialmente vulnerables a los abusos de Derechos Humanos asociados al conflicto armado, incluyendo la violencia sexual sistemática que trasciende al fin de los conflictos. Por otro lado, se resalta que el estigma social y el trauma asociado con la denuncia de estos crímenes así como la exclusión de las mujeres de los espacios de decisión pública les hace muy difícil participar en los procesos de justicia transicional, lo cual justifica la implementación de medidas especiales para asegurar que las mujeres sean parte de estos procesos.

⁴⁶ ORÉ, Gaby. “El Derecho a la Reparación por Violaciones Manifiestas y Sistemáticas A los Derechos Humanos de las Mujeres”. En: Seminario internacional “Justicia y reparación para mujeres víctimas de violencia sexual en contextos de conflicto armado interno”. Lima. 9 y 10 de agosto de 2006.

⁴⁷ VALJI, Nahla; SIGSWORTH, Romi y Anne Marie GOETZ. “A Window of Opportunity: Making Transitional Justice Work for Women”. En: <http://www.unwomen.org/wp-content/uploads/2012/10/06B-Making-Transitional-Justice-Work-for-Women.pdf>. 2012. p. 8.

⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Guidance Note of the Secretary-General: United Nations Approach to Transitional Justice”. En: http://www.unrol.org/files/TJ_Guidance_Note_March_2010FINAL.pdf.

En esta línea, en octubre del 2011, el Consejo de Derechos Humanos emitió la Resolución 18/7, dando creación a la “Relatoría sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. En esa Resolución, el Consejo establece que el mandato del Relator debe, fundamentalmente, integrar una perspectiva centrada en las víctimas y una perspectiva de género, en todas las actividades del mandato. Ambas perspectivas deben entenderse de una manera interrelacionada, del mismo modo como debe entenderse el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Esto significa, por un lado, reconocer que las medidas de justicia transicional no pueden desarrollarse de manera adecuada sin que las víctimas, estén adecuadamente representadas en mecanismos como las comisiones de la verdad, en el seguimiento activo de los procesos judiciales y en el diseño de las reparaciones. Pero, además, significa que esa participación no puede entenderse ni desarrollarse en términos neutrales ni generales. En este sentido, el relator Pablo De Greiff —en su informe de agosto de 2012⁴⁹— ha considerado la perspectiva de género como una condición *sine qua non* para una aplicación eficaz de las medidas de justicia transicional, lo cual abarca no sólo el estudio de las violaciones de Derechos Humanos en sí, sino también el análisis de las secuelas de las violaciones y de los conflictos que afectan a las mujeres. Y esto implica, además, ha dicho el Relator, entender que existen violaciones de Derechos Humanos, como el desplazamiento interno y la violencia sexual, que tienen una composición mayoritariamente de mujeres entre sus víctimas.

Uno de los mecanismos más representativos en cuanto a la justicia transicional, y en materia de “derecho a la verdad”, lo constituyen las Comisiones de la Verdad, las cuales pueden definirse como organismos de investigación cuyo objetivo principal es ayudar a las sociedades a confrontar su pasado con la idea

de superar las crisis originadas por la violencia y prevenir su repetición⁵⁰. Para ello, investigan los hechos, elaboran lineamientos de reparación del daño causado y propuestas de reformas institucionales que garanticen que las condiciones que facilitaron o propiciaron los hechos violatorios sean modificadas⁵¹.

El contexto en el que surgen estas entidades puede variar. En Guatemala, se crearon a raíz de un conflicto armado y como parte de las negociaciones de paz. En los casos argentino y chileno, fueron el resultado del paso de la dictadura a la democracia. Sin embargo, a pesar de sus particularidades, las comisiones de la verdad tienen algunos elementos y características comunes⁵². Su campo de investigación es el pasado, pues se centran en un conjunto de abusos producidos durante un determinado período, más allá de algún hecho concreto. Trabajan con un mandato claramente establecido y difundido masivamente, ya que en virtud de él se miden las expectativas de la población y las respuestas de la sociedad civil. Su existencia es temporal; abarca un período que puede variar entre seis meses y dos años, aproximadamente, tras el que presentan un informe final que da cuenta de los hechos investigados y de sus propuestas de reparación. En muchos casos, las comisiones de la verdad también diseñan propuestas de reconciliación. No ejercen funciones del Poder Judicial ni del Ministerio Público, por lo que no establecen la responsabilidad jurídica individual de las personas involucradas en los hechos investigados. Sin embargo, la información incluida en los informes finales de las comisiones de la verdad contribuye a la administración de justicia y al inicio de procesos destinados a identificar a las personas responsables de los hechos violatorios.

Salvo contadas excepciones, el mandato de las comisiones de la verdad ha sido establecido en términos neutrales, sin diferenciar los hechos en función del sexo ni de las identidades de las

⁴⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. “Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición”. En: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_sp.pdf.

⁵⁰ CUYA, Esteban. “Las comisiones de la verdad en América Latina”. Presentado en el Seminario “Perú 1980-2000: El reto de la verdad y la justicia”. Lima. 2001. p. 1. En: <http://www.aprodeh.org.pe>.

⁵¹ VALDEZ, Patricia. “Comisiones de la verdad. El camino recorrido”. En: Páginas 168. 2001. pp. 51-56.

⁵² MATAROLLO, Rodolfo. “Las comisiones de la verdad”. En: “Verdad y Justicia: Homenaje a Emilio Mignone”. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2001. p. 131.

víctimas, lo cual ha hecho que sus conclusiones y el análisis de los hechos resulten demasiado generales y se deje de lado las voces e historias de las mujeres cuya experiencia resulta totalmente ignorada. Así, por ejemplo, debe decirse que la primera Comisión de la Verdad se estableció en Argentina en 1983 (CONADEP), mecanismo que también se creó en Chile –en 1990 y en el 2011–, Guatemala (1999) y Perú (2001), entre otros. En la actualidad, se piensa en crear un mecanismo similar en Colombia, habiéndose establecido un Centro de Memoria Histórica desde el 2001. Es importante señalar que, de las entidades mencionadas, sólo las experiencias peruana y guatemalteca desarrollan una perspectiva de género y de Derechos Humanos de las mujeres, aspectos que han sido recogidos en el caso colombiano.

Tal como señala ONU Mujeres, los mandatos de las comisiones de la verdad han prestado poca atención a cuestiones de género, ya que se concentran comúnmente en violaciones de derechos políticos o civiles, tales como la muerte, la tortura y las desapariciones, “lo que puede excluir la experiencia de víctimas secundarias, incluyendo las mujeres que forman parte de sus familias”⁵³, razón por la cual en algunos casos, las mujeres han organizado sus propios tribunales de memoria.

Por ello, es importante trabajar con un enfoque de género en una comisión de la verdad ya que de esta manera, además de reconocer que las mujeres no han sido visibles en los procesos transicionales como efecto de la discriminación e inequidad que las rodea y, a partir de esta realidad, se puede diseñar las estrategias para denunciar de manera clara lo que les sucedió en los hechos investigados, establecer los mecanismos para su acceso a la justicia y diseñar programas de reparación apropiados.

Efectivamente, el análisis de género esclarece el estudio de las causas de las violaciones de Derechos Humanos. En los contextos de conflictos armados, por ejemplo, las mujeres son atacadas no sólo como víctimas, sino por su condición de esposas o familiares

de los actores del conflicto. En cuanto a las consecuencias de los conflictos, un ejemplo evidente que resulta esclarecido por la perspectiva de género es la maternidad, consecuencia de la violación sexual. Si bien hombres y mujeres pueden ser violados sexualmente, sólo las mujeres resultan embarazadas. Por ello, todas estas situaciones tienen que ser recogidas al momento de diseñar los informes de las comisiones de la verdad.

Las cifras, en este punto, son importantes. Así, por ejemplo, según ONU Mujeres, en Ruanda, se calcula que entre 250,000 y 500,000 mujeres fueron violadas en menos de 100 días como parte del genocidio de 1994, en que 800,000 personas fueron asesinadas. En Bosnia y Herzegovina, entre 20,000 y 60,000 mujeres, la mayoría de ellas musulmanas, fueron sometidas a violencia sexual en “campamentos de violación”. En la República Democrática del Congo, desde 1996 han sido documentados por lo menos 200,000 casos de violencia sexual, que involucró principalmente a mujeres y niñas⁵⁴.

La perspectiva de género es útil también en la elaboración del concepto de víctima, ya que deja de lado una aproximación neutral a esta noción y permite reconocer las particularidades de hombres y mujeres al ser afectados por las violaciones de Derechos Humanos.

Un claro ejemplo se encuentra en los testimonios recogidos en el proceso sudafricano, los cuales demuestran que el papel de madres de las mujeres era utilizado al hacerlas víctimas de tortura psicológica. Por ejemplo, el informe sudafricano cuenta cómo a las mujeres detenidas se les decía que sus hijos habían muerto y que si ellas no les brindaban información, no los enterrarían⁵⁵.

Adicionalmente, la perspectiva de género contribuye al análisis y consideración del impacto diferencial de las violaciones de Derechos Humanos en hombres y mujeres. Así, por ejemplo, en las desapariciones y

⁵³ VALJI, Nahla; SIGSWORTH, Romi y Anne Marie GOETZ . Op. cit. pp. 94-95.

⁵⁴ *Ibíd.* p. 83.

⁵⁵ GOLDBLATT, Beth y Sheila MEINTJES. “Gender and the Truth and Reconciliation Commission: A Submission to the Truth and Reconciliation Commission”. En: <http://www.doj.gov.za/trc/submit/gender.htm>.

mueres de los hombres existe un costo social y cultural importante para las mujeres, que al verse solas resultan discriminadas en sus comunidades y limitadas en la participación de las decisiones de la población. Lo propio sucede en cuanto al impacto económico de los hechos: Siendo que los varones sustentan a las familias desde el espacio público, en su ausencia las mujeres tienen que asumir ese papel. En muchos países, la legislación no permite a las mujeres el pleno ejercicio del derecho a la propiedad, por ejemplo, lo que termina por afectarlas de manera directa. Otro costo importante tiene que ver con la composición de las familias. En numerosos casos, los varones son encarcelados por muchos años, y ante eso las mujeres asumen la crianza de los hijos y el liderazgo de la familia. Cuando los varones salían de prisión, era imposible que retomaran un papel tradicional de control de la familia, que se había reestructurado en su ausencia, y esto generaba numerosos casos de violencia doméstica⁵⁶.

La perspectiva de género también contribuye a recoger nuevas perspectivas de los papeles desempeñados por hombres y mujeres en las situaciones de violencia. Así, por ejemplo, la posición de las mujeres combatientes perpetradoras de violaciones de Derechos Humanos es una imagen que no ha sido adecuadamente interpretada por las investigaciones de las comisiones de la verdad, y ha dejado de lado importante información.

El tema de “la memoria y su recuperación” –elemento fundamental en los procesos transicionales– también se ve favorecido por la incorporación de una perspectiva de género. Un ejemplo se encuentra en el trabajo del Grupo de Memoria Histórica de Colombia, creado con el objetivo de elaborar y divulgar una narrativa sobre el conflicto armado colombiano, que identifique “las razones para el surgimiento y la evolución de los grupos armados ilegales” (Ley 975 de 2005), así como las distintas verdades y memorias de la violencia, con un enfoque

diferenciado y una opción preferencial por las voces de las víctimas que han sido suprimidas o silenciadas”⁵⁷.

En el 2010, el Grupo publicó un Informe sobre la masacre de Bahía Portete en la Alta Guajira, ocurrida en el 2004, a cargo de los grupos paramilitares. Una visión clásica del tema se hubiera limitado al análisis del contexto y de los hechos; sin embargo, el enfoque de género que el grupo incorporó permitió conocer las razones de la masacre y la afectación diferenciada que sufrieron las víctimas. Efectivamente, en este Informe se da cuenta de la importancia que tenía el puerto en los circuitos económicos y sociales que comprenden la zona de Nazareth, Uribia y Maicao y, en general, el norte del departamento de la Guajira, en los años noventa. A raíz del asesinato de un joven de la comunidad, las mujeres de la zona cerraron el puerto en 1995, el cual no se reabrió sino hasta 1999. Es ese liderazgo de las mujeres el que las hace víctimas de amenazas y ataques, frente a “las nuevas estructuras armadas ilegales que pretendían convertirse rápidamente en el actor dominante en la zona”, todo lo cual llevará a la masacre de las mujeres Wayuu⁵⁸. Como se ve, el análisis con perspectiva de género permite enriquecer el análisis del contexto y dar las razones reales de lo sucedido, todo lo cual debe considerarse en los procesos de reparaciones inherentes a la justicia transicional.

No obstante lo anterior, y que casos como el sudafricano, el guatemalteco y el peruano son ejemplos de avances en la incorporación de la perspectiva de género, las nuevas comisiones de la verdad aún no incorporan todos los elementos del análisis diferenciado. Un ejemplo se encuentra desde el análisis de la composición de las mismas, ya que –según un Informe de ONU Mujeres⁵⁹– entre el 2000 y el 2010 se crearon veinte comisiones de la verdad, en ninguna de las cuales se llegó a la paridad en la composición de los comisionados y comisionadas. Los casos más cercanos son

⁵⁶ REHN, Elizabeth y Ellen Johnson SIRLEAF. “Women, War and Peace: The Independent Experts’ Assessment on the Impact of Armed Conflict on Women and Women’s Role in Peace-building”. Nueva York: Unifem. 2002.

⁵⁷ Para más información, revisar: <http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/index.php/somos-gmh/grupo-de-memoria-historica>.

⁵⁸ GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. “Masacre de Bahía Portete. Mujeres Wayuu en la mira”. En: <http://es.scribd.com/doc/37882867/La-Masacre-de-Bahia-Portete>. pp. 145-149.

⁵⁹ VALJI, Nahla; SIGSWORTH, Romi y Anne Marie GOETZ. Op. cit.

los de Sierra Leona –tres mujeres de siete comisionados: 43%-; Liberia –cuatro mujeres de nueve comisionados: 44%- y Kenia –cuatro mujeres de nueve comisionados: 44%.

Muchas veces se argumenta que la composición numérica no garantiza o descarta *per se* una visión de género. Sin embargo, el procurar una equidad de género desde la composición de las instituciones y, asimismo, el no tener mujeres en los puestos de decisión resulta contradictorio, ya que implica asumir que las necesidades de hombres y mujeres son las mismas, al punto de que no es necesario que las mujeres asuman la dirección de las oficinas o unidades de investigación, porque los hombres tendrán presentes sus perspectivas y necesidades, lo cual es por demás falso.

En lo que tiene que ver con el “derecho a la justicia”–que es otro fundamento de la justicia transicional–, tanto en Argentina cuanto en Chile se ha dado un gran desarrollo en cuanto a judicialización de las violaciones a los Derechos Humanos durante las dictaduras que gobernaron ambos países. Es más, tradicionalmente el caso argentino es citado como un ejemplo exitoso de judicialización de estos casos. Sin embargo, en el cono sur el avance en los procesos judiciales de los casos de violencia sexual contra las mujeres durante las dictaduras, es aún muy lento. Es así que, en abril de 2010, el tribunal de Santa Fe en Argentina emitió el primer fallo en el país que estableció la violación como delito de lesa humanidad y por ende imprescriptible. Es importante resaltar que en este caso la querellante había guardado el secreto de la violencia sexual durante treinta y dos años⁶⁰, lo cual lleva a pensar que debe haber casos similares que aún no han sido denunciados y menos procesados. En el caso de Colombia, las cifras tampoco son alentadoras: En el informe interno sobre Colombia de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional de noviembre 2012, se dice que hasta marzo del 2012, sólo setenta y nueve casos de violencia sexual habían sido confesados bajo los procedimientos de Justicia y Paz, sobre un total de 26,026 confesiones de ex paramilitares⁶¹.

En este contexto, surge un tema importante y es el rol de las mujeres como víctimas y testigos en los procesos judiciales en cortes nacionales o internacionales. Si en general las mujeres enfrentan obstáculos específicos para el acceso a la justicia, en el caso de la violencia sexual, estos obstáculos se intensifican, ya que las mujeres deben enfrentar al agresor en el proceso, temen el estigma que recae sobre ellas por la violación sexual, la falta de apoyo psicosocial durante el juicio, la falta de medidas de protección y seguridad, entre otros. Por ello, una perspectiva de género implica identificar los obstáculos de las mujeres para acceder a la justicia, tales como la falta de reconocimiento de que lo sucedido es una violación de Derechos Humanos; la falta de información sobre la vía apropiada para efectuar las denuncias del caso; la falta de capacitación y formación en género de funcionarios y funcionarias, lo cual se traduce en desinterés al momento de atender a las víctimas; la dificultad para encontrar pruebas que sirvan en el proceso, sobre todo para el caso de la violencia sexual; entre otros aspectos⁶².

En cuanto al “derecho a la reparación”, en la actualidad son muy pocos los programas de reparaciones que han tomado en cuenta de manera adecuada las necesidades de las mujeres. Incorporar una perspectiva de género en una política de reparaciones pasa por dejar de lado algunas nociones generalizadas y erróneas con relación a las violaciones de derechos humanos de las mujeres. Por un lado, la idea de que los crímenes contra las mujeres no son tan importantes como otras violaciones de Derechos Humanos y no requieren el mismo nivel de atención, lo cual implica que las mujeres resulten individualizadas como titulares de derechos y, por lo tanto, como víctimas. Asimismo, las dudas y prejuicios con relación a los testimonios de las mujeres, los cuales hacen cuestionables sus demandas de reparación, deben dejarse de lado.

Por ello, aplicar una perspectiva de género al concepto de reparaciones implica una etapa previa, esto es, que el análisis de género sea aplicado también a otros conceptos que

⁶⁰ Ver: <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-207945-2012-11-16.html>. Visitado en diciembre 2012.

⁶¹ Fuente que usa el Informe: Fiscalía de la Nación, Gestión Unidad Nacional de Fiscalías para la Justicia y Paz.

⁶² LA ROTA, Miguel. “Acceso a la justicia de las mujeres”. En: www.dejusticia.org.

resultan el fundamento del establecimiento de las reparaciones como la definición de víctimas, la noción del daño, las medidas específicas de reparaciones, entre otros. Adicionalmente, se debe entender que la exclusión de género preexiste a las violaciones de Derechos Humanos –tal como suele suceder con otro tipo de exclusiones– y se agrava durante y después de las violaciones de Derechos Humanos. De allí la necesidad de que los programas de reparación incorporen una perspectiva de género, que sirva para modificar las situaciones de gran desigualdad de género previamente existentes.

La exclusión en que tradicionalmente viven las mujeres las ha ubicado en circunstancias en las cuales no han tenido el goce efectivo de sus derechos. En este punto, está comprobado que el analfabetismo es mayor entre las mujeres; que la mortalidad materna es una de las principales causas de muerte en nuestros países; que los sueldos de las mujeres son mucho menores que los de los varones en las mismas circunstancias y con las mismas capacidades. El ejercicio de los derechos a la identidad y al nombre, así como el de la propiedad son otros ejemplos de la exclusión de las mujeres.

Debe entenderse, entonces, que es necesario pensar la reparación de manera diferente, incidiendo en los factores que favorecieron las violaciones en primer lugar, ya que restablecer las condiciones que existían anteriormente equivaldría a restaurar una situación discriminatoria, avalando y perpetuando prácticas que las privaría de sus derechos humanos fundamentales. No se trata que la reparación

incluya nuevos derechos necesariamente, sino que permita el ejercicio pleno de los derechos ya existentes y a los que las víctimas no han tenido acceso. De allí la importancia del “enfoque transformador” de las reparaciones que implica entender que no necesariamente se trata de restituir a la mujer a la situación anterior, sino de transformar su situación hacia el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto, el análisis de género y su aplicación al Derecho puede considerarse una tarea en desarrollo y que se fundamenta en la necesidad del ejercicio de los derechos sin discriminación alguna.

Esta perspectiva puede y debe ser aplicada a los diferentes conceptos y ámbitos del Derecho, incluso –y quizás especialmente– a aquellos que se fundamentan en la lucha por los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, el análisis de género permite revisar los conceptos tradicionales, erradicar los estereotipos y abarcar nuevos campos como la Justicia Transicional.

Es esta una tarea enorme que debe asumirse desde las mismas Facultades de Derecho, donde se debe abandonar visiones tradicionales y apostar por enfoques innovadores y de transformación, tales como la perspectiva de género, de modo que el ejercicio del Derecho como herramienta de cambio pueda volverse una realidad.

EL MOVIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: ¿AÚN PARTE DEL PROBLEMA?*

David Kennedy**

En los tiempos actuales, el paradigma del Estado constitucional nos impone la aceptación de una serie de derechos humanos fundamentales como aquellos que deben guiar al Estado y al Derecho. Su consagración por el ordenamiento internacional en distintos tratados y resoluciones de la Organización de Naciones Unidas permite exigir su cumplimiento a aquellos gobiernos que no los respeten, siendo esto motivo, incluso, de conflictos internacionales.

En el presente artículo, el autor hace un análisis crítico del actual movimiento de los Derechos Humanos. Afirma que este adolece de dos problemas principales: La tendencia a considerar estos derechos como algo absoluto y el exceso de pragmatismo con que pueden ser aplicados. Los profesionales dedicados a la defensa de los Derechos Humanos son conscientes de estos problemas; sin embargo, son cínicos y no asumen las responsabilidades de sus actos. El autor concluye el texto previendo el fin del paradigma de los derechos fundamentales, ahogado en sus contradicciones, y el advenimiento de una nueva maquinaria política a escala global.

* El presente artículo tiene como título original "The International human rights regime: Still part of the problem?". Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por Luis Fernando Roca Lizarzaburu, miembro de la Comisión de Contenido de THÉMIS, y supervisada por Alonso Gurmendi Dunkelberg, abogado especialista en Derecho Internacional.

** Abogado. Doctor de filosofía en Relaciones Internacionales por Fletcher School of Law and Diplomacy. Profesor de Derecho en la Universidad de Harvard. Director del Institute for Global Law and Policy.

Quisiera empezar este artículo expresando mi gratitud a los editores de este libro¹ y, además, a la Universidad de Newcastle, por organizar el coloquio a partir del cual fue desarrollada esta obra. Me sentí tremendamente honrado al saber que varios colegas míos consideran que el ensayo corto que escribí acerca del movimiento internacional de los Derechos Humanos, el cual fue publicado hace más de una década, todavía es digno de ser discutido¹. Debo empezar este artículo resaltando el hecho de que hoy, más de sesenta años después de la adopción de Declaración Universal de Derechos Humanos, hay muchas cosas que celebrar. Los Derechos Humanos no son más una idea. A lo largo de los últimos cincuenta años, hemos acumulado una gran cantidad de normas legales y declaraciones al respecto. Una compleja práctica institucional ha crecido a la par de la gran cantidad de pronunciamientos que promueven, defienden, interpretan, elaboran, implementan, refuerzan o, simplemente, honran dichos derechos. Nadie cuestiona que el movimiento por los Derechos Humanos ha hecho mucho bien, liberando a los individuos de graves amenazas y elevando los estándares a partir de los cuales son juzgados los gobiernos. Ha arrojado luz sobre las catastróficas condiciones de las prisiones alrededor del mundo. La defensa de los Derechos Humanos es hoy, por fin, no sólo un movimiento sino una práctica profesional.

Es difícil establecer a partir de cuándo, pero no hace mucho que los Derechos Humanos se volvieron una forma de gobernar. Institucionalmente hablando, hoy sería más exacto referirse a la defensa internacional de los Derechos Humanos más como un régimen que como un “movimiento” o “idea”. Los gobiernos, hoy, cuentan con departamentos dedicados a los Derechos Humanos, Defensores del Pueblo, relatores especiales y divisiones investigadoras que garantizan su respeto. Si eres un diplomático, puedes escoger Derechos Humanos como una

especialidad. Si eres un estudiante de Derecho, puedes aspirar a tener un empleo en el campo de los Derechos Humanos. Hoy existen redes de Derechos Humanos, tribunales de Derechos Humanos, organizaciones no gubernamentales, iniciativas ciudadanas, departamentos del gobierno, instituciones internacionales, fundaciones privadas, personal militar, periodistas especializados, autores y medios; todos, de alguna manera, “haciendo” Derechos Humanos. Los diplomáticos se denuncian entre ellos, los ciudadanos escriben cartas y envían cheques, y un cuadro de profesionales viaja por el mundo denunciando gobiernos y promoviendo el respeto a los Derechos Humanos.

Las voces que defienden los Derechos Humanos son cada vez más poderosas en el escenario internacional —planteando muchas veces los términos en los que se ejerce el poder mundial y en los que se planean y pelean las guerras. Los Derechos Humanos han puesto a un lado a la economía en las agencias de desarrollo, las cuales, hoy, gastan los miles de millones que antes gastaban en represas y carreteras en reforma judicial, capacitación de jueces y fortalecimiento del “Estado de Derecho”. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados diseña y maneja políticas de asilo e inmigración en conjunto con gobiernos alrededor del mundo. Y, por supuesto, los Derechos Humanos se han vuelto una especialidad académica —en las facultades de Derecho, pero también en las escuelas de sociología, psicología, filosofía, ciencia política, salud pública y otras. Algunos estudiosos van más allá, afirmando que vivimos la **era de los Derechos Humanos**. Desde este punto de vista, los Derechos Humanos se han convertido en algo más que un régimen institucional —hoy, son una ideología universal, un estándar internacional de legitimidad para cualquier gobierno, una especie de concepto común de lo que es la justicia para la sociedad civil global. Un interés de este tipo por parte de la élite

¹ Nota del Traductor: El presente artículo (en su versión e idioma originales) integra la obra de DICKINSON, Rob; KATSELLI, Elena; MURRAY, Colin y Ole PEDERSEN (Editores). “Examining Critical Perspectives on Human Rights”. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. pp. 19-34. Es, además, una segunda edición del artículo “The International Human Rights Movement: Part of the problem?”, traducido y republicado en THÉMIS-Revista de Derecho 48, con el título “El Movimiento Internacional de los Derechos Humanos: ¿Parte del Problema?”

¹ KENNEDY, David. “The international human rights movement: Part of the problem?”. En: European Human Rights Law Review 3. 2001. pp. 245-267. También en: Harvard Human Rights Journal 14. 2002. pp. 101-126. También en: THÉMIS-Revista de Derecho 48. 2004. pp. 149-165.

mundial ha sido, desde hace tiempo, uno de los sueños más fervorosos del movimiento. A este respecto estoy menos seguro, a pesar de ser cierto que, hoy, todo tipo de maniobras y estrategias políticas son perseguidas basándose en la retórica de los Derechos Humanos, y que hoy, el conocimiento de la existencia de violaciones a los Derechos Humanos sí parece evocar –o deslegitimar– a la acción política.

No hay duda de que todo esto constituye un verdadero logro. Sin embargo, al mismo tiempo, las conversaciones en Newcastle, de las cuales surgió este artículo, tuvieron lugar en un momento de castigo para la profesión de los Derechos Humanos. Hoy, tanto principiantes como veteranos son mucho más comprensivos y pragmáticos de lo que cualquiera de nosotros era en los tiempos en que me inicié en este campo, hace treinta años. Existen muchas cosas desagradables respecto de las cuales uno no puede hacer nada. Cosas desagradables que tiene que hacer **uno mismo** en el negocio de los Derechos Humanos.

Es interesante cuán seguido rastreamos el origen de los Derechos Humanos hasta una declaración y localizamos el origen del movimiento en un grupo de textos adoptados después de la Segunda Guerra Mundial. Los Derechos Humanos no son un texto. Como una forma de gobierno, una profesión, un movimiento o una ideología universal, los Derechos Humanos fueron concebidos recién mucho tiempo después, a fines de los setentas e inicios de los ochentas, *ad portas* del advenimiento de la generación de Thatcher, Reagan y la política del “neoliberalismo”. Me parece que enseñé por primera vez un curso de Derechos Humanos en Harvard en 1982 e hice mi primera excursión de Derechos Humanos el año siguiente, cuando visité una cárcel en Israel. Un año después estuve en Latinoamérica, visitando prisiones de nuevo. Para 1984, ya estaba en Ginebra, trabajando para las Naciones Unidas. Durante el auge de los Derechos Humanos, todo parecía más simple –transformábamos los textos en hechos, las aspiraciones en instituciones. El lenguaje de los Derechos Humanos estaba en todos lados, mientras que los límites de lo que podía lograrse eran apenas visibles.

¿Quiénes fueron los primeros profesionales de los Derechos Humanos? Algunos habían

sido liberales de los sesentas, quienes llevaron su compromiso con las libertades civiles al escenario global. Otros, como yo, eran niños de los setentas, para quienes Jimmy Carter hizo de los Derechos Humanos una idea común que les permitió trasponer lo que recordaban del idealismo de los sesentas a los asuntos internacionales. Yo sé que mis colegas académicos creían que estábamos redimiendo las mayores promesas de la diplomacia de Carter, transformando a la Guerra Fría de una guerra por *proxys* a una afirmación directa de la democracia y de los derechos ciudadanos. Los disidentes rusos y sus partidarios occidentales eran grandes jugadores.

Durante los siguientes diez años, pareció que la democracia estaba expandiéndose y que nosotros éramos espectadores de primera fila de esta expansión. Recuerdo haber presenciado un juicio en Praga, un gris y lluvioso martes de octubre de 1989, en un pequeño y maltrecho juzgado en las afueras de la ciudad, sólo para volver el mayo siguiente, en plena primavera, para un encuentro de alumnos europeos de la Facultad de Derecho de Harvard en un nuevo y elegante hotel. Pregunté dónde podía encontrar al acusado cuyo juicio presencié –un miembro del grupo de pacifistas de John Lennon– y me dirigieron al “Castillo”. Al parecer, tras la Revolución del Terciopelo, el acusado había empezado a trabajar en la oficina de Václav Havel, en la cual estaba demasiado ocupado como para atender visitas. Era muy emocionante. Luego de 1989, los Derechos Humanos y los programas humanitarios se vieron beneficiados por una gran explosión de energía y autoconfianza. En una reciente visita, me sorprendió encontrar que Human Rights Watch ocupa hoy varios pisos del edificio Empire State en Nueva York, realizando sus actividades a una gran altura.

Al mismo tiempo, desde inicios de los ochentas, todos hemos aprendido acerca de los problemas relacionados con los dilemas, lados oscuros y decepciones que han traído los Derechos Humanos como herramienta para el gobierno global. Un sorprendente número de soldados han perdido sus trabajos y escrito sus historias, historias de una fe confundida, perdida entre los caprichos políticos y coyunturales, y entre todos los dobleces de las buenas intenciones llevadas a lugares lejanos. Los Derechos Humanos, hoy, son más

poderosos, y menos inocentes, urgentes e irresistibles. Es difícil explicar por qué o cómo este “castigo” se ha hecho realidad. Tal vez el movimiento trató de asumir más temas de los que podía manejar.

La verdad, hubo muchas decepciones. Tantas intervenciones que no resultaron como nosotros hubiésemos querido. Aprendimos que los derechos también pueden legitimar un régimen, incluso uno que creemos que viola derechos, si tan sólo aislando la violación de un modo tal que normaliza el resto de las actividades del régimen. Conforme un lenguaje absoluto de la justicia y la aspiración moral empezó a ser usado de forma estratégica, los Derechos Humanos se volvieron menos convincentes, fáciles de interpretar como nada más que mera estrategia, cobertura para fines políticos, intereses particulares disfrazados bajo el lenguaje de lo universal.

El que los abogados y profesionales de los Derechos Humanos no seamos tan ingenuos como lo fuimos alguna vez es por sí mismo algo que debe celebrarse. Los profesionales de los Derechos Humanos actuales son los primeros en conocer y admitir los límites de su lenguaje, sus prácticas institucionales y sus rutinas de gobernabilidad. Saben que hay lados más oscuros, sopesan y balancean las cosas, y piensan de forma maliciosa y práctica.

Esto, me parece, es la auténtica promesa de libros como éste. Las investigaciones académicas serias son, también, investigaciones críticas, que muestran qué ha salido mal a la vez que los logros obtenidos. El movimiento de los Derechos Humanos está a esta altura —de hecho, necesita más de este tipo de investigaciones serias e interdisciplinarias.

Por supuesto, la profesión también ha desarrollado prácticas rutinarias para dispersar la náusea y detener la confusión que acompaña al activismo por los Derechos Humanos. Son cuidadosos al separar su piedad pública de su cinismo privado, su pragmatismo en el campo y su seriedad en las sedes, la retórica de las relaciones públicas y la realidad de reclutar todas esas víctimas y recopilar todos esos testimonios, buscando que su combinación no dañe su esfuerzo ni desanime a los donantes. Deberíamos

sacar estos mecanismos a la luz, pues éstos permiten que el lado oscuro de los Derechos Humanos sea tan negado como lo es admitido. En el campo, es negado en nombre del pragmatismo, mientras que en las sedes lo es en nombre de un compromiso ético.

Yo atribuyo la experiencia del castigo y el desencanto a la creciente realización de dos peligros relacionados del trabajo en Derechos Humanos. Primero, la tendencia del idealismo por los Derechos Humanos a virar hacia la idolatría, afectando a las herramientas, normas y profesionales de los Derechos Humanos a la vez que se mantiene marginal al poder, parado a un costado “diciendo la verdad”. Para esto, el remedio tradicional es el pragmatismo. La práctica activista de los Derechos Humanos debería volverse más pragmática.

Segundo, las trampas del pragmatismo, de la participación en el gobierno, con todas las herramientas del análisis político, razón instrumental y evaluación comprensiva de los costos y beneficios resultantes de las iniciativas de Derechos Humanos que ello implica. Para esto, el remedio tradicional es un retorno a la ética —y a los peligros de la idolatría.

Desafortunadamente, no hay ninguna receta ni hoja de ruta institucional que permita evadir estas dificultades. Mi preocupación es que, juntos, estos dos peligros enfríen el anhelo por tomar decisiones políticas, promoviendo las astutas rutinas de la defensa profesional de causas públicas por encima del ejercicio de la discreción y la experiencia responsables. Lo que sí creo que podemos esperar es una vigilancia, disciplina y renovación, tanto profesional cuanto política y moral. Una postura para el profesional humanitario que no está ética ni instrumentalmente seguro de sí mismo; más bien, está preparado para asumir responsabilidad por el daño que sus iniciativas puedan causar.

Estas dificultades gemelas —la idolatría y el pragmatismo— no son exclusivas de los Derechos Humanos. Son comunes a muchos proyectos de humanismo internacional o de gobierno humanitario. Para evaluar —o celebrar— el gobierno humanista, se requiere enfocarse en el humanismo como un proyecto político: Compromisos ampliamente compartidos y que se han

venido transformando, durante los últimos treinta o cuarenta años, en regímenes legales concretos e iniciativas políticas. Bajo esta luz, debemos empezar a dejar de ver al humanismo **en contra** del poder, hablando con el poder, aconsejando al poder, restringiendo al poder; debemos ver al humanismo como **el poder**. No verlo como el simple acompañante de la fuerza, sino como motivo y método de fuerza, como una **experiencia** profesional. La experiencia de gobernar –o quizás, siendo, más modestos, la experiencia de no gobernar, de aconsejar al gobierno– en el nombre de un atractivo grupo de compromisos éticos.

Como cualquier otra imagen de sí mismo, atractiva y profesional, la experiencia de gobernar el mundo en nombre de una serie de compromisos loables debe estar sustentada. Y, sin embargo, las tensiones existentes entre estos compromisos humanistas –hacer frente al mundo, pero en nombre de una tolerancia cosmopolita; reformar el mundo, a la vez que se renuncia a las herramientas de la política del poder; gobernar al mundo, pero vivir en una comunidad internacional de un modesto consenso– se han incorporado a las herramientas legales e institucionales que hemos construido para darles expresión. Estas tensiones nos han dejado ambivalentes hacia nuestra propia capacidad de gobernar. Y un gobierno puesto en duda es, usualmente, un gobierno negado. Sustentamos la experiencia del humanismo negándonos a nosotros mismos la facultad de gobernar. Preferimos pensar en nosotros mismos parados al costado, diciéndole la **verdad** al poder –u ocultos en el aparato político, aconsejando a otras personas (príncipes) para que humanicen **su** trabajo. Yo sospecho que las dificultades que encontramos con el idealismo y el pragmatismo humanista nacen de la renuencia a reconocer hasta qué punto los profesionales de los Derechos Humanos se han vuelto gobernantes. Los gobernantes humanistas son humanistas castigados y desencantados. Les inquieta haberse convertido en participantes del gobierno global, ya no simples críticos u observadores. En mi opinión, para que puedan convertirse en gobernantes seguros de sí mismos, responsables y competentes, los profesionales humanitarios deben, primero, aprender a asumir las responsabilidades, los costos y beneficios de su trabajo.

I. EL IDEALISMO Y LOS PROBLEMAS DE LA IDOLATRÍA

Los peligros de un gobierno idólatra son bien conocidos. Está bien que nos preocupemos cuando el idealismo tome el control. El idealismo se vuelve idolatría cuando gobierna en nombre de una virtud inequívoca, cuando sobreestima la singularidad de su visión y se rehúsa a revelar los costos de su gobierno, donde puedan ser evaluados a fin de que puedan ser o refutados o tomados en cuenta. Los profesionales de los Derechos Humanos son conscientes de cómo esto puede pasar –cómo pueden dejarse llevar por la promesa de los Derechos Humanos y perder de vista otras virtudes o puntos de vista.

No es nuevo para nadie notar la forma tan **estrecha** en que la tradición de los Derechos Humanos ve el proceso de emancipación humana –se concentra en lo que los gobiernos hacen con los individuos, en temas de participación política más que en temas económicos o distributivos, en temas legales más que en temas sociales o religiosos. Los problemas que son difíciles de formular en términos de reclamos por derechos individuales –problemas colectivos o económicos, de pobreza o salubridad– son fáciles de pasar por alto. Más bien, emancipar a las personas como **portadores de derechos** pone énfasis en sus reclamos individuales, en su relación personal con el Estado. Esto puede promover una política de “saltarse la fila” entre los desventajados, propagando actitudes de victimización y derechos, a la vez que se hace más difícil el desarrollo de alianzas mutuas y soluciones que impliquen compromiso y compartir.

Como activistas de los Derechos Humanos, sabemos que nuestra profesión puede inducir deformaciones éticas de varios tipos. Conforme aprendemos que podemos rosar con lo bárbaro y volver ilesos, descubrimos que puede haber algo *voyeurista* en nuestro punto de vista. Muchas veces nos sentimos afectados por el sufrimiento de otros sin abandonar, al mismo tiempo, nuestro compromiso con el sistema que produce ese sufrimiento. Sí nos preocupa que la defensa de los Derechos Humanos muchas veces legitime y excuse ciertas acciones del gobierno –poniendo estándares debajo de los cuales las maldades parecen legítimas. Sabemos que es fácil firmar un tratado y

luego hacer lo que quieras. Pero, incluso el cumplimiento puede hacer más mal que bien. Una prohibición bien implementada sobre la pena de muerte, por ejemplo, puede dejar las condiciones generales de encarcelación en el aire, puede hacer que la cadena perpetua sin posibilidad de revisión sea más legítima, más difícil de enfrentar. El discurso de los Derechos Humanos habla acerca de la tortura, el encarcelamiento y la violencia de una forma particular y ambigua. Y nos preocupa cuando pensamos de esa manera nosotros mismos: De un lado, la denuncia –en algún lugar un derecho humano ha sido violado–; pero, de otro, un balance –este derecho contra el otro, estas víctimas contra esas otras. Nosotros balanceamos el derecho a la libertad de tránsito con el derecho a la libre expresión y la libertad religiosa. Balanceamos la seguridad contra la libertad. Y así, de algún modo, el aura de absolutismo ético que acompañaba nuestra denuncia se adhiere a cualquier balance acomodativo que hagamos de la misma forma que los portadores de derechos cuyos reclamos balanceamos llegan a parecer equivalentes, conmutables, igual de legítimos. Sacado de contexto, convertido en derechos a ser balanceados, el ocupado y el ocupante, el salvador y el pecador, pueden parecer extrañamente similares.

He quedado sorprendido repetidas veces por la forma en que a los abogados de Derechos Humanos les cuesta aceptar que también hay Derecho del otro lado. Cuando invocamos Derechos Humanos en contra del poder estatal, estamos tocando no sólo la puerta del poder político, sino de la soberanía estatal y del Derecho constitucional. A pesar de eso, seguimos viendo al trato inhumano como una “violación”, una barbaridad, una desviación; como lo excepcional, lo anticonstitucional, la desviación). Guantánamo como un agujero negro dentro del Derecho –no como uno de los lugares más intensamente regulados del planeta.

Los Derechos Humanos se reducen al enfoque que uno mismo les dé, a apuntar la luz hacia una u otra dirección. Con el enfoque viene el común problema de “la punta del iceberg”. Concentrarse en los problemas reales de los refugiados puede hacer más difícil el oponerse al cierre de fronteras a la migración económica. De hecho, la definición legal de “refugiado” ha hecho tanto a favor de la exclusión de personas en grave necesidad de

protección como a favor de la legitimidad del involucramiento de la ONU. Después de todo, la humillación sexual, inclusive la tortura y asesinato de prisioneros, no son lo más chocante que la coalición ha hecho en Irak. Nuestro espanto ante las fotos de “abusos a los Derechos Humanos” es una forma en que podemos no pensar en otros daños, muertes y mutilaciones que la guerra también ha traído.

Al definir a la justicia como una relación con el Estado, más que como una condición de la sociedad, los Derechos Humanos pueden hacernos ignorar ciertas normas de fondo y condiciones económicas que muchas veces generan mucho más daño. Tal vez lo más perturbador sea que el movimiento internacional de los Derechos Humanos muchas veces actúa como si supiera qué es la justicia, siempre y para todos –todo lo que tienes que hacer es aceptar, adoptar e implementar estos derechos. Pero la justicia no funciona así. Debe ser construida por las personas en cada oportunidad, se debe luchar por ella, imaginársela en nuevas formas. Los textos más venerados de Derechos Humanos son vagos y muy abiertos a la interpretación. Como resultado de esto, es poco probable que cualquier intento de articular un consenso normativo global pueda escapar de ser percibido como parcial, subjetivo y selectivo por aquellos que no están de acuerdo –y las personas no estarán de acuerdo. Esos son los problemas que trae hablar universalmente en un mundo plural.

De hecho, la crisis de confianza que ha atacado a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en los últimos años no se debe sólo a los terribles indicadores de respeto a estos derechos mostrados por los países miembros de la misma comisión. También reflejó los límites de confiar la articulación y desarrollo de los Derechos Humanos a **gobiernos**, en primer lugar. Que los gobiernos quieran juzgarse entre sí, atacar a sus enemigos y halagar a sus amigos haciendo uso de un vocabulario ético ampliamente aceptado no es algo nuevo. Lo que sorprende es que la comunidad de los Derechos Humanos se haya mostrado tan entusiasta de que éstos hayan asumido esta tarea. Los límites de una ética diplomática son parecidos a los límites de cualquier iglesia en una sociedad plural: Lo que no sería bueno para el gobierno, no es bueno para la iglesia.

Sabemos que nos debe preocupar que los Derechos Humanos (dados sus orígenes, sus portavoces y su preocupación) hayan sido tantas veces un vocabulario del centro contra la periferia, un vehículo para, más que un antídoto al Imperio. Hay, además, verdaderos peligros para el emprendimiento normativo universal. Expresar la convicción ética de la comunidad internacional puede llevar a pensar que sí existe una “comunidad internacional” dispuesta a respaldar los pronunciamientos que uno hace. Puede llevar a las personas a intervenir, multilateralmente o no, allí donde, al parecer, no existe suficiente voluntad para cumplir estos compromisos. Puede sugerir que aquellos que no están de acuerdo con esta élite –y no son pocos– están, de algún modo, fuera del círculo de la “civilización”. De hecho, el desafío ético para el próximo periodo será acabar con la arrogancia de una ética universal y poder comunicarse modestamente a través de las divisiones éticas, incrementando nuestro sentido hacia las plurales y heterogéneas posibilidades morales **dentro** de Occidente, el resto, el centro, la periferia.

Todas estas preocupaciones son bien conocidas. Pero son muy difíciles de tener en cuenta –balancearlas y ponderarlas con los verdaderos logros del trabajo en Derechos Humanos. Es muy fácil que gente bien-intencionada, auténticos humanitarios, se dejen llevar por los Derechos Humanos. Puede también ser muy fácil decir “al menos comencemos” –iluminemos la primera vela. Normalmente, una actitud como ésta, tomada por un gobierno, sería completamente irresponsable. Imagínense una propuesta de carretera. Antes de que el gobierno empiece a construir el primer kilómetro, uno espera que haya evaluado ya tanto los costos como los beneficios. Muchas veces he hablado con profesionales de los Derechos Humanos que están muy orgullosos de uno u otro de los verdaderos logros del movimiento, pero al preguntarles “¿qué costos estuvieron asociados con este éxito?” rara vez tienen una respuesta preparada –es como si la mejora de la situación de los Derechos Humanos no tuviera ningún costo.

Este tipo de pensamiento mágico debería hacer sonar la alarma. Debemos estar en guardia cuando alguien nos reclute para participar en un proyecto que solamente tenga aspectos positivos. Esto es lo que

significa que el ejercicio del poder caiga en la idolatría. El desafío más importante para el movimiento de los Derechos Humanos en los años que vienen va a ser poder comprender qué significa participar del gobierno, no solamente un crítico de él.

II. EL PRAGMATISMO Y LOS RIESGOS DE LA VIOLENCIA HUMANISTA

Hacer un recuento de los peligros que implica un gobierno idólatra implica, también, un llamado a los fríos cálculos de un gobierno más pragmático. Hay algo emocionante al momento de aprender el lenguaje práctico de la política cuando te consideras a ti mismo un humanitario –tal vez para dejar las panaceas de la defensa de los Derechos Humanos y cambiarlas por un compromiso más matizado con los problemas prácticos del gobierno, con la ponderación de daños y la evaluación de beneficios. A la par del entusiasmo por los Derechos Humanos como una retórica del gobierno global, ha surgido otra retórica igual de prometedora de la sabiduría convencional sobre cómo uno puede obligar al príncipe a lograr fines humanistas. La promesa de este humanismo más práctico está muy bien ilustrada en los derechos de la guerra y del uso de la fuerza modernos, los cuales (de una manera bastante interesante) han empezado a mezclarse con los Derechos Humanos como una forma común de juzgar la violencia en el campo de batalla. En este campo también ha habido un desarrollo rápido y entusiasta de normas, instituciones y rutinas profesionales –y aquí también ha habido un castigo.

Podemos decir que el derecho del uso de la fuerza moderno representa un triunfo para entender la maraña de costos y beneficios y para infiltrar el proceso de toma de decisiones de aquellos a quienes obligaría a tener fines humanitarios. La guerra moderna es una institución legal. Si antes fue un jugador menor en los conflictos armados, hoy el Derecho modela el contexto institucional, físico y logístico de la guerra –y lo hace en mayor medida en casos de ocupación. La Ley y los Derechos Humanos se han infiltrado en el ámbito militar y se han establecido –para todas las partes en incluso las más asimétricas confrontaciones– como un vocabulario ético y político que demarca el poder legítimo y la muerte justificable. De hecho, en tanto la Ley se fue volviendo un criterio cada vez más importante para determinar la

legitimidad de un gobierno, las categorías legales se fueron volviendo cada vez menos claras para permitir respuesta claras a las preguntas más importantes —o se volvieron lo suficientemente difusas como para soportar la experiencia de indignación auto-convencida de todas las partes de un conflicto.

El triunfo del pragmatismo humanitario abre una serie de oportunidades y peligros. Cuando las cosas van bien, el Derecho puede proveer de un marco de diálogo intercultural acerca de la justicia y la eficacia de la violencia en tiempo de guerra. Al mismo tiempo, el Derecho moderno es, en sí mismo, pragmático y sorprendentemente fluido. El Derecho Internacional no es ya un asunto de reglas claras y definiciones precisas. Hoy, son muy pocas las veces en que la Ley habla de forma clara y unívoca. En consecuencia, la relación entre guerra y Derecho suele dejar con la sensación de que sus causas son justas y sin que ninguna se sienta responsable por las muertes y el sufrimiento de las guerras. Un buen argumento legal puede hacer que la gente pierda su guía moral y su sentido de responsabilidad por la violencia de la guerra.

Justo cuando celebramos sesenta años de Derechos Humanos, podemos estar orgullosos de que la guerra moderna **es** una institución legal y no en poca medida porque se ha vuelto un área de especialización profesional. Hoy, el campo militar está conectado con la vida comercial de la nación, integrado con las mismas instituciones civiles y gubernamentales que en tiempos de paz, y cubierto por la misma prensa nacional e internacional. Los oficiales disciplinan a sus soldados y organizan sus operaciones mediante reglas. Los militares de hoy, que ya operan a la vez en docenas de jurisdicciones, deben también cumplir con innumerables reglas locales, nacionales e internacionales que regulan el uso de un territorio, la movilización de hombres, el financiamiento de armas y logística y el despliegue de fuerzas. Si quieres revisar información bancaria en Bélgica, o contratar operativos en Pakistán o llenar el tanque de gasolina de un avión en Kazajstán, debes conocer las leyes del lugar.

La Ley se vuelve más visible dentro de la vida militar cuando otorga privilegios a la matanza y destrucción de la batalla. Si tú matas **así**, y no de otra manera, **ahí**, y no en otro lugar, a **esa gente**, y no a esta otra,

entonces lo que haces está sujeto a privilegio. Si no, es un delito. Más aun, si —como nos enseñó Clausewitz— la guerra sigue siendo la continuación de la política por otros medios, podría decirse que la política que la guerra de hoy continúa ha sido a su vez legalizada. Los líderes políticos hoy actúan a la sombra de una élite nacional y global muy enterada, demandante, comprometida y enraizada institucionalmente. La Ley se ha vuelto el lenguaje común para esta élite dispersa, incluso a pesar de que permanentemente discuten acerca de qué dice la Ley y qué no. Esto es lo que lleva a los contendientes en el conflicto de Irak —y también en el caso de Guantánamo— a enmarcar sus posiciones en términos legales. Acusan a sus rivales de estar realizando acciones **ilegales**.

Para realmente entender en qué consiste el lado oscuro del pragmatismo humanitario, primero debemos conocer dos aspectos importantes del Derecho moderno: Su antiformalismo y su pluralismo. Doscientos años atrás, el Derecho Internacional se basaba en la ética —pensar, por ejemplo, en el Derecho de la guerra, implicaba mediar entre consideraciones de la razón “correcta” y la justicia natural. La profesionalización del Derecho —que coincidió con el establecimiento del Comité de la Cruz Roja Internacional— llevó a disociar el Derecho de la moral. Hace unos cien años, el Derecho ya había tomado la forma de preceptos formales, desligados de la moralidad y emitidos como resultado de una voluntad soberana. La Ley se ubicaba fuera de las instituciones que regulaba, ofreciendo un marco de definiciones exactas y límites formales. La guerra y la paz eran formalmente distintas; separadas por una “declaración de guerra” formal. Pero en materia de guerra y paz puede ser peligroso darles rienda suelta a los absolutos éticos —que parecieran estar desactualizados en relación a una práctica bélica en constante evolución. Lo que se necesitaba era algo más práctico —y menos formal.

Necesitábamos traducir nuestras preocupaciones éticas a un idioma bélico común y funcional —no mantenerlas como una serie de pronunciamientos idólatras. El Comité Internacional de la Cruz Roja estuvo nuevamente en primer plano, enor-gulleciéndose de sus pragmáticas relaciones con los militares profesionales. Primero, los abogados de la Cruz Roja trabajaron en conjunto con

los militares para codificar una serie de reglas con las cuales los militares pudieran trabajar –con las cuales quisiesen trabajar: Nada de balas expansivas, respeto por las ambulancias y el personal médico y cosas por el estilo. Por supuesto, depender de lo que los militares estuviesen dispuestos a aceptar limitó lo que podía conseguirse. Las reglas estrechamente delimitadas permiten mucho –y, a la vez, legitiman todo lo que permiten. El reconocimiento de estos costos promovió un retorno a los principios y estándares. Desde, al menos, 1945, un vocabulario de **principios** ha crecido en simultáneo con acuerdos militares sobre armamento bastante pragmáticos. Las reglas detalladas de La Haya o Ginebra se han transformado en estándares, ideas simples que pueden ser impresas en una tarjeta pequeña y enseñada a los soldados en el campo. “Los medios de la guerra no son ilimitados, cada uso de la fuerza debe ser necesario y proporcional” –estas palabras se han convertido en fundamentos éticos para una civilización universal moderna. Este giro hacia los principios ha permitido al Derecho de la Guerra infiltrar el vocabulario de la profesión militar, mezclándolo, lentamente, con los Derechos Humanos.

Como un marco para el debate y la opinión, este nuevo Derecho de la Guerra acepta la inevitabilidad de las compensaciones, del balance de daños, de asumir costos para alcanzar beneficios –una experiencia común para los estrategas militares y los humanitaristas. A la vez, la precisa distinción entre paz y guerra, la necesidad de una “declaración”, inclusive el *status* legal de “neutralidad”, han sido abandonados. La Carta de las Naciones Unidas reemplaza el término “guerra” por otros más vagos y matizados como “intervención”, “amenaza a la paz” o “uso de fuerza”, los cuales deberían detonar una u otra respuesta institucional. En el proceso, el moderno Derecho de los conflictos armados se convirtió en una confusa mezcla de principios y contra-principios, de reglas firmes y excepciones sueltas. Distinciones antes claras, hoy, se hacen difusas puestas bajo presión. Una vez que la “guerra” misma se vuelve “legítima defensa”, “hostilidad”, “uso de la fuerza”, “recurso a las armas”, “acción policial”, “imposición de la paz”, “generación de la paz”, “mantenimiento de la paz”; se hace más difícil mantener todo en claro.

En efecto, el Derecho, hoy, ofrece las herramientas retóricas y doctrinales para hacer y deshacer la distinción entre guerra y paz, permitiendo mover los límites de la guerra de forma estratégica. La pregunta clave, entonces, es: ¿Cuándo termina la guerra? La respuesta no está ni en la Ley ni en los hechos, sino en la estrategia. **Declarar** el fin de las hostilidades puede ser materia de evaluación militar o actuación política; tanto como anunciar que “aún queda un largo trecho por recorrer” o que “la insurgencia está por ser derrotada”. Deberíamos entender estos enunciados como **argumentos**: Como mensajes, pero también como armas. La Ley –la categorización legal– es una herramienta de comunicación y comunicar la guerra equivale a pelearla. Ésta es una guerra, ésta es una ocupación, ésta es una acción policial, ésta es una zona de seguridad. Éstos son insurgentes, éstos son criminales, estos combatientes ilegales y así en adelante. Todas estas exclamaciones se hacen frente a audiencias por un motivo. Cada vez más, definir el campo de batalla no es sólo un tema de despliegue de fuerzas, sino también de argumentación retórica y legal.

El Derecho provee un lenguaje para hacer que estos argumentos traten sobre un campo de batalla en donde todas estas cosas están mezcladas. En medio de esta confusión, insistimos en pensar que las cosas están claramente definidas. Para los militares, después de todo, definir el campo de batalla implica definir el privilegio de matar. Pero las agencias de ayuda quieren que las personas que cavan los pozos sean visto como humanitarias; no como combatientes post-conflicto –privilegiados para no ser matados. Definir cuál no es el campo de batalla abre un “campo” para la acción del Derecho Humanitario.

Cuando usamos la Ley estratégicamente, la cambiamos. Más aún, por extraño que parezca, hoy existe más de un Derecho de los conflictos armados. Distintas naciones –aun dentro de una misma coalición– tienen firmados tratados distintos. Los mismos estándares se ven distintos cuando tu probable enemigo es superior a ti tecnológicamente –o cuando vives en un campo de refugiados palestino en Gaza. Aunque podemos no estar de acuerdo con una u otra interpretación, debemos reconocer que el material legal es lo suficientemente elástico para dar cabida

a varias interpretaciones. Como abogado, aconsejar a los militares acerca del Derecho de la guerra significa hacer una predicción sobre cómo la gente con capacidad de influir en nuestro éxito puede interpretar la legitimidad de nuestros fundamentos.

Es fácil entender las virtudes de un vocabulario legal poderoso, que sea compartido por las élites de todo el mundo, para juzgar la violencia de la guerra. Es emocionante ver cómo la Ley y los Derechos Humanos se han vuelto una marca de legitimidad, considerando que la legitimidad se ha vuelto el fundamento del poder. Es difícil ver de qué manera esto permite a los militares utilizar al Derecho como arma, o entender el “lado oscuro” de la guerra a través de la Ley. Los militares estadounidenses han acuñado un término para esto: “Lawfare” –El Derecho como arma, como aliado táctico, como un activo estratégico, un instrumento de guerra. También podríamos pensar en “human-rights-fare”: los Derechos Humanos como un activo estratégico y un instrumento de guerra.

Va a tomar algo de tiempo para que la gente se acostumbre a esto. ¿Cómo deberíamos sentirnos cuando los militares “condicionen legalmente el campo de batalla”, informando al público que están facultados para matar civiles, o cuando nuestros líderes políticos justifiquen la guerra hablando en el lenguaje de los Derechos Humanos? Lo que nos cuesta entender es que una maquinaria bélica que use la Ley de forma más estratégica puede, de hecho, ser mucho más violenta, más poderosa y, bueno, más legítima. Necesitamos recordar qué queremos decir cuando decimos que el cumplimiento del Derecho Internacional “legitimiza”. Significa, por supuesto, que matar, mutilar, humillar y herir a las personas está legalmente privilegiado, autorizado, permitido y justificado. Y es justo aquí que empezamos a notar el “lado oscuro” del pragmatismo humanitario.

El moderno Derecho del uso de la fuerza ha legitimado gran parte de las prácticas de guerra actuales. De hecho, es difícil pensar en algún tipo de fuerza que no pueda ser legitimado siguiendo la Carta de las Naciones Unidas. No es común que un estadista inicie una guerra sólo para ser agresivo. Casi siempre hay algo más que decir –la provincia es en realidad nuestra, nuestros derechos han sido violados, nuestro enemigo no es, en

realidad, un Estado, fuimos llamados a ayudar, ellos estaban a punto de atacarnos, buscamos promover los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Algo. Un proceso paralelo ha erosionado el límite entre los objetivos civiles y los militares. No falta mucho para que esto empiece a parecerse a lo que los militares denominan “operaciones efectistas”. Y ¿por qué las operaciones militares no deberían ser juzgadas por sus efectos en lugar de serlo por su adhesión a una serie de reglas estrictas que bien podrían llevar a todo tipo de consecuencias indeseables e impredecibles? La evaluación pragmática de la violencia en tiempo de guerra puede llevar a conclusiones realmente desgarradoras.

Tomemos por ejemplo el caso de las bajas civiles. Por supuesto, en una guerra van a morir civiles. Limitar la muerte de civiles se ha vuelto un compromiso pragmático –no debe haber daño innecesario, ni un civil más del necesario. Lo único que se tiene que hacer es determinar qué es necesario. Fue pensando de esta manera que los objetivos militares, durante la reciente guerra de Irak, fueron revisados minuciosamente por los abogados. Y luego, esos mismos abogados, con una estrategia algo distinta, revisaron minuciosamente los objetivos en Afganistán, siempre repasando las “reglas de enfrentamiento” para reflejar el valor estratégico percibido de la vida de los civiles. No debería sorprendernos saber que, recientemente, Human Rights Watch buscó reforzar su capacidad para hacer pesar los derechos humanos en la práctica bélica estadounidense, contratando al mismo hombre que evaluó la proporción de ataques a objetivos civiles durante la guerra para el Pentágono. Human Rights Watch le pidió que haga lo mismo para ellos. El pragmatismo humanista se ha vuelto una pareja, tanto dentro cuanto fuera del gobierno.

Al mismo tiempo, la legitimidad de la violencia en tiempos de guerra se ha mezclado con la legitimidad de la guerra en sí misma. Es de este modo que la disciplina ha sido derribada en todo conflicto asimétrico, cuando ni reglas claras ni amplios estándares parecen adecuados para establecer la concepción ética de uno acerca de la responsabilidad o el empoderamiento. Soldados, civiles, comunicadores mediáticos, políticos; todos empiezan a soltarse de sus ataduras morales. Podemos ver, ciertamente, que sería difícil

para cualquier madre iraquí —o libanesa— sentir que era necesario o proporcional matar a su hijo. Quizás le gustaría saber por qué, si Estados Unidos es tan poderoso, era necesario matar a su marido.

Aquí podemos notar el peligro de transformar la antigua distinción entre combatientes y civiles en un principio general. El “principio de distinción”. Aquí hay algo oximorónico; o se trata de un principio o se trata de una distinción. En tanto el Derecho de la guerra se volvió materia de estándares, balances y cálculos pragmáticos, las decisiones difíciles y discrecionales fueron exportadas al ámbito político. Pero, cuando llegan allí, nos encontramos con que los políticos están tratando de cubrirse bajo las mismas fórmulas legales. Hay una falta de juicio, de liderazgo y de sentido de la responsabilidad.

No hay forma de evitar tomar decisiones acerca de a quién matar durante la guerra. La dificultad aparece cuando el Derecho Humanitario transforma las decisiones acerca de a quién matar en juicios. Cuando nos anima a pensar que la muerte resulta, no del ejercicio de la libertad humana —de la que un ente moral es responsable—, sino de la operación abstracta de principios profesionales, o del balance profesional de derechos humanos en competencia. Pretender que estas decisiones surgen de una evaluación pragmática de principios en competencia puede significar una pérdida en la experiencia de la responsabilidad —responsabilidad de mando, responsabilidad ética, responsabilidad política. De hecho, la mayor amenaza que podría resultar de la conjunción de Derecho y la guerra es la pérdida de la experiencia humana del riesgo moral al momento de encarar a la muerte, la mutilación y todos los demás horrores de la guerra.

III. ENTONCES ¿QUÉ SE PUEDE HACER?

Yo realmente espero que el impulso humanitario continúe movilizándolo a las personas para que éstas se vuelvan socias en gobierno. Mis esperanzas pasan por un humanitarismo más efectivo y responsable. Sin embargo tendremos que superar el doble peligro de la idolatría de las normas y el pragmatismo de los principios. En última instancia, un gobierno responsable debe ser practicado por cada humanitario profesional. Deberíamos

motivar a los futuros activistas de Derechos Humanos a aceptar el ejercicio del poder y desarrollar un apetito por el conflicto político, y a ejercitar responsablemente la libertad humana —en vez de la autoconfianza ética producto de la idolatría o las evasiones de la razón instrumental.

Nos enfrentamos a grandes desafíos. Pandemias, calentamiento global, inestabilidad financiera, desigualdad; es una larga lista. Me preocupa que la revolución de los Derechos Humanos pueda haber sido una distracción o un retraso: Un proyecto status quo de legitimación y una opción de carrera dentro del establishment para quienes, de otro modo, hubieran contribuido a una nueva política global. La crisis económica global es más que un desafío para tecnócratas y reguladores financieros. Nos fuerza a contemplar las limitaciones de una política nacional dentro de una economía y una sociedad globales. Los peligros van más allá de la reducción del empleo y de las pensiones para los jubilados. Los peligros son políticos y sociales —el impacto de millones de individuos que no alcanzan sus sueños. Hablando sueltamente, y usando términos crudos, con la globalización económica y la continua pérdida de capacidad pública, en veinte años una gran parte de la población mundial tendrá aquel sistema de seguridad social, aquel régimen medioambiental, aquella ley laboral, aquel salario mínimo que prevalezca en China. Y está también el desafío paralelo que representaría el fracaso económico del mundo en desarrollo —que representaría la revolución de cada vez mayores frustraciones entre cientos de millones de individuos que pueden ver lo que se viene, pero que no tienen otro camino más que la rebelión y el espectáculo.

Por todos lados nos enfrentamos a un dualismo económico y social en aceleración. Existe una ruidosa falla tectónica que separa dos arquitecturas sociales, que divide a una clase insider de una clase outsider, a los líderes de los rezagados, tanto dentro cuanto entre las economías nacionales y las unidades políticas. En la cima y en el fondo de la economía, nos hemos desarraigado, moviéndonos cada vez más seguido a través de distancias cada vez más largas. En términos relativos, son las clases medias las que se han encerrado y quedado en sus territorios. Cada vez más, la movilidad relativa de las

economías y la rigidez territorial de la política se han dejado inestables la una a la otra en la misma medida en que el liderazgo político y económico se ha distanciado. El resultado es un desajuste entre la política nacional, por un lado, y la economía y la sociedad globalizada, por otro lado.

Estos desafíos son los que enfrentarán los humanistas en el escenario internacional durante las próximas décadas. Son desafíos acerca de los cuales los Derechos Humanos tienen poco que decir –aparte de que el poder estatal debe continuar siendo civilizado y legítimo. ¿Qué gobierno –qué ONG, qué sociedad civil– podrá ser capaz de calmar la marea revolucionaria del resentimiento y del deseo desatado a través de las fallas tectónicas de la política global de hoy? Contra este fondo, creo que podemos empezar a ver el movimiento por los Derechos Humanos como lo que es –un proyecto de status quo estable en el tiempo.

Tal vez dentro de cien años, los profesionales de los Derechos Humanos todavía invoquen

normas, avergüencen gobiernos, publiciten víctimas y litiguen injurias e indignidades. Pero la política ya ha superado esto. Los Derechos Humanos ya no son el camino a seguir. Se enfocan demasiado en la perfección de una política que ya superó su mejor época. Como los órdenes constitucionales de antes, un nuevo régimen de gobierno global será imaginado y construido sobre la base de la esperanza colectiva, la lucha y la decepción. Tomó mucho tiempo inventar y civilizar una política nacional, organizar el mundo en Estados-nación y sujetarlos al juicio moral de sus pares. El construir una política nacional alrededor del planeta implicó una fuerte dimensión emancipadora –esclavos, mujeres, trabajadores, campesinos, dominios coloniales; todos obtuvieron ciudadanía en relación a la nueva maquinaria institucional de una política nacional. Podemos ver los Derechos Humanos como el apogeo y el epitafio de esa política. Construir una nueva política para una economía y una sociedad globales será igual de difícil. Esperemos que no nos tome un tiempo igual de largo y que no requiera de tanta violencia para nacer.

**DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Audi
Vorsprung durch Technik



Perú. Land of quattro®.

El Audi Q5.

En el Perú no permitimos que los caminos nos dominen, gracias a la tecnología que es sinónimo de control en todo terreno. La última generación de quattro® distribuye la fuerza y ajusta la tracción de cada rueda para que responda perfectamente en cada situación, superando cualquier terreno que se le ponga en el camino, para que pueda ir a cualquier parte, a todas partes en el Perú. www.audi.com.pe

Audi Zentrum Lima
Av. Domingo Orué 989,
Surquillo. Telf. 618-5060.

Audi Zentrum Derby
Av. El Derby 150, Monterrico,
Surco. Telf. 618-7373.

Más de 40 años de orientación legal a su servicio.



EDITORIAL ECONOMIA Y FINANZAS

Somos la única empresa dedicada exclusivamente a la edición de manuales legales con actualización permanente en materia tributaria, laboral y societaria.

Los manuales que editamos permiten conocer rápida y confiablemente el régimen legal de las materias que trata. Son así valiosa fuente de consulta para todo profesional con interés en los temas tratados.

Sus explicaciones y comentarios son de fácil entendimiento. En ellos encontrará constante referencia a los criterios del Tribunal Fiscal, del Poder Judicial y de la SUNAT.

Manual del Impuesto a la Renta

Manual del Impuesto General a las Ventas

Manual de Tributos Municipales

Manual del Código Tributario

Procedimientos y Obligaciones formales ante la SUNAT

Manual del Régimen Laboral

Manual Societario

Manual de Regímenes Aduaneros.



Calle La Habana 166 – San Isidro
Teléfonos: 442 1115
ventas@eef.com.pe

www.eef.com.pe

PROBLEMÁTICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTEMPORÁNEO

César Delgado Barreto*

El Derecho –como cualquier otra materia que mantiene un estrecho contacto con la realidad– no está ajeno al dinamismo característico del Hombre, a propósito de las actividades que realiza.

En el presente artículo, el autor analiza los retos actuales que enfrenta el Derecho Internacional Privado en un contexto globalizado y multilateral, explica cómo el desarrollo de las tecnologías ha influido para el evidente cambio –propuesto– del Derecho, y desarrolla algunos retos que poco a poco se presentan.

* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Ex ministro de Justicia. Ex vicepresidente de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Ex decano de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional Agraria de La Molina. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana del Derecho.

I. INTRODUCCIÓN

Vivimos en una **sociedad globalizada**, en la cual nuestra percepción y vivencia del tiempo y del espacio ha cambiado profundamente. Es en el espacio en que especialmente la globalización ha traído como consecuencia –según FRIEDMANN– una nivelación del mundo, lo que permite la comunicación directamente y el establecimiento de relaciones sociales, en el sentido amplio, minimizándose la distancia y el tiempo, al margen de la organización social vertical, tradicionalmente realizada en el seno de los Estados-nación, de donde resulta, según Charalambos Panboukis¹, la emergencia del individuo, y de los espacios transnacionales privados, pero también la aparición de mega-actores transnacionales privados.

La globalización ha sido posible gracias a lo siguiente: (i) Desarrollo de las comunicaciones y de las telecomunicaciones, y (ii) eliminación de las barreras económico-políticas a la libre circulación de los factores productivos.

II. DESARROLLO DE LAS COMUNICACIONES Y DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ha permitido el desplazamiento fluido de personas, información y modelos culturales y sociales a nivel mundial, generándose un gran aumento de las migraciones.

El auge inusitado de las telecomunicaciones me permite la realización de negocios internacionales a tiempo real. El mercado se amplía al mundo entero, y en teoría todos los agentes económicos pueden beneficiarse de ello. Asimismo, el desarrollo de las comunicaciones favorece la libre circulación de diferentes modelos de vida tanto personales como familiares y permite realizar la mundialización de los derechos fundamentales del Hombre, reconociéndose la **unidad y dignidad del ser humano**. Ello implica hacer realidad el respeto de los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales y de los llamados derechos de la tercera generación, como es el derecho de

defensa del medio ambiente cuya destrucción por una cultura consumista amenaza la propia supervivencia de la especie humana.

A. Eliminación de las barreras económico-políticas a la libre circulación de los factores productivos

Desde el prisma jurídico-político, el mundo está dividido en Estados, los cuales tradicionalmente han favorecido a sus empresas y comerciantes grabando la entrada de productos, servicios y capitales procedentes de otros Estados, **impulsándose el capitalismo** a nivel nacional. La actual globalización se inició después de la Segunda Guerra Mundial, acelerándose a partir de 1989 con la caída del muro de Berlín, la posterior desintegración de la Unión Soviética y la desaparición del comunismo en Europa del Este y la creación de la Organización Mundial del Comercio.

La actual desactivación de las barreras al tráfico externo ha sido progresiva, impulsada por los propios Estados a través de los tratados de integración, como ha sido el caso de la Unión Europea, en que se ha creado un Derecho comunitario que cuenta con sus propios tribunales supranacionales. En América Latina se ha avanzado muy poco en lo que respecta a los tratados de integración, pero sí se han celebrado tratados de libre comercio no sólo entre los países de la región, sino incluso con otros continentes como es el caso de Asia y de Europa. La iniciativa de pre-globalización ha sido motivada e impulsada por las **grandes empresas multinacionales**, que ven al mundo como un solo y gran mercado que hay que conquistar, homologando pautas de consumo y estilos de vida, que con sus flujos económicos atraviesan las fronteras contando con el apoyo de los grupos nacionales que se benefician de ella.

Para Carrascosa² la eliminación de las barreras a los intercambios internacionales de factores productivos permite en la actualidad diseñar varios perfiles:

- a. En lo referente al **tráfico de mercancías y servicios**, al haber desaparecido o

¹ PANBOUKIS, Charalambos. "Droit International Privé holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé". En: Recueil de Cours. Tomo 330. 2007. pp. 57 y siguientes.

² CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. "Globalización y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI". Editorial Anales de Derecho de la Universidad de Murcia. pp. 21-22.

reducido drásticamente los aranceles, la mundialización del comercio se vio facilitada.

- b. En cuanto al **capital**, gracias al progreso tecnológico de las telecomunicaciones –al cual ya nos hemos referido– millones de dólares fluyen libremente de país a país en cuestión de segundos, buscando la inversión más rentable, produciéndose así una globalización de los mercados financieros, ocasionándose una severa distorsión en el proceso del desarrollo económico en perjuicio de la sociedad en su conjunto, siendo los únicos beneficiarios de las ganancias los banqueros y los financistas, lo que no sucede en el caso de pérdidas, porque como hemos vivido con motivo de la crisis de 2008 –causada por la desregulación de los mercados financieros–, la sociedad tuvo que hacerse cargo de las deudas de los grandes bancos de inversión, utilizando el Estado el erario nacional. Vale decir que en el mundo capitalista actual las ganancias están privatizadas, mientras que las deudas se socializan.

Otro caso paradójico que acaece en el mundo globalizado es que los únicos que no gozan de una movilidad transfronteriza son las personas naturales de los países eufemísticamente llamados “en vías de desarrollo”, cuyo ingreso a los países desarrollados está limitado y controlado al extremo de **haberse criminalizado la permanencia de los indocumentados**, deportándose incluso a los padres cuyos hijos tienen la nacionalidad del país que expulsan a sus progenitores, lo cual atenta contra el *ius cogens*.

III. COMPETENCIA JUDICIAL Y COMPETENCIA LEGISLATIVA

Nos recuerda Audit³ que, durante siglos, la atención de los autores en materia internacional ha estado centrada en los conflictos de leyes, lo cual era una consecuencia del lugar secundario asignado al procedimiento en la tradición

civilista. Así, por ejemplo, en Alemania se hacía referencia a la “**función subordinada del procedimiento** frente a la regla sustantiva o de fondo”. La reflexión doctrinal sobre el conflicto de jurisdicciones es reciente. Hasta el siglo XIX no se había formulado una teoría general. En la mayor parte de países la competencia internacional no fue relevante en el Derecho Internacional Privado y sólo era abordada en el marco del procedimiento civil. En la actualidad esto ha cambiado en la práctica internacional, en que las cuestiones jurisdiccionales prevalecen sobre los conflictos de leyes. Este nuevo enfoque está relacionado con el aumento exponencial de los casos de relaciones privadas internacionales.

Este cambio de la perspectiva tradicional constituye, para Jayme⁴, una de las características del Derecho Internacional Privado post-moderno, pasándose del Derecho Internacional académico al Derecho Internacional Privado real. Los conflictos de jurisdicciones tratan de la competencia de los tribunales de un Estado para conocer una causa que presenta elementos relevantes de extranjería, así como del reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. La reglamentación de conflictos de jurisdicciones forma parte, actualmente, del Derecho Internacional Privado, porque las reglas concernientes al modo de designación de la jurisdicción competente tienen una gran influencia sobre la ley aplicable. La cuestión de conocer cuál es el tribunal que corresponde al caso **subjúdice** puede ser decisiva en cuanto los resultados finales del proceso, dadas las diferencias entre los derechos sustantivos de los Estados; así, por ejemplo, en lo que respecta a la responsabilidad civil por productos defectuosos, la sanción en lo que respecta a la cuantía de la indemnización es muy superior en los países del *Common Law*, en los cuales –en determinadas circunstancias– puede comprender *punitive damage*, indemnizaciones tendientes a reparar el daño de naturaleza cuasi penal, lo cual es desconocido en los países del *Civil Law*.

Para Gonzales Campos⁵, la correlación entre el juez y la Ley no es un fenómeno anormal

³ AUDIT, Bernard. “Le Droit International Privé en quete d’universalité”. En: Recueil de Cours. Tomo 305. 2003. pp. 361-364.

⁴ JAYME, Erick. “Identité culturelle et intregation. Le Droit International Privé post moderne”. En: Recueil de Cours. Tomo 251. 1995. pp. 47-48.

⁵ GONZALEZ CAMPOS, Julio. “Les liens entre la competence judiciare et la competence legislative en Droit International Privé”. En: Recueil de Cours. Tomo 156. 1977. pp. 342-444.

en el Derecho Internacional Privado, sino que por el contrario constituye una constante en el proceso histórico de nuestra disciplina, justificando la necesidad de un **conocimiento profundo** de la problemática del Derecho Judicial Internacional, en lugar de quedarse sólo en el estudio de los conflictos de leyes, porque un sistema de Derecho Internacional Privado no puede ser tratado en su realidad si no se considera junto a las reglas que determinan el Derecho aplicable, aquellas que dirigen la competencia del juez y el reconocimiento de las sentencias extranjeras por el foro. El sentido del progreso en la búsqueda de una solución justa y efectiva para las relaciones privadas está a favor de la separación de la competencia jurisdiccional y la competencia legislativa, lo cual es conveniente no sólo a los intereses de los Estados, sino también los intereses de la persona en su vida privada internacional.

A. Convenios Internacionales y Competencia Jurisdiccional

El principal debate del Derecho Internacional Privado contemporáneo se centra en distribuir los casos privados internacionales entre las distintas jurisdicciones nacionales en aplicación del derecho fundamental de acceso a la justicia en su dimensión internacional, sin embargo, con excepción del ámbito integrado europeo, no se ha avanzado lo suficiente en la competencia judicial internacional.

En las Convenciones aprobadas por las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado realizadas por la Organización de Estados Americanos a partir de 1975, figuran la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, realizada en Montevideo en 1979 (CIDIP II), así como la organizada en La Paz en 1984 (CIDIP III) sobre la misma materia, conteniendo normas adicionales para la mejor aplicación del artículo segundo, inciso cuarto. Se advierte en estas convenciones que se apartan del excesivo **territorialismo** para admitir ciertas excepciones en la aplicación de la ley

procesal foránea. El Perú sólo ha ratificado la Convención de Montevideo de 1979.

Las dos Convenciones citadas están referidas a la **competencia judicial indirecta**, pero no tenemos ninguna sobre competencia judicial directa. Sin embargo, nos hace notar Fernández Arroyo⁶ que son varias las Convenciones Interamericanas que incluyen, entre una reglamentación sobre ley aplicable, unas cuantas normas de competencia internacional directa, buscando un paralelismo entre la competencia legislativa y la jurisdiccional. Especifica el autor citado: “[L]os artículos 8 de la Convención sobre conflicto de leyes en materia de letras de cambio, pagares y facturas (CIDIP I); 6 de la Convención sobre conflicto de leyes en materia de sociedades mercantiles (CIDIP II); 15, 16 y 17 de la Convención sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III); 8, 9 y 10 de la Convención sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV); 6 de la Convención sobre restitución internacional de menores (CIDIP IV); 15 y 16 (Arbitraje) de la Convención sobre contrato de transporte internacional de Mercadería por carretera (CIDIP IV); y 13 y 16 de la Convención sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V). La lectura de estas normas deja entrever tendencias en la reglamentación de la competencia judicial internacional en el ámbito Interamericano; la importancia que va adquiriendo el foro de la residencia habitual de la persona y el espacio dado a la autonomía de la voluntad de las partes. Ningún observador imparcial se atrevería a restar significación a estas reglas, las cuales, a excepción de las contenidas en la Convención relativa al transporte, están en vigor en un importante número de Estados. Dichas reglas deben ser objeto de especial consideración en cualquier desarrollo futuro de una reglamentación interamericana en materia de competencia judicial internacional”.

IV. INTERNACIONALIZACIÓN Y PLURALISMO DE LAS FUENTES

Durante todo el siglo XIX, y por lo menos los dos primeros tercios del siglo XX, se puede afirmar que las fuentes del Derecho Internacional Privado eran sobre todo nacionales. Nos dice

⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. “Aspectos esenciales de la Competencia Judicial Internacional en vistas de su reglamentación Interamericana”. En: Estudios de Derecho Internacional. Libro Homenaje al profesor Santiago Benadaba. Tomo II. Santiago de Chile: Editorial Librotecnia. 2008. pp. 133-134.

Audit⁷ que uno de los fenómenos que marcan el Derecho Internacional Privado de fines del siglo XX en Europa es, indudablemente, la **internacionalización de las fuentes**, por la influencia de la Conferencia de la Haya y de la Unión Europea.

Esta internacionalización de las fuentes en nuestra disciplina y la aparición de nuevas fuentes nacionales, no se limitan a Europa sino más bien se ha universalizado, implicando no sólo a las Convenciones internacionales, sino sobre todo a las fuentes extraetáticas.

La globalización –según Charalambos Pamboukis⁸– ha generado grandes cambios, entre los que destaca el **cambio del modelo de decisión**, pasándose de la **governabilidad** a la **governanza**. Este nuevo término ensaya dar cuenta de las numerosas interacciones entre las fuerzas transnacionales, locales, nacionales y supranacionales. Es el vehículo de la idea de que los gobiernos no tienen el monopolio del poder y que otros órdenes o instancias participan en la regulación internacional. El gobierno estatal reposa sobre una concepción unitaria y unilateral del poder, en tanto la gobernanza es plural, multilateral y consensual. La gobernanza implica una estrecha relación entre lo público y privado, en varios niveles o lugares: Internacional, transnacional, regional, nacional y local. Recalca el autor citado que esto trae como consecuencia la aparición de nuevos lazos horizontales extraetáticos, al lado de los lazos verticales del modelo étático, ocasionando en lo que se ha venido a denominar la “crisis de la relación jurídica” en el sentido que la subordinación, no es más el único modelo concebible de relevancia de los órdenes jurídicos.

Los actores del espacio internacional no son sólo los Estados, sino también los operadores de los mercados y los actores de la sociedad. Concluye Pamboukis que el nuevo gobierno que engloba todos los mecanismos de regulación de la sociedad tiene una geometría variable, no estando ya fundada sobre el

principio piramidal, sino sobre arreglos y coordinaciones, lo que trae como consecuencia un cambio de modelo, de decisión y una alteración del modelo de soberanía.

No es ésta la oportunidad de profundizar sobre la problemática de la gobernabilidad y la gobernanza. Lo que sí es un hecho indiscutible es que, en la actualidad, el Estado-Nación se ve desbordado por la presencia de nuevas fuerzas económicas, políticas y sociales –tanto internas como transnacionales no convencionales– que concurren en la marcha del país e incluso del mundo.

Gaudemet-Tallon⁹ distingue entre las fuentes no convencionales: La costumbre internacional y los principios generales del Derecho de origen internacional; los usos del comercio internacional y la *lex mercatoria*, junto con los trabajos de los expertos internacionales. El simple enunciado de estas categorías muestra que estas fuentes pueden dar nacimiento tanto a normas obligatorias cuanto a un derecho desprovisto de este carácter, que la terminología anglosajona se denomina *soft law*, interviniendo en los dominios más variados con un rol particular en materia de Comercio Internacional.

El Derecho Internacional Privado siempre ha parecido una disciplina compleja y en la actualidad lo es más, porque es normal que las relaciones jurídicas internacional sean más difícil de regir que las relaciones jurídicas internas. Nuestra disciplina está cada vez más marcada por el pluralismo de las fuentes. Para la autora, **el pluralismo evoca un sistema**, un orden, no una simple coincidencia. Sin embargo, el sistema aparece a veces poco coherente. La finalidad del Derecho Internacional Privado consiste en dar una coherencia sistémica que justifique que se hable de pluralismo y no de una pluralidad.

El término es utilizado a menudo por los internacionalistas, y el profesor Rigaux¹⁰ ha

⁷ AUDIT, Bernard. “Le Droit International Privé a la fin du siècle XX, progres o recul?”. En: Revue de Droit Comparé. Paris. 1998. p. 421.

⁸ CHARALAMBOS PAMBOUKIS. Op. Cit. pp. 62-73.

⁹ GAUDEMET-TALLON, Helene. “Le pluralisme en Droit Internationale Privé: Richesses et faiblesses”. Recueil des Cours. Tomo 312. 2005. pp. 45-94.

¹⁰ RIGAUX, François. “El Pluralismo Jurídico frente al Principio de Realidad. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela”. Madrid. 1979. p. 291.

demostrado que toda concepción pluralista del Derecho se inspira del “Principio de realidad, reconociendo de entrada del juego la coexistencia de diversos órdenes jurídicos: Derecho Internacional, múltiples derechos étáticos, sistemas jurídicos no étáticos”.

Para Gaudemet-Tallon, hay dos fenómenos contemporáneos que nos permite constatar el estado actual del Derecho Internacional Privado con las riquezas y debilidades del pluralismo. Se trata, de una parte, de la confrontación entre la mundialización y la necesidad de preservar las identidades nacionales individuales y colectivas; y de la otra, el hecho que todas las categorías jurídicas tienen fronteras cada vez más inciertas que enturbian el paisaje jurídico.

La profesora hace un balance de las fortalezas y debilidades del pluralismo de las fuentes, permite resaltar, como **aspecto positivo**: La multiplicidad de las fuentes, lo cual permite, de una parte, responder mejor a la diversidad de las situaciones internacionales y, por la otra, adaptarse mejor a la diversidad de los espacios geográficos concernidos.

En la medida en que hay interacciones entre las fuentes del Derecho y su contenido, la diferenciación de las fuentes se impone. Es perfectamente normal que las fuentes del Derecho difieran sensiblemente según los sectores concernientes. Así, por ejemplo, las relaciones civiles extra-patrimoniales necesitan un Derecho más formalista y apremiante, pues el Derecho de las Personas y de la Familia deben desenvolverse en cánones previstos dentro de los cuales las personas naturales puedan vivir. El particular, en el actuar internacional, debe conocer las reglas de juego establecidas según los procesos clásicos de los textos legislativos nacionales y de las convenciones internacionales.

En cambio, para las **relaciones comerciales**, se concibe mejor el rol de las fuentes informales, espontáneas a veces, no apremiantes, emanadas de la misma comunidad de los actores interesados; el rol cada vez más importante del arbitraje refuerza esta constatación. Al mismo interior de las relaciones comerciales, la diversificación de las fuentes responde a la diversidad de los sectores concernidos. Los problemas a resolver no son los mismos –por ejemplo– si se trata de transportes internacionales, o de la protección interna-

cional de los bienes culturales; motivo por el cual se crean organismos internacionales especializados que producen normas adaptadas a cada uno de los sectores correspondientes.

Concluye la profesora Gaudemet-Tallon que la multiplicidad de las fuentes en la especialización de los órganos productores de Derecho, permite una mayor adaptación a las necesidades específicas de cada sector de las relaciones internacionales. Otra ventaja de la multiplicidad de las fuentes es la adaptación del Derecho a variados espacios geográficos.

A veces se impone la necesidad de convenciones de vocación universal, por ejemplo, el niño debe ser protegido tanto en su persona cuanto sus bienes en todas partes, por lo que es importante la adopción –a nivel mundial– de convenciones internacionales que traten tanto de los derechos sustanciales del niño, cuanto de los mecanismos de Derecho Internacional Privado que permiten hacerlo respetar. El éxito de la Convención sobre Adopción Internacional de Menores de 1993 se debe a que en la preparación del texto participaron representantes de los **países adoptantes** y de los **adoptados**, siendo más fácil prever **reglas de cooperación** que reglas de conflicto de leyes, lo cual explica el éxito de esta convención. También las fuentes intervienen a nivel intermedio que es el regional, lo cual es legítimo; el esfuerzo más logrado a nivel mundial es el Derecho comunitario de la Unión Europea.

En lo que respecta a los **aspectos negativos**, la profesora Gaudemet-Tallon precisa que la primera y más evidente es la dificultad para el operador del derecho de **identificar la fuente pertinente** en cada caso, lo cual sin lugar a duda no resulta fácil.

En conclusión, –para la autora– la multiplicidad de las fuentes del Derecho de las relaciones privadas internacionales es un fenómeno inevitable y que tiene sus aspectos positivos, sobre todo cuando la **coordinación** entre la diversidad de fuentes está bien organizada, entonces sí se puede hablar de un verdadero **pluralismo de las fuentes**.

Hay que evitar las modificaciones constantes de los textos existentes. Ciertamente, el mundo evoluciona, mas el jurista debe evitar la precipitación. Es también deseable que las

categorías jurídicas sean claras y que los textos tengan **dominios de aplicación precisos**, a fin de evitar la inseguridad jurídica. Pero, sobre todo, el número de fuentes no debe ser multiplicado indefinidamente y sólo hay que adoptar las normas necesarias.

V. PLURALISMO METODOLÓGICO NORMATIVO

Nos dice Boggiano¹¹ que en la base del nuevo Derecho Internacional Privado está la admisión y utilización del **pluralismo metodológico normativo**, no tanto por la internacionalidad de los casos, como por la valoración y principios de las diversas esferas del Derecho material en que tales casos se presentan. El pluralismo metodológico da lugar a un sistema normativo en el cual aparece una concurrencia de diversas estructuras normológicas que son: Los métodos conflictualista (i), sustancialista (ii) y el autolimitativo o exclusivista (iii); conservando aún el primero de ellos, un papel preponderante en la reglamentación del tráfico externo, pero no exclusivo.

El método conflictualista clásico llamado también de atribución o de creación, presenta limitaciones que desde la década del 70 del siglo pasado se observan, por lo que frecuentemente los internacionalistas hablaron de una crisis en la concepción tradicional de nuestra disciplina.¹² Esto se debe fundamentalmente a la incapacidad del método conflictual para reglamentar por sí solo y en forma adecuada todos los supuestos de tráfico privado externo. En tal sentido, las mayores limitaciones que presentaría este método –según Carrillo Salcedo¹³– serían los siguientes:

- a. El método de atribución proporciona una **solución interna a un problema de carácter internacional**, ya que remite la solución del caso a la ley material interna del Estado con el cual éste se encuentra más vinculado. Esto representa una gran limitación

frente al creciente desarrollo del Comercio Internacional, el cual requiere soluciones materiales directas previstas de antemano para un tipo especial de relaciones internacionales, adaptadas especialmente a su carácter internacional y exclusivamente aplicables a ésta.

- b. Asimismo, no toma en cuenta la cada vez **mayor influencia del Estado** –con múltiples **variantes**, dependiendo del nivel de desarrollo y del sistema socio-político y económico imperante en los países involucrados– en el desenvolvimiento de las relaciones privadas. Esto determina no sólo el otorgarle menor consideración al Derecho extranjero, sino en ocasiones la exclusión de la aplicación de la Ley extranjera en principio competente en campos y materias que el ordenamiento estatal considera fundamentales para los intereses del Estado y de la sociedad nacional, y la aplicación de normas de Derecho interno de aplicación necesaria o inmediata del ordenamiento jurídico del foro: Leyes de policía y seguridad y leyes de orden público.

A juicio de Boggiano, el conflictualismo clásico se mantiene inspirando las reglas generales. El sustancialismo crece pese a su vital simplicidad, mas no puede regir todos los ámbitos de la materia y requiere el indispensable complemento integrador del conflictualismo. Es más: aún allí donde rige el sustancialismo, también requiere el auxilio conflictualista. El exclusivismo sólo puede armonizarse y servir al fin del Derecho Internacional Privado si se limita a ser **estrictamente excepcional**.

Según Aguilar Navarro¹⁴, en las últimas décadas del siglo XX, el panorama doctrinal registra una tendencia que se caracteriza por un intento de renovación de nuestra disciplina desde el ángulo de los problemas técnicos jurídicos. Adicionalmente, la pluralidad metodológica

¹¹ BOGGIANO, Antonio. "Del viejo al nuevo Derecho Internacional Privado". Buenos Aires: Editorial De Palma. 1981. pp. 10-13.

¹² KEGEL, GERHARD. "The crises of conflicto of law". En: Recueil des Cours. Tomo 112. 1974. pp. 92-200.

¹³ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Derecho Internacional Privado". Segunda Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 1976. pp. 186-194.

¹⁴ AGUILAR NAVARRO, Mariano. "Derecho Internacional Privado". En: Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Cuarta edición. Madrid. 1982. pp. 390-391.

normativa, hay autores que auspician **nuevas categorías** para el Derecho Internacional Privado. Tal es el caso de David F. Cavers, quien, partiendo de la premisa de que las reglas de conflicto son reglas mecánicas que operan escogiendo la ley aplicable con los ojos cerrados, ya que se desentienden de la reglamentación sustancial que será dada por su intermedio al caso específico, proponen su noción de **principio de preferencia**, que, tienen en cuenta las soluciones de los derechos materiales presentes en el caso de tráfico externo, la defensa de **reglas elásticas** para una debida localización del supuesto, y el análisis de las *policies in the chose of law* de los objetivos y los principios generales del Derecho Internacional Privado¹⁵.

Esta orientación, en su conjunto, es reveladora de una insatisfacción doctrinal frente al formalismo y al conceptualismo antes dominante; y, mediante un análisis profundo de la dimensión técnico-jurídica de nuestra disciplina, busca un acercamiento necesario entre el mundo de las normas, de las realidades y de los valores en la vida privada internacional a fin de alcanzar soluciones justas utilizando medios viables.

La falta de una debida internalización del método conflictual—al dar al caso subjúdice una solución sustantiva nacional a un problema de tráfico externo— ha traído como consecuencia la necesidad de la **complementación** del método conflictual con el método sustantivista o de creación.

Como resalta Boggiano¹⁶, no se trata ya de solucionar el caso mediante la aplicación de un Derecho nacional comúnmente aplicable a relaciones internas e internacionales sin discriminación, si no que ahora se trata de **crear un nuevo marco de Derecho adaptado a la naturaleza internacional de la relación a regular**, el cual muchas veces podrá incluso resultar contrario al que el ordenamiento del foro tiene previsto para las relaciones y situaciones internas.

El carácter eminentemente internacional de ciertos sectores de la vida económica y del Derecho comercial —transportes, títulos valores, determinados contratos, entre otros— demanda una solución diferente a la prevista por un Estado para las relaciones internas, que es la solución a la cual nos conduce el método de atribución a través de las normas de conflicto. No obstante, este método de reglamentación sólo alcanza plenamente su objetivo cuando existe una **comunidad de principios jurídicos** que permite el logro de soluciones realmente uniformes entre los ordenamientos jurídicos en presencia.

A. Orígenes

Aun cuando el método sustancialista ha sido conceptualmente desarrollado recién en el siglo XX, con la obra de Jitta¹⁷, el empleo de la técnica de las normas materiales se remonta a la Baja Edad Media. Efectivamente, en el siglo XIII, época de crecimiento y florecimiento de importantes ciudades del Occidente Europeo, donde diversas zonas se erigen como autónomas, y también época del nacimiento de la técnica conflictualista, se vio la necesidad de dotar al Comercio Internacional de una regulación material que le proporcionara soluciones uniformes directas para resolver los múltiples casos que se presentaron entre los súbditos de diferentes regiones autónomas, regidas todas ellas por diferentes legislaciones.

De este modo, podemos observar que los mercaderes que se desplazaban por las ferias de Europa —desde la Champaña francesa: Lille, Ypres, Doui y Brujas en Flandes; Colonia, Leipzig y Luebck en Alemania; Novorov en Rusia y, desde el norte, a Venecia— desarrollaron una regulación material y directa, un *ius mercatorum* para regir sus relaciones comerciales.

B. Clasificación de las normas materiales

El maestro Batiffol¹⁸ clasifica las reglas materiales en (i) reglas nacionales, (ii) reglas

¹⁵ EVRIGENIS, Dimitros. "Tendences doctrinales actuels en Droit International Privé". En: Recueil de Cours. Tomo 118. 1966. pp. 334-354.

¹⁶ BOGGIANO, Antonio. "Derecho Internacional Privado". Quinta Edición. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot. 2008. pp. 49-55.

¹⁷ JITTA, Josephus. "Método del Derecho internacional Privado". Traducción de José F. Prida. Madrid: Editorial la España Moderna.

¹⁸ BATIFFOL, Henri. "Le pluralisme des Methodes an Droit International Privé". En: Recueil de cours. Tomo 134. 1973. pp. 107-135.

convencionales y (iii) Derecho espontáneo, según su fuente de creación; otros autores utilizan los términos de normas étáticas, interetáticas y extraetáticas.

1. Normas étáticas

Varias de las más modernas legislaciones establecen soluciones materiales para determinadas situaciones jurídicas, tales serían por ejemplo, los casos siguientes: El Código Civil español, en su artículo 732, autoriza a los españoles a otorgar testamento ológrafo en el extranjero, aun cuando en el país donde éste fuera extendido no admitiera dicha forma; el Código Civil peruano, en su artículo 2068, autoriza a aplicar las presunciones de sobrevivencia contenidas en el artículo 62 del mismo Código cuando un efecto jurídico dependa de la sobrevivencia de una u otra persona, y éstas tengan leyes domiciliarias distintas y las presunciones de sobrevivencia de estas leyes también fueran incompatibles.

También pertenecen al género de normas materiales de producción nacional todas aquellas normas relativas a:

- a. Los **conflictos de jurisdicción**, a la competencia judicial internacional. Así, por ejemplo las normas contenidas en el Título II del Libro X (artículos 2057 al 2067 del Código Civil), que regulan directa y materialmente todo lo referente a la competencia judicial directa, respondiendo a las diferentes interrogantes que pueden presentarse acerca de la competencia de los tribunales peruanos para conocer determinadas situaciones de tráfico externo: Como por ejemplo, si el domicilio de un extranjero en el Perú es un factor suficiente para otorgarle competencia a los tribunales nacionales. El artículo 2057 de nuestro Código le da una respuesta material y directa al problema.
- b. Las **reglas que regulan el procedimiento** a seguir cuando se trata de juzgar un caso con elementos extranjeros jurídicamente relevantes.

Así, estas normas determinarán de manera sustancial y directa cuál va a ser la ley aplicable: La ley extranjera o la peruana; a las pruebas dentro de un proceso judicial donde siendo competente el tribunal peruano, éste debe aplicar una ley extranjera en tanto ley del contrato.

- c. Las **reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencia**, contenidas en el Título IV del Libro X del Código Civil, artículos 2102 al 2111. Es frecuente que se invoque en el Perú un fallo en el extranjero. El Título IV contiene un conjunto de normas dirigidas a regular sustancialmente el reconocimiento y ejecución que han sido solicitados.
- d. Las **reglas relativas a la condición de los extranjeros**, es decir la aptitud de los extranjeros a ser titulares de derechos en el Perú y las reglas relativas a la **nacionalidad**, ya que para determinar la condición del extranjero es preciso poder distinguir a éstos de los nacionales.
- e. Asimismo, pertenecen a la reglamentación sustancial de fuente interna las llamadas normas autolimitativas de aplicación necesaria, las cuales por sus peculiares características las trataremos posteriormente.

2. Normas interetáticas, Derecho uniforme

Como su nombre lo indica son normas creadas por convenios o tratados internacionales. Para Pérez Vera¹⁹, la directriz básica “consiste en armonizar las propias soluciones con los otros sistemas jurídicos con lo que predomina la tendencia a la uniformidad. Estamos en presencia de un Derecho uniforme en el sentido de un conjunto de disposiciones legislativas adoptadas por los Estados con la finalidad de someter a la misma reglamentación relaciones jurídicas”. Nos recuerda Carrillo Salcedo²⁰ que su finalidad es borrar la diversidad de los ordenamientos y excluir así su posible conflicto; acertaba

¹⁹ PEREZ VERA, Elisa. “Memoria pedagógica sobre concepto, método y fuentes de derecho internacional privado”. Granada. 1973. pp. 336.

²⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit. pp. 129-143.

Malaurie²¹ cuando decía ante el Comité Francés de Derecho Internacional Privado en 1965 que “la diversidad de las normas jurídicas es una riqueza, o una maldición que acompaña a nuestro planeta desde la Torre de Babel y que no cesará más que el día en que todos los hombres se rijan por la misma ley”.

Por técnica que pudiera ser en apariencia una norma jurídica, es siempre la traducción de una política y la uniformidad jurídica supone por tanto una política común, esto es, una unidad de soberanía política que por definición queda todavía excluida en la situación actual del orden internacional; pero es que además, insistía Malaurie “que para que una ley fuera verdaderamente uniforme había que regir sociedades de un mismo desarrollo económico y de civilización equivalente, lo que desde luego no siempre ocurre”, salvo el caso de la Unión Europea.

Concluye Carrillo Salcedo que la unificación del Derecho se presenta en realidad como algo siempre inacabado y la verdad es que ninguna de las variedades del Derecho uniforme convencional excluye totalmente la diversidad jurídica y por consiguiente, el posible empleo de normas de conflicto.

Las reglas materiales al ser de carácter excepcional, y por tanto aplicables sólo en el definido espacio de su mandato expreso, no pueden extender su aplicación fuera de este ámbito, lo cual significa que aquellos aspectos no alcanzados por las normas materiales pertenecen al dominio exclusivo de las normas de conflicto. Por tanto, como resalta Opertti²², el método de atribución no sólo mantiene aún una función que le es propia e indelegable, “esto es, resolver la aplicación de la ley en el espacio”, sino que ahora además cuenta con otra importante tarea: La de delimitar el alcance de las normas materiales uniformes respecto de los derechos nacionales aplicables a la misma materia. Como señala el maestro Batiffol²³: “[S]i se pretende hacer Derecho uniforme sin conflicto de leyes, ocurre como cuando se pretende hacer física sin matemáticas: [S]i se quiere ganar tiempo y

prescindir de una herramienta cuyo empleo parece bastante complicado, lo único que se consigue es perder más tiempo que el que se hubiera perdido en aprender a usarla. En el mismo sentido, si pretendemos hacer Derecho uniforme prescindiendo totalmente del conflicto de leyes, no llegaremos a resolver el problema, ya que este problema reaparecerá en algún momento”.

Si bien la finalidad del Derecho uniforme es borrar la diversidad de los ordenamientos jurídicos y excluir así su propio conflicto, **esta diversidad no llega a desaparecer**. La unificación sólo es posible en ciertas materias que pueden ser unificadas debido a que no ofrecen una mayor resistencia por parte de los Estados, dado que se trata de materias en donde existe un fondo común de principios.

Hay otras materias, que por el contrario, propician este tipo de unificación, por ejemplo, materias de naturaleza patrimonial, como es el caso de transportes, seguros, compra-venta, títulos valores, entre otras.

La creación de soluciones generales directas y uniformes no garantiza sin embargo, soluciones uniformes concretas en todos los casos, debido a que ante la ausencia de un tribunal internacional de competencia específica para resolver los casos de Derecho Internacional Privado, éstos tiende a ser resueltos por los tribunales nacionales, los cuales al aplicar las soluciones convencionales pueden fácilmente introducir la desunificación jurisprudencial de las soluciones. En la Unión Europea, para hacer viable el Derecho uniforme comunitario se han creado tribunales supranacionales que unifican la jurisprudencia.

3. Normas extraetáticas o transnacionales

Son normas que nacen de un medio social transnacional de naturaleza no estatal: El del **comercio internacional**. El Derecho uniforme surge y se desarrolla no sólo a través del Derecho convencional uniforme,

²¹ MALAURIE, Phllipe. “Loi uniforme et conflits de lois”. Travaux du Comité Francais de Droit International Privé. 1964-1966. Paris. pp. 83 y siguientes.

²² OPERTTI BADAN, Didier. “Objeto y Método en el Derecho Internacional Privado”. Montevideo. 1986. pp. 134-138.

²³ BATIFFOL, Henri: “Travaux du Comité Francais de Droit International Privé”. París. 1967. pp. 101-102.

sino también y sobre todo por la acción autónoma y espontánea de la práctica que ha dado origen al llamado Derecho espontáneo o nueva *Lex Mercatoria* internacional porque supone en gran medida la resurrección de la *Lex Mercatoria* que surgiera en el siglo XIII y rigiera el comercio internacional europeo²⁴.

La *Lex Mercatoria* comprende fundamentalmente: (i) El Derecho corporativo y profesional de ciertos sectores de la vida internacional; (ii) los usos y costumbres, por ejemplo, los relativos al mercado de euroobligaciones; (iii) las condiciones generales de venta de la Cámara Internacional de Comercio; (iv) los contratos-tipo, por ejemplo los de la London Corn Trade Association; (v) el Arbitraje Privado Internacional.

En tal sentido, –como lo señala Carrillo Salcedo²⁵– la sociedad internacional extra-estatal y no nacional de compradores y vendedores se apoya sobre organizaciones profesionales que elaboran un Derecho corporativo o profesional, emplea, contratos-tipos, manifiesta una marcada predilección por el arbitraje, y tiene la firme convicción de que las relaciones mercantiles internacionales deben estar reguladas por normas propias y específicas.

Este Derecho espontáneo permite regular en forma preventiva una multiplicidad de relaciones que se dan con frecuencia en la sociedad internacional, dotando así al Comercio Internacional de un método directo, ágil y propio para regular y facilitar el desenvolvimiento de las relaciones mercantiles internacionales, ya que son los propios comerciantes organizados quienes se asocian y dictan sus reglas de usos.

Pero este Derecho consuetudinario uniforme sólo tiene plena vigencia en la medida en que los ordenamientos jurídicos estatales lo toleran y consienten. En los propios

países capitalistas, el Estado interviene progresivamente en el comercio exterior hasta el punto que la libertad de este sector de la vida social no es más que un principio devorado por excepciones. Aunque se diga que en la práctica del arbitraje se puede reducir al mínimo el riesgo de recaer en las soluciones nacionales, particulares y diversas, –puesto que los árbitros tienen por misión resolver en función de normas propias de acuerdo al Comercio Internacional–, normas a nacionales en el sentido que no dependen de un ordenamiento jurídico nacional, la verdad es que este poder de los árbitros no está admitido en todos los sistemas jurídicos.

El maestro Batiffol²⁶ se pregunta en qué medida puede confiarse a las personas privadas la tarea de legislar y establecer lo que es Derecho, incluso en el medio de compradores y vendedores en esa sociedad internacional de comerciantes. Advirtiéndonos sobre la posible ligereza de una respuesta afirmativa, porque también en ese medio hay fuertes que pueden abusar de su poder, por lo que habría que proteger a los débiles. Decía el fraile dominico Lacordaire en el siglo XIX: “En las relaciones entre débiles y poderosos es la ley la que libera y la libertad la que oprime”.

Para restablecer el equilibrio entre las partes de un contrato e impedir el abuso es que las normas jurídicas de las sociedades han legislado en materia de contratos, evitando que un contrato –por el solo hecho de ser internacional– no esté limitado legítimamente por ninguna ley, siendo sólo obligatorias todas sus cláusulas por la sola fuerza del consentimiento de las partes. La Convención de Roma sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de la Comunidad Económica Europea, de 19 de junio de 1980, en sus artículos 5 y 6 tiene normas especiales para proteger a los consumidores y a los trabajadores²⁷.

Nos dice Virgos Soriano²⁸ “que la ley de la residencia habitual del consumidor se

²⁴ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho Internacional Privado”. Tomo I. Tercera Edición. Lima. Fondo Editorial de la PUCP. 2007. pp. 76-79.

²⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. cit. pp. 124-125.

²⁶ BATIFFOL, Henri. Op. cit. pp. 121-132.

²⁷ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. Op. cit. Tomo II. pp. 435-443.

²⁸ VIRGOS SORIANO, Miguel. “Las cosas y los derechos reales en Derecho Internacional Privado”. Madrid: Eurolex. 1955. pp. 169-171.

convierte en el eje en torno al cual el Convenio de Roma permite operar una elección del Derecho aplicable por las partes contratantes: El alcance real de la autonomía de la voluntad vendrá dado por el contenido de protección que el Derecho de aquel país establezca a favor del consumidor. La ley objetivamente aplicable marca los límites de contenido de la ley elegida. Por eso la autonomía de la voluntad permitida en el artículo 5.2 es, aunque conflictual, una “autonomía” dependiente. La segunda regla prevista en el artículo 5.4, en defecto de elección realizada conforme al artículo 3, el contrato se regirá por la Ley del país donde el consumidor tiene su **residencia habitual**.

En lo que respecta al **contrato de trabajo**, la protección de la parte débil es la idea fuerza que inspira el artículo 6 del Convenio de Roma relativo al contrato individual de trabajo, el cual si bien no es definido en el mismo, puede inferirse del Informe Giuliano-Lagarde que se trata de una noción autónoma, es decir, extraída del sentido y fin del artículo 6. Según Virgos Soriano, se entiende por “contrato de trabajo el contrato referido a un servicio bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración, con las notas de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, cubriendo también las relaciones de trabajo de mero hecho”²⁹.

Para Fresnedo Aguirre³⁰, la desigualdad de poder de negociación de las partes aparece incluso en contratos comerciales internacionales, como un problema permanente para los países en desarrollo. El Comercio Internacional proporciona una amplia variedad de situaciones en las que, a pesar de ser ambas partes comerciantes, una de ellas tiene un mayor poder de negociación, en general porque es económicamente más poderoso: Cabría citar, por ejemplo, los contratos de seguros, los de intermediación, y todos los contratos de adhesión en general.

Concluye la autora que esto se ve agravado si el consumidor de los servicios o el comprador del país receptor se ve ante una falta de opciones

total, derivada del manejo monopólico, o por lo menos coordinado, de los contratos-tipo por parte de los suministradores de servicios o bienes. Si todos los transportistas que ofrecen sus servicios en el mercado incluyen las mismas o equivalentes cláusulas de elección de la ley y del foro en sus conocimientos de embarque ya impresos, el importador extranjero no tendrá ninguna posibilidad de negociación sobre esos puntos, aunque sea un comerciante.

En los países consumidores de los servicios de los armadores, la única acción del Estado en defensa de sus comerciantes se limita a la exigencia de que se establezcan negociaciones y que las tarifas y fletes se aprueben por la autoridad pública, en cuanto a la unánime adopción de cláusulas de elección de ley y jurisdicción fuera de los países consumidores, la defensa surge sólo de la existencia de normas de orden público, que genéricamente las prohíben.

VI. MÉTODO AUTOLIMITATIVO O EXCLUSIVISTA

Existen en cada ordenamiento jurídico, supuestos en los que el legislador ordena la aplicación de su Derecho interno a la relación o situación de que se trata, aunque en la misma existiesen elementos extranjeros, porque en estas hipótesis al legislador sólo le interesa determinar el ámbito de aplicación personal y territorial de su propio sistema jurídico, sin conceder relevancia jurídica a los factores de extranjería eventualmente existentes, ni a un Derecho extranjero, con al que aquellos pudiesen encontrarse estrechamente vinculados. En este caso sólo se tiene en cuenta las exigencias del ordenamiento jurídico del foro, su eficacia y homogeneidad³¹.

El planteamiento de este problema, sin embargo, no es una novedad de nuestros días, sino que se remonta a la época de Savigny, que ya había observado: “[S]i hasta ahora hemos llegado a reconocer que para decidir acerca de una relación de derecho en el caso de colisión entre diferentes Estados independientes, debía aplicar el juez el

²⁹ *Ibid.* pp. 174–178.

³⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. “La autonomía de la voluntad en la contratación internacional”. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria. 1991. pp. 98-101.

³¹ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Op. cit.* pp. 107-118.

Derecho local a que pertenece la relación litigiosa, sin distinguir si este Derecho es el de su país o el de un Estado extranjero. Asimismo, también debe reconocerse que existe una excepción a este principio [...] pues hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados". Estas leyes nacionales de **naturaleza positiva rigurosamente obligatoria** exigen al juez aplicar exclusivamente el Derecho nacional y a excluir la Ley Extranjera³².

Francescakis³³ nos dice que son normas de aplicación inmediata aquellas cuya observancia es necesaria para salvaguardar la organización política, social o económica del país, ya que el Estado debe velar por la integridad de sus estructuras sociales y la cooperación internacional no puede comenzar más que una vez que aquel deber primario haya sido cumplido y aquella exigencia básica haya quedado satisfecha. Se trata no sólo de normas que afectan a la organización política del Estado, sino también de aquellas otras referidas a los objetivos sociales y económicos que el Estado protege a través de estructuras organizadas o fuertemente controladas e intervenidas estatalmente. No hay que identificar las normas de Derecho interno de aplicación necesaria con las normas internas de Derecho Público, lo que es erróneo, ya que no todas las normas de Derecho interno de aplicación necesaria son normas de Derecho Público.

Son normas de aplicación necesaria las de protección de los incapaces, de la infancia y de la juventud; las relativas a las derivadas del contrato de trabajo o las que organizan la vida económica del país regulando materias tales como banca, bolsa, seguros, inversiones de capital extranjero, control de cambios, comercio exterior, etcétera.

Mientras algunos autores admiten la flexibilidad y la naturaleza jurisprudencial no escrita de este tipo de normas jurídicas, otros entre los que se encuentra Carrillo Salcedo se muestran partidarios de exigir el carácter legislativo de las normas de Derecho interno

de aplicación necesaria. La existencia de estas normas es una realidad que no puede ser ignorada, pero debe ser **interpretada restrictivamente**, por ser una excepción. De no ser así, los tribunales pueden tender a lo que se ha venido a llamar el imperialismo jurídico del Derecho del foro, y aplicar siempre su Derecho interno. Nos dice Carrillo Salcedo que una cosa es la tendencia a favorecer la aplicación del Derecho del foro y otra muy distinta afirmar la absurda tendencia de que el ordenamiento del foro tiene competencia exclusiva para regular todos los supuestos del tráfico externo.

El método de las normas de aplicación necesaria o inmediata va en contra de una de las exigencias primarias del Derecho Internacional Privado, el respeto debido al elemento extranjero existente en todo supuesto de tráfico jurídico externo, ya que frente a las normas de policía desde el ángulo visual de la jurisdicción del país que ha dictado la norma de policía, ni los jueces ni las partes deben atender otro derecho que no sea el indicado por dichas normas; así como tampoco deben concederle relevancia jurídica alguna a la vinculación extranjera del caso en cuestión.

La Corte Internacional de Justicia al resolver el conflicto entre los Países Bajos y Suecia en el caso Boll en 1958, diferencia entre la **tutela institución de Derecho Privado** –cuyo objetivo primario es la protección del menor–, y las **medidas de seguridad**, establecidas con el fin de evitar el abandono moral o material de los menores en la que es la sociedad que se defiende, y el Estado quien de modo expreso asume esta tarea. Batiffol y Francescakis, al comentar la sentencia, nos dicen que la Corte se ha situado en una posición clara según la cual el conflicto de leyes –referida a la tutela– no operaría en cada Estado más que una vez que se haya delimitado el ámbito de aplicación de determinadas leyes de tal Estado. Por consiguiente, las reglas de conflicto –tanto internas como internacionales– no entran en juego sino con posterioridad a la comprobación de que

³² SAVIGNY, Friedrich Carl. "Sistema de Derecho Romano Actual". Traducción de Mesia Puley. "Vigencia de la Leyes en el Tiempo y en el Espacio". Tomo VI. Madrid. 1879. pp. 138 y siguientes.

³³ FRANCESCAKIS, Phocion. "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et les rapports avec les règles des conflits de lois". En: Revue critique de Droit Internationale Prive. Paris. 1966. pp. 1-18.

las normas sustantivas del ordenamiento del foro no pretendan su impugnación al ser necesariamente aplicadas, cualquiera que fuera los elementos que pudieran darse en el supuesto de hecho de que se trate.

VII. CONCLUSIÓN

El contexto actual de evolución de nuestra disciplina nos permite comprobar la existencia de un **pluralismo metodológico** al servicio del tráfico jurídico externo. Podemos afirmar, siguiendo al profesor Talice³⁴ que serían tres los elementos fundamentales que permiten optar, en definitiva, por alguno de los métodos normativos: Conflictual, sustantivista o autolimitativo, a saber:

- a. La existencia de una comunidad más o menos fuerte de principios jurídicos entre los ordenamientos estatales.
- b. La mayor o menor internacionalidad de la relación a regular.
- c. Los valores involucrados en cada una de las diferentes situaciones presentadas.

La diversidad normativa metodológica nace de la cada vez mayor complejidad, diversidad y volumen de las relaciones de tráfico externo, así como del enriquecimiento del Derecho Internacional Privado, que demandan distintas opciones metodológicas y distintos medios para dar una respuesta jurídica más adecuada a la circunstancias del caso concreto³⁵.

³⁴ TALICE, Jorge. "Objeto y Método en el Derecho Internacional Privado". Montevideo. 1986. pp. 52-59.

³⁵ DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. Op. cit. Tomo I. p. 88.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA MINORIDAD FRENTE AL DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: BASES PARA LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TUTIVO DE LA FAMILIA

César Lincoln Candela Sánchez*

Las figuras de la familia y del niño han evolucionado en conjunto con los derechos que los revisten. En la actualidad, el principio del interés superior del niño ha cambiado la forma en cómo éste se desarrolla en el ámbito de la familia.

En el presente artículo, el autor hace una breve explicación sobre qué abarca el Derecho Internacional Privado, con especial énfasis en el interés superior del niño y su influencia para tutelar sus derechos frente al desplazamiento internacional.

* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Vocal del Tribunal Administrativo de la Propiedad del Organismo de Formalización de la Propiedad (COFOPRI).

I. INTRODUCCIÓN

El desplazamiento y la retención internacional de menores no son problemas recientes. Así pues, para darnos una idea, Brizzio¹, citando a Hidalgo, refiere el caso del sobrino de Ludwig van Beethoven, quien a la muerte de su padre (y hermano del notable músico), sustrajo al niño del poder de su cuñada por el motivo de la desatención y falta de cuidados para posteriormente trasladarlo a Austria.

Lo que podría pensarse un hecho relacionado a una celebridad de la música y al pasado, se constituye en tiempos de la globalización en un fenómeno frecuente y con gran vigencia en los cinco continentes, gatillado por factores conjuntos como las crisis matrimoniales o de uniones de hecho y las facilidades para la movilidad humana entre países que contribuyen a la dispersión internacional de la familia.

Este contexto suele complicarse aún más, en casos de matrimonios o uniones de hecho anidadas en culturas diversas, con puntos de contacto en territorios remotos o con mutabilidad de domicilios. De ahí que, ante el conflicto entre los esposos o concubinos, el supuesto más frecuente es que uno de los progenitores toma la decisión de desplazar al menor de su residencia habitual ante el desconocimiento u oposición del otro, produciéndose de ese modo la sustracción internacional².

Puede también presentarse el caso que uno de los progenitores convenga en que el otro traslade al menor al extranjero con el compromiso de retornarlo dentro de un plazo estipulado, el cual empero se incumple llegando a consumarse la retención ilícita.

En el ojo de la tormenta familiar y la lucha de poder entre los adultos, encontramos a los niños, niñas y/o adolescentes que por su grado de vulnerabilidad se convierten a menudo en víctimas de la crisis familiar, en armas de presión o trofeos conquistados por alguno de los progenitores.

En procura de dar una respuesta tuitiva observamos que los instrumentos jurídicos internacionales sobre la materia se orientan a apuntalar los derechos y el interés superior del menor, como se evidencia en el sistema de las Naciones Unidas a través de la Convención sobre Derechos del Niño, el instrumento universal más importante³, vinculante para el Perú y con rango constitucional.

En el caso de los instrumentos jurídicos internacionales sobre desplazamiento internacional de menores se advierten sin embargo, entre otros, problemas derivados del concurso de tratados y disfuncionalidad con el derecho interno.

En efecto, cuando sucede el desplazamiento de niños, niñas y adolescentes, algunos Estados se encuentran desvalidos de fuentes jurídicas internas aplicables en forma uniforme, que permitan articular los compromisos internacionales o, en el mejor de los casos, que se registre ausencia de normas de conflicto de Derecho Internacional Privado entre los ordenamientos jurídicos concernidos con la controversia que no favorecen lecturas uniformes permeables al Derecho extranjero en beneficio del proyecto de vida del menor (justicia conflictualista).

Es, por ello, necesario pasar revista en forma sucinta a la evolución de los enfoques de derechos fundamentales de la minoridad frente al fenómeno del desplazamiento internacional de menores que describen el escenario en que interactuará el Derecho Internacional Privado Tuitivo de Familia para alcanzar la restitución de los niños, niñas y adolescentes.

II. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Como precisión de partida hay que señalar entonces que el núcleo de éste artículo se ubica en el continente del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado es la disciplina jurídica que se encarga de la

¹ BRIZZIO, Jacqueline. "La aplicación de la CIDIP IV sobre restitución internacional de menores en los tribunales de Córdoba". En: Revista La Ley. 2004. p. 1028.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

producción de reglas⁴ y directivas para la solución de controversias derivadas de la relación privada internacional, entendida como aquella situación jurídica surgida del tráfico externo que es privada porque vincula a los particulares⁵, (no excluyendo al Estado cuando actúa despojado de su *ius imperii*, como un particular) y que es internacional, al presentar elementos extranjeros relevantes (lugar de residencia habitual, lugar de ubicación de los bienes, ley de la nacionalidad, entre otros).

Tradicionalmente, se ha reservado como contenidos del Derecho Internacional Privado a (i) las cuestiones de **competencia jurisdiccional**, es decir, dirimir el órgano jurisdiccional o la autoridad competente para la solución de la controversia; (ii) el **Derecho aplicable** que apunta a decidir la fuente jurídica aplicable por la autoridad (*forum*); (iii) el **reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros**, lo que se materializa a través del proceso de *exequátur*; y, (iv) la **cooperación judicial y/o administrativa internacional**⁶, por la cual se persigue que la medida de restitución o de protección dictada por una autoridad pueda tener efectos extraterritoriales, a través de las sinergias de las denominadas Autoridades Centrales.

Hoy, se anexan nuevas dimensiones jurídicas a la disciplina, comprendiendo (i) el estudio de la movilidad humana internacional a través de los flujos de personas que participan de las migraciones internacionales⁷; (ii) el intercambio de bienes y servicios a partir de la liberalización de los mercados y de los procesos de integración; pero también al (iii) combate de las actividades transfronterizas ilícitas⁸ en un horizonte ampliado de víctimas, como

puede ser el caso de uno del hijo (menor y/o adolescente), progenitor, y ciertamente, la familia.

III. LA RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL DE FAMILIA: LÍNEA DE TRASMISIÓN PARA EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO TUITIVO

El régimen de familia en el Derecho Internacional Privado contemporáneo va más allá de la categoría “familia” cimentada sobre el matrimonio, el cual incluso no es de estructura única⁹. El modelo de matrimonio condiciona el concepto de familia y, así pues, de acuerdo a su evolución histórica observamos que éste pivotó en sus inicios en torno a los principios de dependencia, autoridad marital, jerarquía y subordinación.

En tiempos más cercanos, se deben reconocer más bien otros factores reorganizadores como la monogamia (y, en otros contextos incluso, la poligamia), la heterosexualidad y la exogamia, aunque sujetas empero a variaciones de acuerdo a los contextos sociales, culturales y económicos de cada región del mundo.

Es por ello que si, durante el siglo XIX, el matrimonio era la base de la familia y sustrato necesario para la paz social, en las dos últimas décadas del siglo XX se podrá observar más bien un proceso de **laicización**, por el cual la familia va perdiendo su carácter moralizante, produciéndose una crisis del modelo tradicional de familia. En ese sentido, los ordenamientos jurídicos, al decir de Pallarés, se “orientan por una línea protectora de la familia entendida como una agrupación libre de personas distintas e iguales”, es decir, en una categoría más amplia que la fundada en el matrimonio¹⁰.

⁴ Convenciones, protocolos, leyes Modelo, guías legislativas, Documentos uniformes, entre otros. Ver: <http://www.oas.org>.

⁵ DELGADO BARRETO; César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y César Lincoln CANDELA SÁNCHEZ. “Introducción al Derecho internacional privado”. Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP. 2004. p. 26.

⁶ VAN LOON, Hans. “The Protection of Children’s Rights – in particular from the point of view of private international law: summary of course”. En: “Derecho Internacional y Derechos Humanos. Libro conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, 24 de abril – 06 de mayo de 1995”. San José: Daniel Bardonnnet y Antonio Cancado Trindade (Editores).1996. p. 141.

⁷ Categoría que contextualiza fenómenos como la sustracción internacional de menores.

⁸ Ver: <http://www.oas.org> (Documento preparado por la Sub-Secretaría de Asuntos Jurídicos).

⁹ PALLARÉS, Beatriz. “El régimen internacional del matrimonio en el derecho de los países del cono sur del continente americano”. En: Jornadas de derecho internacional – OEA, Secretaría General. 2002. p. 1.

¹⁰ *Ibidem*.

Así pues, el Derecho de Familia y el Derecho Matrimonial van perdiendo en determinadas parcelas su carácter imperativo, permitiéndose que los particulares autorregulen sus relaciones privadas, de suerte tal que el Derecho interviene cuando se produce la falta de acuerdo entre las partes¹¹.

Resulta interesante no perder de vista que la construcción de los principios que rigen las relaciones de familia se inscriben en los instrumentos jurídicos internacionales en materia de Derechos Humanos de carácter universal.

En efecto, el principio general de respeto a la dignidad de la persona humana y al desarrollo de su personalidad en cuanto organización social familiar¹² es reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Organización de Naciones Unidas (en adelante, la ONU), el 16 de diciembre de 1966 (artículo 23); la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, (artículo 17); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la ONU el 18 de diciembre de 1979, entre otros instrumentos jurídicos internacionales.

En clave de principios generales fundamentales para la configuración de cada sistema de Derecho de Familia, se pueden reconocer para el análisis dentro del eje para éste artículo, a los siguientes:

- Reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, a disolverlo y a volver a celebrar otro.
- Plena igualdad jurídica de los contrayentes, de los cónyuges y entre los hijos, cualquiera sea su filiación.

- Co-participación para regular las relaciones en el ámbito de la familia, dimanantes del reconocimiento a la libertad del individuo y del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Separación conceptual entre matrimonio y familia, atendiendo a que el núcleo de la familia es el hijo y no el matrimonio, el cual de constatarse sólo incide directamente entre los cónyuges.
- Pérdida del carácter único del modelo tradicional de familia.
- Mantenimiento del carácter fundamental de la familia¹³.

Los principios generales del régimen de familia en los sistemas jurídicos de las civilizaciones occidentales se cimentan sobre las bases de la **libertad, igualdad y no discriminación**, pero, asimismo, el concepto de familia que se protege no se enmarca solamente en la familia basada en el matrimonio, sino como una unidad donde los progenitores ejercen en forma paritaria, la autoridad y prerrogativas sobre los hijos menores¹⁴, núcleo duro del Derecho Internacional Privado de Familia.

En determinados sistemas jurídicos, parecería que se empieza a vislumbrar cierta **neutralidad social** en lo que respecta a los diferentes modelos familiares¹⁵ dentro de un Derecho laico, donde el individualismo se ha llegado a desarrollar hasta el punto de afectar **la unidad** (ligada a la identidad familiar fundada sobre el matrimonio y determinada por la persona del varón y la mujer), condicionando, en definitiva, un pluralismo de estructuras familiares en algunos países occidentales¹⁶.

¹¹ Como ejemplo, hoy se permite la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibid.* p. 3.

¹⁴ BURT, Robert. "La constitución de la familia". En: BELOFF, Mary (Compiladora). "Derecho, infancia y familia". Barcelona: Editorial GEDISA S.A. 2000. p. 38.

¹⁵ Bucher sostiene que ésta aproximación se manifiesta igualmente en la manera de concebir la integración de la comunidad de parejas homosexuales. Observa que la homosexualidad aparece hoy en día, dejando siglos de reprobación moral oficial y deviene en objeto de protección social y jurídica que se sustenta con mayor o menor intensidad que en los otros modelos familiares. BUCHER, Andreas. "La famille en droit international privé" En: Recueil des Cours. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers. 2000. pp. 20-21.

¹⁶ *Ibid.* p. 21.

IV. LA RELACIÓN PRIVADA INTERNACIONAL RESPECTO A LOS HIJOS MENORES

Se observa asimismo que, en las sociedades occidentales, el(la) niño(a) deviene en un(a) compañero(a) que se afirma en la familia hoy como sujeto de derechos. A lo largo de muchos años (y de una lenta evolución), el hijo era considerado como objeto de protección, representando una base alejada de los derechos civiles y políticos (cuya aplicación se reservaba a los adultos). Sobre la premisa del **derecho de protección**, se explicarán un conjunto de deberes de la humanidad con la infancia a efectos de preservarla, aunque también ha servido de cobertura para tratamientos represores y paternalistas¹⁷.

En ese sentido, bajo este esquema, se reconocía al padre, la madre y al Estado el rol de dominadores absolutos de la vida del niño.

Posteriormente, el **interés del niño** se constituiría en un principio rector y en un criterio autónomo para definir el lugar del niño en la familia y en el contexto internacional. Así, la Convención de la ONU del 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño lo considera como **sujeto de derechos**¹⁸, constructor de su propia autonomía personal y jurídica.

Es por ello que el interés superior del niño se constituye en una categoría a ser ponderada por terceros, sean los padres o las autoridades estatales para graduar cada tipo de la intervención.

Este enfoque puede permitir comprender que la residencia principal del menor (aún en la hipótesis de domicilio múltiple), será el punto de confluencia y centro de gravedad para el ejercicio privado del vínculo paterno-filial bajo el marco de respeto de los derechos de los hijos¹⁹.

Desde esa perspectiva, el centro de gravedad de la relación paterno-filial deja de tener un enfoque paternalista.

El *status* de hijos va transitando hacia un enfoque “como individuos independientes, titulares de derechos subjetivos, merecedores no sólo de reconocimiento sino también de garantía y promoción”²⁰, a partir de lo cual se reconoce la **legitimidad de su participación** en las decisiones que puedan afectarlos.

Es por ello que la autorización de relocalización de menores a otro país se otorgará cuando el desarraigo traiga a los menores ventajas que superen las mermas por su traslado²¹.

V. LA EVOLUCIÓN DE LOS ENFOQUE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

El extenso período de tiempo y las mutaciones por las cuales el niño, niña o adolescente se encuentra en situación de indefensión y dependencia por su condición de minoridad, es ilustrado por Goldstein²², citando a Anna Freud, quien expone cómo “[...] este factor biológico, por un lado, carga a los padres con todo el peso de la responsabilidad por la supervivencia y bienestar de su dependencia y, por el otro, garantiza que las atenciones cotidianas a las necesidades múltiples del niño conviertan el lazo físico que las une en una unión mutua de vínculos psicológicos. Tales interacciones en proceso constante entre los padres y los niños se convierten para cada niño en el punto de partida inicial de desarrollo que conduce al funcionamiento del mundo de los adultos. La indefensión necesita del cuidado absoluto y el tiempo extra es transformado en necesidad o deseo por aprobación o amor. Esto favorece el deseo de agradar conforme a los gustos paternos. Provee una base de desarrollo sobre la cual

¹⁷ AMICH ELÍAS, Cristina. “Los sistemas regionales de derechos del niño: Unión Europea y Brasil”. En: Revista de Estudios Europeos 46-47. 2007. p. 111.

¹⁸ BUCHER. Andreas Op. cit. Loc. cit.

¹⁹ BERMÚDEZ, Manuel. “La regulación de la tenencia compartida en el Perú (Ley 29269)”. En: Revista de Derecho de Familia 41. 2008. p. 263.

²⁰ TAMAYO, Silvia. “El interés del menor como criterio de atribución de la custodia”. En: Revista de Derecho de Familia 41. 2008. p. 37.

²¹ CASADO, Eduardo. “La disyuntiva del niño frente al proyecto de vida de uno de sus progenitores en el extranjero. Sobre un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que autoriza a la madre que ostenta la tenencia a su hijo a radicarse en España con él”. En: Revista de Derecho de Familia 49. 2011. p. 87.

²² GOLDSTEIN, Joseph. “¿En el interés superior de quién?”. En: BELOFF, Mary (Compiladora). Op. cit. p. 119.

se apoya la responsabilidad del niño en los esfuerzos educacionales. El amor hacia los padres los conduce a su identificación con ellos, sin la cual el control del impulso y la socialización resultarían deficientes. Finalmente, luego de años de infancia, llega la prolongada y en varios aspectos dolorosa lucha adolescente por obtener una identidad diferenciada, apoyada en la confianza en sí mismo física, emocional y moral”.

Desde el campo jurídico, sin embargo, ha existido un desfase para internalizar estas categorías del desarrollo de la personalidad, brindando a la minoridad el tratamiento de sujeto de derechos.

A la luz de los diversos enfoques **tradicionales** sobre niñez y adolescencia, se ha visto que ser menor supone ser dependiente y carecer de autoridad para tomar una decisión sobre lo que resulta siendo mejor para sí mismo, al margen del control de los progenitores o representantes legales. En cierta forma, se consideraba que por su condición los menores podían encontrarse en riesgo²³.

Se asocia en cambio a la adultez, bajo este enfoque, la condición de ser jurídicamente libre para aceptar riesgos, con capacidad independiente y autoridad necesaria para resolver en forma individual qué es lo que resulta mejor para sí mismo²⁴, o en el caso, para sus hijos.

En efecto, bien entrado el siglo XX, a los hijos menores no se les reconocía como titulares de libertades y **derechos de participación democrática**, sino básicamente de derechos sociales (educación, salud, trabajo, como protección frente a la explotación laboral; por ejemplo, algunos convenios de la Organización Internacional del Trabajo –OIT)²⁵.

Será recién con la Declaración Universal de 1948 que se instala **en forma expresa una regla de equiparación**, en el discurso de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional, que parte del reconocimiento a la igualdad entre los hijos al margen

de su condición (de matrimoniales o extramatrimoniales), y por género, a partir del derecho a la igualdad entre niñas y niños.

Analizando la impronta de la perspectiva **tuitiva** en los instrumentos jurídicos internacionales, Amich²⁶ señala que “en 1959, las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, mas su formulación continuaba sin avanzar en el reconocimiento de derechos civiles y políticos, centrándose en una profundización del derecho de protección y de los derechos sociales de educación y asistencia social, los cuales, a su vez, serán progresivamente consolidados y desarrollados en diversos instrumentos parciales. No será diferente la perspectiva de los Derechos Humanos y de Libertades Fundamentales o de la Carta Social Europea: Sólo el derecho a la igualdad, al nombre y a la nacionalidad, así como ciertos aspectos de los derechos penales y procesales, estarán presentes”.

Así pues, la Declaración de Derechos del Niño de 1959 servirá de marco y referente teórico para el desarrollo de políticas de **bienestar** del menor (propios del Derecho de Menores Clásico), con el fin de satisfacer los requerimientos de salud, afecto, comprensión, educación, esparcimiento y seguridad social, los mismos que encontrarán posterior desarrollo legislativo en los Códigos de Menores²⁷.

Será recién con la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989, que se adopta en el Derecho Internacional el reconocimiento de **derechos activos** del niño o **derechos de autonomía**, incluyendo entre otros, la libertad de expresión, de información, de pensamiento, de conciencia y de religión, así como la libertad de asociación, de reunión, el derecho a la intimidad y al honor.

En efecto, la interpretación exclusivamente tuitiva es matizada con una nueva concepción que postula que el niño es sujeto de derechos morales en las dimensiones de la libertad, la igualdad y

²³ Ibid. p. 118.

²⁴ Ibidem.

²⁵ AMICH ELÍAS, Cristina. Op. cit. p. 112.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibid. p. 113-114.

la seguridad. En clave de esta perspectiva, se le considera sujeto de derechos no solo pasivos (por lo cual recibe prestaciones de los adultos), sino ante todo, **derechos activos** como la libertad de pensamiento, expresión, información, asociación, reunión y participación²⁸.

La discusión respecto del ejercicio de los derechos activos ha girado en torno al factor de los derechos de los progenitores y el factor de la edad, en que debe reconocérseles aquellos. En este contrapunto, convenimos con quienes consideran que el debate mayoría-minoría de edad debe ser replanteado por un sistema de tramos que reconozca la incapacidad genérica para los infantes y más bien la capacidad genérica para los menores regulando por tramos los tipos de actos que el menor no pueda realizar autónomamente o aquellos en que su consentimiento y decisión demande los complementos (propios de la intervención paterna o de sus representantes legales). Así pues, la condición de la minoridad no debe apreciarse necesariamente como una persona totalmente incapaz sino, al decir de Díez Picazo, citado por Amich²⁹, con una **capacidad especial**.

Encontramos entonces que el Derecho Internacional de los Derechos del Niño como sujeto activo con la condición peculiar de **persona en desarrollo** se reconoce con la Convención de las Naciones Unidas de 1989, la cual incorpora además el paradigma de la **protección integral**³⁰, que se aleja del enfoque menor-problema social como justificante de la intervención estatal.

En ese sentido, los niños, niñas y adolescentes tienen derechos exigibles y oponibles, gozando de medidas de protección frente a la amenaza o lesión por el Estado, la sociedad, sus progenitores o responsables.

Estas categorías serán ampliadas a través de otros instrumentos jurídicos propios de las especificidades regionales.

Desde el contexto regional europeo, los derechos de los menores han sido reconocidos por la Carta Europea de los Derechos fundamentales, en cuyo artículo 23, se establece lo siguiente:

Artículo 23.- "Protección de los niños

1. Los niños tienen derecho para su bienestar a la protección y a los cuidados necesarios. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y a su madurez.
2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial"³¹.

Más aun, en el espacio europeo se promueven actividades para que los niños intervengan directamente en el proceso y estrategias sobre los derechos de la infancia, configurándose en un tema con envergadura propia, no subsumidos únicamente en los derechos humanos generales.

Diversos factores afectan la **continuidad** de la unidad familiar, por ejemplo, la separación de los progenitores en que la autoridad judicial sustituye el entendimiento compartido entre los padres separados. Asimismo, en virtud de un mandato legal, cuando se impone la voluntad de uno de los progenitores sobre el otro, a partir de un régimen de visitas y órdenes de custodia conjunta³².

En efecto, los complejos procesos evolutivos para el desarrollo de la minoridad justifican que la intervención estatal sea mínima, comprendiendo las limitaciones existentes para sustituir en forma adecuada los vínculos de sangre y vasos comunicantes diversos entre los progenitores y sus hijos³³ que se sustancian entre otras, por las siguientes instituciones:

²⁸ *Ibíd.* p. 114.

²⁹ *Ibíd.*em.

³⁰ *Ibíd.* p. 117.

³¹ *Ibíd.* p. 123.

³² GOLDSTEIN, Joseph. *Op. cit.* p. 116.

³³ *Ibíd.* p. 120.

A. La patria potestad

Supone un derecho natural reconocido por el Derecho positivo para ser ejercido sin implicar abuso del Derecho³⁴. Al hablar del ejercicio conjunto de la patria potestad, ello supone que el conjunto de decisiones relacionadas con los hijos deben ser tomadas de común acuerdo, entre éstas, como el fijar la residencia de los hijos en el extranjero³⁵.

B. La custodia

A efectos de comprender por qué la continuidad de las relaciones parentales contribuyen al desarrollo normal de un niño, resulta ilustrativo citar la observación de Goldstein³⁶, quien señala que “el crecimiento físico, emocional, intelectual, social y moral del niño no puede ocurrir sin ocasionarle dificultades internas inevitables. La inestabilidad de todos los procesos mentales durante el período de desarrollo necesita ser compensada por la estabilidad y el apoyo ininterrumpido proveniente de ámbitos externos. El crecimiento compensado se detiene o se interrumpe cuando los sobresaltos y cambios del mundo exterior se agregan a aquellos interiores”.

Desde la perspectiva de éste autor, la **continuidad** de las relaciones **paterno filiales psicológicas** asegura la unidad de la familia en armonía doméstica, sirviendo de sustento a la custodia conjunta para el desarrollo del niño³⁷.

De modo tal que, en un proceso de custodia sobre los hijos, a la autoridad judicial sólo le corresponderá responder quién tendrá la custodia y no cómo o bajo qué condiciones el que tenga la custodia se relacionará con el niño y con el otro progenitor³⁸.

El derecho a custodia comprende el derecho de cuidado del menor y en especial comprende

la facultad de decidir su lugar de residencia. La custodia puede ser ejercida en forma separada o conjunta y suele ser otorgada de pleno derecho por una decisión judicial, administrativa o un acuerdo válido y vigente conforme a la ley del lugar de otorgamiento.

La custodia compartida se podría dar en el caso que un progenitor tuviera la custodia atribuida pero requiriera del consentimiento del otro para poder abandonar el país con el hijo, pudiendo entenderse entonces que, en términos prácticos, por el hecho de estar supeditada la salida del menor al consentimiento del otro progenitor, no tendría el derecho de decidir la residencia del menor³⁹.

VI. EL OBJETO DE LA RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Es común que el progenitor al que se le afecta el derecho de tenencia o el régimen de visitas, debido a la sustracción, esté inclinado a invocar la restitución del menor, en tanto no contempla la posibilidad de movilizarse al lugar donde fue llevado el hijo. Por el contrario, cuando acepta movilizarse para reencontrarse con el hijo (al lugar donde aquél fue trasladado), no toma cuerpo por lo general, ninguna denuncia de sustracción⁴⁰.

Asimismo, resulta claro que la sustracción se produjo porque el otro progenitor (sustractor), no toleró vivir en el lugar de residencia habitual del hijo.

Lo cierto es que, en los variados escenarios de la sustracción internacional o retención ilícita surgen alteraciones anímicas entre todos los involucrados en el conflicto familiar.

Así pues, se identifican estados de tensión emocional entre los padres, en la estación previa a la sustracción y que conducen a que uno de ellos opte por llevar a cabo la

³⁴ ORGEIRA, Mariano. “El padre como sujeto activo del delito de sustracción de menores”. En: Revista La Ley. 2007. p. 21.

³⁵ RAYA DE VERA, Eloisa. “Interpretación del derecho de custodia”. En: Revista jurídica La Ley. 2009. p. 615.

³⁶ GOLDSTEIN, Joseph. Op. cit. p.115.

³⁷ *Ibid.* p. 116.

³⁸ *Ibid.* p. 122.

³⁹ RAYA DE VERA, Eloisa. Op. cit. Loc. cit.

⁴⁰ ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. “Límites al conocimiento en el proceso de restitución de menores víctimas de sustracción ilegal”. En: LL Gran Cuyo. 2006. p. 359.

sustracción del hijo de la custodia o régimen de visitas, con la consiguiente desarticulación del grupo convivencial. Este tipo de alteraciones son percibidas y se impregnan en el menor generándole inestabilidad, en tanto que estas señales se originan en los núcleos que deben procurarle seguridad física y emocional.

Del mismo modo, la fragilidad emocional que aquel traía, previa a la sustracción, se acrecienta al producirse la misma, con la ausencia del otro progenitor y con los lazos de dependencia que se establecen con el progenitor aprehensor o retenedor, considerado, en palabras de Ortemberg⁴¹, “su único **sostén emocional y físico**” [El énfasis es nuestro].

Luego, la misma solicitud de retorno puede agregar nuevos estados de tensión emocional, en el progenitor aprehensor o retenedor y en el propio menor, por una orden de retorno, desarrollándole sentimientos de pánico.

Es por ésta razón que los dictámenes psicológicos que se practican a los menores, en la estación para decidir el retorno, determinan inestabilidad emocional, la cual debe llevar a valorar la sustracción o retención ilícita como un “un ataque al niño que sufre pasivamente una privación del vínculo emocional con su otro progenitor”⁴².

Desde la perspectiva jurídica, la sustracción es ilegal porque se produce sin la autorización del otro progenitor o de la institución que lo tuvo a su cargo. En ese orden de ideas, la restitución procura por ejemplo, restablecer el orden familiar alterado por la sustracción,

sin resolver los temas de fondo relacionados con la tenencia y el régimen de visitas.

VII. COROLARIO: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA, ADOLESCENTE

A partir del Convenio sobre Derechos del Niño se debe asumir qué hace al interés superior del niño el mantener vínculos con ambos progenitores.⁴³ Más aún, el interés superior se pondera no sólo por la situación del presente del menor sino en particular por la proyección hacia su futuro (que prevalece sobre el presente).

La realización de un informe psicológico sobre el menor, de encuestas de trabajo social sobre la residencia del menor y su familia, de estudios psicológicos sobre los padres y la composición familiar, así como la determinación de las condiciones socioeconómicas en el espacio familiar, suelen ser valorados como medios probatorios a la hora de discernir el interés superior del menor.

No obstante y por paradójico que parezca, en ocasiones incluso cuando se ha producido el **aquerenciamiento** o arraigo del niño, niña o adolescente con su nuevo entorno físico, parental, cultural o vivencial, puede resultar prudente mantener el *statu quo* de la sustracción para librar al menor de un nuevo trauma por el retorno al lugar del que fue sustraído, con las secuelas de desarraigo, depresión y dolor⁴⁴. Esta posibilidad tiene siempre el inconveniente de privar al menor del progenitor dejado en abandono, y aquel (aquella) llevar a cabo un sublime sacrificio y objetiva racionalidad a la hora de tomar su decisión, por el interés superior del hijo.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

ENFOQUE  DERECHO
.COM

“NO COMETERÁS ACTOS IMPUROS”: EL ORDEN PÚBLICO Y EL CONTROL JUDICIAL DEL LAUDO ARBITRAL*

Alfredo Bullard González**

Miembro del Comité Consultivo de THĒMIS

Hoy en día, la discusión en torno a la revisión judicial posterior de laudos arbitrales pasa por el principio del “orden público”, afirmándose que el resultado de un arbitraje que contravenga dicho principio podría no ser ejecutable. El problema es que el concepto de “orden público” es muy amplio y subjetivo. El problema es mayor en el caso de la ejecución de laudos extranjeros, en los cuales es posible su inaplicación por contravenir el orden público internacional, así como, además, por contravenir el concepto de “orden público” entendido en el lugar donde se ejecuta el laudo.

En el presente artículo, el autor critica la revisión e inaplicación judicial de laudos arbitrales extranjeros basada en la contravención del llamado “orden público nacional”. Así, propone una interpretación restringida de la Convención de Nueva York, que impida la ejecución de un laudo arbitral sólo cuando sea contrario al “orden público nacional, para efectos del Derecho Internacional”; es decir, cuando contravenga a los principios más básicos de moralidad y justicia del ordenamiento mundial. Así, se resolverá el problema de esta “dualidad” del concepto de orden público, facilitando la asimilación de laudos extranjeros en el ordenamiento nacional y otorgando seguridad jurídica.

* El autor desea agradecer la colaboración de Jose Luis Repetto en la elaboración del presente artículo. Sin su apoyo en la investigación y su aporte intelectual, este trabajo no hubiera sido posible.

** Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS. Ha participado como árbitro en más de 200 arbitrajes incluyendo casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

I. INTRODUCCIÓN

Dice la leyenda que, cuando Moisés bajo del Monte Sinaí, llevaba bajo el brazo las Tablas de la Ley. Una vez que se encontró frente al pueblo, comenzó a leer, uno por uno, los diez mandamientos. Al llegar al sexto (“no cometerás adulterio”) el pueblo expresó su desacuerdo. Ante el disgusto y el reclamo popular, Moisés se limitó a decir: “Eso dice la Ley. Habrá que ver qué dice la jurisprudencia”.

La historia (que, como es obvio, no es la reflejada en la Biblia) nunca ha sido más cierta que cuando nos referimos al control de los laudos arbitrales por las cortes ordinarias. Sea por la vía del recurso de anulación o por la vía del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, las leyes arbitrales (usualmente parcas y de texto abierto) no dicen mucho. Será usualmente la jurisprudencia de cada corte nacional la que determinará, de ordinario y con un cierto grado de discrecionalidad, si el laudo es válido o ejecutable. Como diría Moisés, más allá de lo que diga la Ley, será la jurisprudencia lo realmente importante. Y no la jurisprudencia en abstracto, sino la jurisprudencia de cada país en particular. Y de todas las causales de nulidad, o de no reconocimiento o ejecución del laudo, la que más se presta para el rol protagónico de la jurisprudencia, es la referida al conflicto entre el laudo y el orden público; es decir, la generada por problemas de *public policy*.

El catecismo de la Iglesia Católica ha cambiado el “no cometerás adulterio”, al menos como literalmente aparece en el libro del Éxodo, y lo ha redactado de manera distinta: “No cometerás actos impuros”. Y creemos que las leyes de arbitraje y las convenciones internacionales han hecho algo parecido.

El término “adulterio” tiene un sentido más o menos cerrado y claro: Tener una relación sexual con alguien distinto a tu cónyuge. Por supuesto, podemos tener discusiones interesantes sobre qué es tener sexo y, por tanto, qué es adulterio¹. Pero existe un cierto grado de certeza. Es una fórmula relativamente cerrada. Pero el término “no cometerás actos impuros” es bastante más problemático. La

calificación de “acto impuro” dependerá del carácter más o menos conservador, más o menos liberal, del intérprete, generando una diversidad de interpretaciones mucho más amplia de la que se concibe un término como “adulterio”.

En el inventario de posibles actos candidatos a la calificación de “acto impuro” puede estar desde un inocente beso en la mejilla, hasta un acto de sadomasoquismo. Y los puntos intermedios son infinitos.

Una calificación abierta, sin contenido propio, admite casi cualquier interpretación. Quien tenga que tomar una decisión con consecuencias legales, sobre la base de un término tan amplio, está dotado de una gran discrecionalidad. Y quienes, como partes, tenemos que sentarnos a esperar la interpretación, estaremos sumergidos en una gran inseguridad e incertidumbre.

Para un buen observador, un término como “orden público” se acerca bastante a una calificación como “acto impuro”. Dependerá del carácter liberal o conservador, privatista o publicista, nacionalista o internacionalista, del intérprete para arrojar resultados bastante distintos.

El orden público es un concepto peligroso, precisamente porque define un “pecado” en base a una regla abierta y discrecional. De la misma manera como uno se puede jugar la ida al infierno con una interpretación sobre qué es un acto impuro, un tribunal arbitral puede presenciar la muerte de su laudo por un criterio dispar sobre cómo leer un concepto como el de orden público.

Lo dicho, que ya es problemático en el marco del arbitraje doméstico, se torna en mucho más complejo en el Arbitraje Internacional. Por lo menos en el arbitraje doméstico, los árbitros (usualmente de la misma nacionalidad que la corte que revisará la validez del laudo o la ejecución del mismo) están en mejor posibilidad de conocer e identificar cómo piensan los jueces a cargo del control del laudo. En términos de Moisés, pueden saber mejor “qué dice la jurisprudencia”.

¹ Fue célebre la discusión sobre si la relación entre el ex Presidente Clinton y Monica Lewinsky (sexo oral) fue un caso de adulterio, o simplemente una conducta impropia. Usualmente las normas de divorcio plantean el mismo problema.

En cambio, en el Arbitraje Internacional los árbitros suelen ser de nacionalidad distinta a la de los jueces que revisaran el laudo. Desconocen la Ley, pero sobre todo la conciencia y principios que aplican los jueces locales que controlarían el laudo. Y, en lo concerniente a la ejecución, podríamos estar hablando de muchas jurisdicciones en las que se puede intentar un reconocimiento y una ejecución de la decisión. De hecho, los árbitros podrían nunca haber imaginado que el laudo intentaría ser ejecutado o reconocido en varias de esas jurisdicciones. No se sabe si un acto que se considera un inocente besito podría, en determinada jurisdicción, ser considerado un pecado mortal.

Partiendo de esta perspectiva, este artículo analiza este problema y, en particular, las diferencias entre estar sujetos al concepto de "orden público" y estarlo al llamado "orden público internacional".

II. ¿Y QUE DICE LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS "ACTOS IMPUROS"?

La mejor manera de entender el problema que plantea el control de laudos por la causal de ser contrario al orden público es revisando casos. Este inventario tiene por propósito identificar el tipo de problemas que se presentan. Algunos son casos reales, sea que hayan sido publicados o que hayan llegado a conocimiento del autor por su experiencia arbitral o profesional. Algunos son hipotéticos, aunque en todos los casos tienen alguna base en hechos reales. Como se verá hay una gran diversidad de supuestos y todos se prestan a interpretaciones muy distintas y diversas.

En Inglaterra ocurrió un caso peculiar. Una corte inglesa² se negó a ejecutar un laudo que daba cumplimiento a un contrato entre un padre y un hijo que involucraba contrabandear alfombras de Irán, en flagrante violación de las leyes de aduanas. El padre y el hijo decidieron someter la controversia a arbitraje del Tribunal del Gran Rabino de Londres, quien

aplicaba la ley judía. El laudo se pronunció a favor de hacer cumplir el contrato, sin importar que el acuerdo fuera ilegal³. Cuando este caso llegó a las cortes inglesas, éstas se negaron a reconocer la ejecución bajo el siguiente razonamiento: "The Court is in our view concerned to preserve the integrity of its process, and to see that it is not abused. The parties cannot override that concern by private agreement. They cannot by procuring an arbitration conceal that they, or rather one of them, is seeking to enforce an illegal contract. Public policy will not allow it"⁴.

Otro caso interesante es el de *Westacre Investments Inc. v. Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd*⁵. Esta controversia surgió de un contrato de consultoría para la venta de equipos militares en Kuwait. Westacre inició un arbitraje, reclamando el pago de sus honorarios profesionales por los servicios de consultoría. Por su parte, Jugoimport se defendió alegando que el contrato violaba la ley de Kuwait y el orden público, porque el contrato involucraba sobornos y tráfico de lobby (tráfico de influencias) a los funcionarios de esta empresa pública. El tribunal arbitral encontró que no había pruebas de corrupción y consideró que, de acuerdo a la Ley suiza (la ley aplicable al fondo de la controversia acordada en el contrato), el tráfico de influencias para obtener contratos públicos no era ilegal. Este laudo fue luego impugnado en un Tribunal Federal Suizo, que rechazó el recurso. Asimismo, en las cortes inglesas, se rechazó la anulación, tanto en primera instancia cuanto en la corte de apelaciones. Ello, sobre la base de que las imputaciones de corrupción no estaban probadas y el lobbying (tráfico de influencias) no era una actividad ilegal de acuerdo a Ley elegida por las partes⁶.

El autor de este artículo tuvo conocimiento de un caso en el que, por razones de confidencialidad, no es posible identificar a las partes. En él, dos empresas se habían asociado para ejecutar un proyecto que implicaba contratar con una entidad del Estado. Al

² Ver: Caso *Soleimany v. Soleimany*. 1999. QB 785.

³ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. "Recognition and Enforcement of Arbitral Awards". En: Redfern and Hunter on International Arbitration. La Haya: Kluwer International Law. 2009. p. 655.

⁴ Ver el ya mencionado caso *Soleimany v. Soleimany*.

⁵ Ver: Caso *Westacre Investments Inc v. Jugoimport-SPDR Holding Co. Ltd*. 1999.

⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 656.

momento en que una de ellas rindió cuentas sobre la ejecución del contrato, incluyó entre los gastos el pago de “comisiones” a funcionarios de la entidad para obtener la buena pro. La otra empresa se negó a pagar esos gastos, alegando que no podía reconocer gastos derivados de corrupción. Su contraparte le replicó que su representante estaba perfectamente al tanto de dichos gastos y los había aprobado.

El caso llegó a arbitraje, en el que se demandó el pago de las “comisiones”. Desconozco qué resolvieron los árbitros y si se consideraron competentes para definir si el pago se podía efectuar. Pero, de haber ordenado el pago, el caso era un perfecto candidato a ser llevado a control judicial sea por la vía de anulación, sea por la vía de oposición al reconocimiento o ejecución de laudo.

Otro caso del que tuve conocimiento fue uno en el que se había contratado para el suministro de repuestos y reparación de equipamiento militar. La fuerza militar de un país había así contratado a una empresa extranjera para tal fin. El equipamiento provenía de un país diferente a aquel al que era nacional la fuerza militar. Durante el arbitraje, se cuestionó la arbitrabilidad de la controversia. Se alegó que la celebración del contrato requería, de acuerdo a la legislación del país de origen del armamento, la aprobación previa del Ministerio de Defensa de dicho país, lo que no habría ocurrido, por lo que el contrato era nulo y la controversia no era arbitrable.

El Tribunal Arbitral, en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz* se declaró competente, pues señaló que en caso de ser cierto que el contrato era nulo, por la separabilidad del convenio, dicha nulidad no necesariamente afectaba el convenio arbitral. Luego, el Tribunal declaró válido el contrato y ordenó que éste se ejecute según sus términos. Se planteó, entonces, la nulidad del laudo, la que fue desestimada por las cortes ordinarias, pues se consideró que el requisito de aprobación por el Ministerio de Defensa del país de origen del armamento no afectaba el orden público del país donde el contrato debía cumplirse.

Un cuarto caso interesante se planteó con relación al régimen cambiario de un determinado país. Una empresa nacional de un país A, era acreedora de otra empresa nacional de un país B. Durante las fechas en que los pagos debían efectuarse, el régimen cambiario del país B establecía limitaciones a la remesa de divisas para el pago de deudas a empresas extranjeras, con lo que el pago debía efectuarse en el territorio del país B. El régimen cambiario preveía que la deuda podía pagarse en moneda nacional a un tipo de cambio establecido por las autoridades del gobierno. Ese tipo de cambio era bastante desfavorable para el acreedor.

Las partes recurrieron a un arbitraje para determinar si el régimen cambiario vigente debía ser respetado en la relación contractual, alegándose que era un régimen de orden público en el lugar de pago y que, por tanto, los árbitros no podían ordenar su inaplicación. El tribunal arbitral, sin embargo, declaró que el pago debía hacerse a un tipo de cambio real (de mercado) y no al tipo de cambio establecido en las regulaciones del país B. El laudo no fue objeto de solicitud de anulación.

Lo interesante del caso es que, varios años después, las autoridades concursales del país B tuvieron que discutir el mismo problema en el procedimiento de insolvencia de la empresa deudora. A la fecha de la insolvencia de la empresa deudora, su acreedora no había cobrado todo el crédito. Sin embargo se cuestionó que el monto fijado en el laudo no podía ser reconocido por la autoridad concursal, porque el Tribunal Arbitral había violado normas de orden público y que, por tanto, no se podía perjudicar a los demás acreedores reconociendo un monto superior al que el tipo de cambio aplicable en su momento hubiera determinado. Lo cierto es que “la sangre no llegó al río” porque la autoridad concursal reconoció el carácter de cosa juzgada del laudo y aceptó el crédito según los términos establecidos en el laudo.

Otra área en donde se ha planteado el problema de vulneración del orden público en laudos es el de las normas *antitrust* o de libre competencia. Según Fouchard, Gaillard y Goldman⁷, un gran número de

⁷ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer Law International. 1999. p. 348. Cita: “A large number of arbitral awards have recognized the arbitrability of disputes involving issues of antitrust law”.

laudos arbitrales han reconocido la arbitrabilidad de las disputas que incluyen cuestiones del Derecho de la Competencia. En ese sentido, en el caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*⁸, la Corte Suprema de los Estados Unidos precisó que las demandas por *antitrust* pueden ser arbitradas. Sin embargo, hizo énfasis en que las cortes nacionales de Estados Unidos pueden tener una segunda mirada a estos laudos para asegurar que el legítimo interés público ha sido adoptado y protegido por el Tribunal Arbitral: “In the United States, too, the interplay between public policy and the enforcement of antitrust arbitral awards, has proved significant. The general approach was set by the US Supreme Court in the case of *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*, in which it confirmed the arbitrability of antitrust claims, but emphasized that US national courts would have the opportunity to have a ‘second look’ at such arbitral awards in the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws had been addressed by arbitral tribunal. In practice, however, US Courts of Appeal have demonstrated different views with respect to their power to review an arbitral award *au fond*. For instance, in 2003, a divided Court of Appeal for the Seventh Circuit, considering the enforcement of a domestic award, quoted *Mitsubishi*, stating that a court should only confirm that the arbitral tribunal ‘took cognizance of the antitrust claims and actually decided on them’. No further review of the merits had to be carried out. However, one year later, the US Court of Appeal for the Fifth Circuit did not refrain from a substantive review of the merits of a domestic antitrust arbitral award”.

El inventario de casos cubre una diversidad enorme de situaciones que pasan por aplicación de normas concursales, reglas regulatorias, problemas de seguridad nacional, corrupción, posibilidad de tribunales arbitrales de levantar el velo societario, de reconocer un pacto de *cuota litis* prohibido por la legislación de un país, laudos contrarios a leyes de distribución y agencia, falta de motivación (alegando que la motivación de un laudo es un asunto que atañe al orden público o uso de pruebas ilícitas), entre otras.

III. INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE Y EL CONTROL JUDICIAL.

El control judicial del arbitraje ocurre, como regla general, *ex post* a la emisión del laudo. Ésta es una característica particular del convenio arbitral y que lo diferencia de la ejecución de otro tipo de contratos.

Del contrato para arbitrar (del convenio arbitral) se derivan diversas obligaciones. Pero la principal de todas es una de no hacer: Las partes se comprometen, en caso de un conflicto, a no recurrir a las cortes ordinarias, al menos en un inicio. Todas las demás obligaciones (incluido cumplir el laudo que se emita) se derivan de la primera. Si la obligación de no hacer no se cumple o no se ejecuta a bajo costo, las demás obligaciones pierden sentido y se vuelven inejecutables o inútiles.

La obligación de no hacer tiene dos alcances, vinculados pero distintos. El primero se refiere al fondo de la controversia. Respecto de ella, la obligación implica no recurrir ni en un principio, ni nunca al Poder Judicial. La regla general es que las cortes ordinarias jamás decidirán sobre las consecuencias del incumplimiento del contrato, su interpretación o la nulidad o ineficacia del mismo. Ese es el contenido esencial del acuerdo sobre el fondo. De existir un convenio arbitral, el fondo jamás será competencia de alguien distinto a los árbitros.

El segundo alcance se refiere a los aspectos formales del Arbitraje y, en particular, del convenio arbitral. La obligación de no recurrir a los jueces ordinarios respecto de asuntos como la jurisdicción de los árbitros, la validez o eficacia del convenio arbitral, o el cumplimiento de los acuerdos contenidos en el mismo (como la oportunidad de ejercer la defensa o designar a los árbitros de la manera pactada) es exigible en un principio, pero no en un final. Acabado el arbitraje, sí habrá control judicial, pero solo *ex post* al laudo. Ese control puede ejercerse por la vía del recurso de anulación o por la vía de las oposiciones al reconocimiento y ejecución de laudo.

Como veremos más adelante, el problema del orden público plantea una discusión difícil en

⁸ Ver: U.S. Supreme Court - *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*. 473 U.S. 614. 1985.

este contexto. Y es que orden público puede ser visto como un tema de fondo o como un tema de forma (ligado a la arbitrabilidad). Imaginemos que un laudo ordena el pago de una deuda sujeta al sistema concursal y que, de acuerdo a la ley de quiebras de un país dado, no resulta exigible. Según del lado del que se mire, podemos estar en el cualquiera de los supuestos.

Una forma de verlo es que al declarar la exigibilidad de una deuda suspendida en su cobranza por la ley concursal, el laudo ha inaplicado una norma de orden público pertinente al fondo, y, por tanto, puede ser anulada por la decisión de fondo. Con ello, la corte ordinaria podría revisar el fondo de lo decidido.

Otra forma de verlo es que el problema del orden público atañe a la arbitrabilidad de la controversia, pues al haber resuelto los árbitros sobre la exigibilidad de una deuda concursada, se han abocado a conocer una materia sobre la cual sólo las autoridades concursales son competentes porque se refiere al orden público.

Una posibilidad es, entonces, ver el problema del orden público como un asunto que se refiere a la arbitrabilidad, con lo que es de competencia exclusiva de los árbitros sólo por un tiempo (antes del laudo), y se refiere a un aspecto meramente formal. El problema es que es común que los tratados y las leyes de arbitraje contemplen la arbitrabilidad como una causal distinta a la de violación del orden público⁹.

La otra posibilidad es considerar que un laudo contrario al orden público es una excepción a la regla de que sobre el fondo del asunto sólo los árbitros son competentes. En ese caso, se aplicaría la misma regla de que el pronunciamiento judicial es *ex post* al laudo, pero el fondo (o al menos un aspecto del mismo) sí es revisable. Así, los árbitros sí pueden decidir, dependiendo del caso, sobre

un asunto de orden público, pero al hacerlo no pueden ir contra el orden público.

Y si queremos complicar el panorama, el orden público relevante puede no sólo ser el de la sede del arbitraje, el del país cuya Ley es aplicable al fondo de la controversia, sino también el de la ley del país de las partes, o el del país o países en los que el laudo será ejecutado. Como se ve, un problema bastante más complejo que simplemente determinar cuándo estamos frente a un “acto impuro” como pecado.

El problema no es sencillo. Una interpretación exageradamente amplia del concepto de orden público (como sucedería con los actos impuros) podrían llevar a una revisión judicial (siempre *ex post*) de casi cualquier aspecto de la controversia. Lo cierto es que la revisión siempre será *ex post*. Lo que hace particular la causal de que el laudo sea contrario al orden público es el que abriría la posibilidad de revisión de aspectos del fondo de la controversia por parte de los jueces ordinarios.

Siempre se podrá decir que será mejor que primero alguien dirima qué es de orden público y qué no, a fin de evitar que los árbitros “se equivoquen” al aplicar el orden público. El problema será quién debe ser ese “alguien”. Y si ese alguien es el Poder Judicial, entonces surge el conflicto con el carácter inevitable del arbitraje. Resulta que si las partes sometieron a arbitraje un asunto que atañe o podría ser relevante al orden público, ir primero a los jueces rompería el principio de inevitabilidad.

Sea cual sea el supuesto, la obligación de no hacer derivada del convenio arbitral, por su naturaleza (conseguir que una autoridad jurisdiccional se abstenga de participar, por lo menos en un inicio) es muy difícil de ejecutar, al menos bajo la concepción contractual común. Eso convierte al contrato para arbitrar en uno bastante extraño. Los esquemas de cumplimiento típicos de un contrato son inútiles y no garantizan que se cumpla el contrato para arbitrar.

⁹ Así lo establece, a título de ejemplo, la ley peruana, que regula ambas causales por separado en el artículo 61:

1. “El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a Ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional”.

La obligatoriedad del convenio, ¿nace del convenio mismo o se origina en la ejecución por las cortes ordinarias? Allí surge la paradoja que el sistema tiene que solucionar. Este problema explica las características especiales del convenio arbitral, y sobre todo de su forma de ejecución. Y es que si esa obligación se incumple, no es admisible, como solución, ir al Poder Judicial para que la ejecute, pues precisamente lo que las partes pactaron fue no ir, al menos en un principio, al Poder Judicial. ¿Cómo asegurar que se cumpla lo pactado sin incumplir la obligación de no hacer que se ha pactado? Si permitiéramos parar el arbitraje cada vez que se alega orden público, casi ningún arbitraje prosperaría. Por ello, el asunto del orden público, sea que afecte la arbitrabilidad, sea que afecte el sentido en el que se tiene que aplicar, es en principio competencia de los árbitros.

Ello porque el convenio arbitral es, pues, un contrato bastante extraño. Contiene una renuncia al uso del mecanismo común para hacer cumplir los contratos. La paradoja es cómo hacer cumplir un acuerdo que consiste en dejar de lado la forma usual de hacer cumplir los acuerdos.

Todo contratante aspira a que su contrato se cumpla por autoejecución, es decir, sin necesidad de acudir a una autoridad para que ordene el cumplimiento o asigne consecuencias al mismo (resolución, daños, etcétera). La intención siempre es que se cumplan sin necesidad de acudir a los jueces. Pero, igual a cuando uno se enferma y no le queda sino ir al médico (al que en principio nadie quiere ir), si no se cumple, si se presenta la patológica contractual, hay que ir al médico, y el médico de esa enfermedad suele ser un juez. Pero eso no es cierto en el convenio arbitral.

En una compraventa, si el vendedor no entrega el bien o el comprador no paga el precio, se recurre al juez para que las promesas incumplidas se cumplan o se asuman las consecuencias. La consecuencia del incumplimiento y el fracaso de la autoejecución es la ejecución judicial o la aplicación de las sanciones previstas en el ordenamiento para tal incumplimiento. Pero en el caso del convenio arbitral, así no ocurren las cosas.

En el contrato de arbitraje, la solución contractual común no es posible. El fracaso

de la autoejecución tiene que ser, paradójicamente, la autoejecución. Si alguien se niega a arbitrar o, peor aún, recurre al Poder Judicial incumpliendo su obligación de no hacer, la solución no es, por regla general, ni la ejecución forzada, ni la resolución contractual. En su esencia, es un acuerdo para no ir, precisamente, al Poder Judicial. Por ello, la autoejecución es central para que el acuerdo funcione. Si dicha autoejecución no funciona, entonces el acuerdo no opera en la práctica porque terminaríamos justo donde no queremos ir: A las cortes ordinarias.

Un contrato para arbitrar no se ejecuta en caso la contraparte se niegue a cumplirlo, demandando la ejecución forzada en el Poder Judicial, porque precisamente las partes pactaron no ir al Poder Judicial. Tampoco se recurre a la resolución del contrato ni al pago de daños y perjuicios, porque no debería irse al Poder Judicial porque se violaría la esencia del acuerdo. De no aceptarse eso, todas las demás obligaciones se derrumban y el arbitraje simplemente no funcionaría.

Es claro, en la experiencia arbitral internacional, que los sistemas arbitrales que funcionan son los que tienen un respaldo legal y contractual que permite la autoejecución sin intervención judicial. Los sistemas que no han sido fieles a este principio suelen fracasar y el arbitraje no florece.

Esto explica el fundamento del principio de inevitabilidad del arbitraje. Como indica Santistevan de Noriega: "Las partes, al pactar arbitraje, deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral, pues todo el sistema está pensado para que el arbitraje tenga efecto, los árbitros asuman la competencia que las partes les han otorgado de acuerdo a la determinación que sobre ella (la competencia) tomen autónomamente, para que las actuaciones judiciales se lleven a cabo irremediabilmente y con prevalencia sobre las actuaciones judiciales, para que las medidas cautelares dictadas por los árbitros tengan efecto, para que los laudos se ejecuten y para que el recurso de anulación funcione en los casos excepcionales previstos por la ley en el que la intervención judicial posterior cobra toda su importancia a efectos de controlar la legalidad de lo realizado por los árbitros sin que pueda el juez cuestionar

ni sustituir la decisión de fondo tomada por los árbitros”¹⁰.

Y luego, Santistevan de Noriega continúa diciendo: “Queremos destacar la inevitabilidad del arbitraje como resultado del vínculo obligacional que surge de la celebración de un convenio arbitral válido que se extiende a las partes que lo han celebrado, a los árbitros que son escogidos para llevar a cabo las actuaciones arbitrales, al sistema judicial tanto en su responsabilidad de facilitar el cumplimiento de los laudos cuanto en su funciones de garante de la legalidad, en la eventualidad que conozca de recursos de anulación contra los laudos; pero también con respecto a su función complementaria y auxiliar para el desarrollo de los arbitrajes”¹¹.

Todo esto explica la razón por la que ni siquiera una aparente violación al orden público puede justificar una intervención de las cortes ordinarias durante el desarrollo normal del arbitraje. Las reglas han trasladado ese control a ser uno *ex post* a la emisión del laudo, sea bajo la figura de la anulación o bajo la figura de la oposición al reconocimiento o ejecución del laudo. Si durante la tramitación del arbitraje una de las partes alega que amparar la posición de su contraparte sería una violación del orden público doméstico o del internacional, son los árbitros quienes, en un primer momento, deberán decidir si ello es o no correcto. Deberán abordar el tema y resolver algo que en principio parecería corresponder de manera exclusiva a las cortes comunes.

Dependiendo del caso, un primer supuesto sería que los árbitros se consideren incompetentes para conocer un asunto que atañe al orden público. El efecto del principio *kompetenz-kompetenz* será una decisión por parte de árbitros privados sobre si les corresponde o no pronunciarse. Usando el

ejemplo del contrato para la venta y reparación de armamento, en este caso, el Tribunal podría declararse o no competente para determinar si la autorización gubernamental es un requisito para la validez del contrato.

Un segundo supuesto es que, declarándose competentes, se pronuncien específicamente sobre el asunto de orden público, pero en un sentido en que lo desnaturaliza y por tanto deriva en la nulidad o inejecutabilidad de lo resuelto. En el mismo ejemplo anterior, considerándose competente para tal fin, el Tribunal debería determinar, ya como un asunto de fondo, si la falta de autorización gubernamental acarrea la nulidad del contrato.

En el primer supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por pronunciarse sobre un tema en el que los árbitros carecen de jurisdicción (por ser una materia de orden público). En el segundo supuesto, la nulidad del laudo se solicitará por haber decidido la validez a pesar que el contrato era contrario al orden público.

Pero en cualquier caso, si se admitiera que el levantar una cuestión de orden público determinará que el asunto deba pasar a las cortes ordinarias por esa simple alegación, entonces el arbitraje no sería inevitable, pues bastaría la simple alegación de tal argumento para sustraer el caso de donde las partes pactaron verlo. Ello explica por qué se admite que árbitros privados puedan eventualmente manifestarse sobre lo público, a pesar de ser un tribunal privado.

En ese contexto se explican las dos características del recurso de anulación: (i) Se limita a una relación taxativa, limitada y vinculada a aspectos formales del arbitraje (competencia, validez del convenio, notificaciones, cumplimiento de reglas pactadas, etcétera), es decir, no involucran aspecto de fondo de la decisión¹²; y (ii) sólo puede interponerse una vez emitido

¹⁰ SANTIESTEVEAN DE NORIEGA, Jorge. “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (Decreto Legislativo 1071)”. En: Revista Peruana de Arbitraje 8. 2009.

¹¹ *Ibid.* p. 89.

¹² Al respecto, el artículo 62 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071):

1. “Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

Asimismo, con respecto a las causales de anulación, el artículo 63 precisa:

1. “El laudo **sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:**
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

el laudo, esto es, *ex post* a la decisión de los árbitros¹³. Pero en el caso del orden público, parecería colarse a la discusión un aspecto que puede estar referido al fondo de la controversia.

Una de las causales es que la materia sometida a arbitraje no puede ser arbitrada bajo las leyes peruanas. Ello podría deberse a reconocer que, al momento de pactar el arbitraje, haciendo ejercicio de su autonomía privada, las partes no pueden ir en contra del orden público. Por ello, se legitima al juez, en caso se compruebe que la materia es manifiestamente no arbitrable, a anular el laudo arbitral. Asimismo, en el caso específico de los arbitrajes internacionales, es que el laudo arbitral viole el orden público internacional. En caso ello ocurra, el laudo puede ser anulado, o en todo caso, si se pide el reconocimiento o ejecución, éstos pueden no concederse.

Pero estas causales nos introducen el dilema de los límites a qué son **actos impuros** y su ambigüedad. Ello puede abrir la puerta a una revisión sin límites del fondo de la controversia, algo que podría acabar con la esencia del arbitraje. Estos conceptos

amplios, si es que resultan mal entendidos e interpretados, pueden abrir una puerta para que los jueces entren a analizar el fondo de la controversia y puedan incluso llegar a anular el laudo o denegar el reconocimiento. En esta problemática nos centraremos en los puntos siguientes. ¿Cómo debe entenderse ambos conceptos? ¿Cómo lo han entendido las cortes? ¿Cuál es el verdadero problema de entrar a analizar el fondo de la controversia?

IV. EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE ANULACIÓN (O DE DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO)

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, Convención de Nueva York) establece que se podrá denegar el reconocimiento (y consecuentemente la ejecución) cuando la autoridad judicial del país donde se pide el reconocimiento compruebe que el objeto de la diferencia no es posible de someterse a arbitraje de acuerdo a la Ley de ese país. Otra de las causales es que el objeto de la diferencia contravenga el orden público de ese país:

- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral" [El énfasis es nuestro].

Con respecto al artículo 62, como bien señala Avendaño: "Esta decisión del legislador peruano, además del antecedente citado, tiene una explicación lógica: Como el inciso 2 bajo comentario prohíbe al órgano revisor pronunciarse sobre el fondo de la controversia y a través de la apelación lo que se revisa es el fondo, o sea la justicia del caso concreto, ha quedado como único medio impugnatorio el recurso de anulación que revisa solamente los aspectos externos del laudo". Ver: AVENDAÑO, Juan Luis. Citado en: SOTO, Carlos y Alfredo BULLARD. "Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje". Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. p. 685. En la misma línea, González de Cossio explica precisamente por qué el recurso de anulación se diferencia del recurso de apelación: "Existe una diferencia conceptual importante entre, por un lado, la apelación y, por el otro, los recursos existentes en relación con los laudos. Su diferente naturaleza obedece a que un recurso de apelación examina el fondo del laudo (es decir, tanto los hechos cuanto el Derecho) y el tribunal que realice dicha revisión tiene la facultad de confirmar, revocar o modificar el mismo. En los recursos de nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada. Su nivel de análisis se limita a la determinación de la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución. El órgano que realiza esta revisión no determina la correcta determinación de los hechos ni la correcta aplicación del Derecho. Únicamente decide si se ha presentado un vicio en la emisión del laudo que justifique su invalidación". En: GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. "Arbitraje". Tercera Edición. México DF: Editorial Porrúa. 2011. p. 728.

¹³ Al respecto, el artículo 64 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone: Artículo 64.- "Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo".

Artículo V.-

2. “También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:
 - a. Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitraje; o
 - b. Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia sea contrario al orden público de ese país”.

La Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo) mantiene la misma línea de la Convención de Nueva York:

Artículo 36.- “Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: [...]
 - b. cuando el tribunal compruebe:
 - (i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - (ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado.

La Ley de Arbitraje –Decreto Legislativo 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje)– dispone que, en el caso de un arbitraje nacional, el laudo podrá ser anulado cuando la materia sea manifiestamente no susceptible de someterse a arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, el laudo podrá ser anulado cuando el laudo es contrario al orden público internacional o de acuerdo a las leyes del Perú el objeto de la controversia no se puede arbitrar.

Artículo 63.- “Causales de anulación:

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...]
 - e. **Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje**, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o **el laudo es contrario al orden público internacional**, tratándose

de un arbitraje internacional” [El énfasis es nuestro].

En el caso de laudos extranjeros, se puede denegar el reconocimiento cuando la autoridad judicial competente comprueba que la controversia no puede someterse a arbitraje de acuerdo al Derecho peruano. Asimismo, si el laudo es contrario al orden público internacional tampoco se reconocerá ni se ejecutará.

Artículo 75.- “Causales de denegación.

1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano [...]
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
 - a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - b. Que el laudo es contrario al orden público internacional”.

Como se puede apreciar, el estándar es distinto en función a la nacionalidad del arbitraje. En caso sea un arbitraje nacional, lo que importa a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje. En caso sea un arbitraje internacional, lo sustancial a efectos de la anulación es que la materia no sea susceptible de arbitraje o que se viole el orden público internacional.

Mientras, en el caso que se pida el reconocimiento de un laudo extranjero, se puede denegar el pedido cuando el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje según el Derecho peruano, o que el laudo viole el orden público internacional.

Supuesto	Nacionalidad	Causal
Anulación	Arbitraje Nacional	Materia no susceptible de arbitraje según leyes peruanas.
	Arbitraje Internacional	Objeto de la controversia no susceptible a arbitraje según leyes peruanas, o violación del orden público internacional.

Supuesto	Nacionalidad	Causal
Denegación de reconocimiento	Laudo Extranjero	Objeto de la controversia no susceptible a arbitraje según leyes peruanas, o violación del orden público internacional.

Como se puede apreciar, las referidas causales de anulación o de denegación del reconocimiento se encuentran estrechamente vinculadas a la arbitrabilidad objetiva. Ello porque si una controversia no es arbitrable, si el Tribunal Arbitral, pese a ello, decide proseguir con el arbitraje, ese laudo puede ser anulado en base a las causales de anulación anteriormente mencionadas. Lo mismo ocurrirá en caso se emita un laudo extranjero, si este resuelve sobre una materia no arbitrable en base a las leyes del Perú o si viola el orden público internacional, entonces se denegará el reconocimiento.

Sobre la arbitrabilidad, se pronuncia Pamboukis: “We can define arbitrability as the absence to contest the *rationae personae et materiae* to the power conferred to the arbitral tribunal (by the arbitration agreement) to resolve a dispute. In fact, arbitrability, along with the arbitration agreement, produces two effects (functions). One positive, which confers jurisdictional power to an arbitral tribunal, and one negative, which imposes a duty upon state courts to accept and protect the jurisdictional power of an arbitral tribunal. And of course, the last effect due to arbitrability relates to the admissibility of the arbitration agreement by other legal orders. In that sense, someone can state arbitrability does not participate in the essence of the arbitration agreement –it is an external factor that limits the effectiveness of an arbitration agreement. Arbitrability belongs to a broader category of relevance rules, which aim to recognize and give effect to external, foreign legal relations [...] Arbitrability in essence limits the power of an arbitral tribunal and the power of the parties as to what subject matter can be arbitrated. In that sense, limitations can only arise from a state law aiming to protect its own generalpage social or economic interest.

The limitations may concern either persons (subjective arbitrability) or more properly, matters (objective arbitrability). It is evident that these limitations are exclusively connected to a given state and mainly to its own specific general interest. They do not emanate from arbitration itself¹⁴.

Con respecto a la arbitrabilidad, Lew, Mistelis y Kroll señalan lo siguiente: “It involves the simple question of what types of issues can and cannot be submitted to arbitration. Party autonomy espouses the right of parties to submit any dispute to arbitration. It is the parties’ right to opt out of the normal national court jurisdiction. National laws often impose restrictions or limitations on what matters can be referred to and resolved by arbitration [...] This is ‘objective arbitrability’. Certain disputes may involve such sensitive public policy issues that it is felt that they should only be dealt with by the judicial authority of state courts. An obvious example is criminal law which is generally the domain of the national courts. These disputes are not capable of settlement by arbitration. This restriction on party autonomy is justified to the extent that arbitrability is a manifestation of national or international public policy. Consequently, arbitration agreements covering those matters will, in general, not be considered valid, will not establish the jurisdiction of the arbitrators and the subsequent award may not be enforced¹⁵.”

La regulación sobre la arbitrabilidad se encuentra recogida en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, la cual establece que:

Artículo 2.- “Materias susceptibles de arbitraje:

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho, así como aquellas que la Ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio Derecho para sustraerse a las

¹⁴ PAMBOUKIS, Charalambos. “Thoughts About the Applicable Law on Arbitrability . En: MISTELIS, Loukas y Stavros BREKOULAKIS (Editores). “Arbitrability: International and Comparative Perspectives”. La Haya: Kluwer International Law. 2009. pp. 121-122.

¹⁵ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y Stefan KRÖLL. “Comparative International Commercial Arbitration”. La Haya: Kluwer Law International. 2003. p. 188.

obligaciones derivadas del convenio arbitral”.

V. EL CONCEPTO DE ORDEN PÚBLICO INTERNO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Como se indicó, dado el carácter inevitable del arbitraje, el Poder Judicial no puede intervenir antes o durante el procedimiento arbitral. Justo la regla es que pueden intervenir (salvo las excepciones previstas en la Ley), pero después de emitido el laudo. Según Blackaby, Paratases, Redfern y Hunter, es entendible que un Estado se reserve el derecho de reconocer y ejecutar un laudo arbitral que vulnere nociones propias del Estado, que son el orden público. No sólo ello, sino que no llama la atención que las cortes se pronuncien de oficio sobre las violaciones del orden público antes de ejecutar un laudo arbitral¹⁶.

Pero el concepto de orden público es ambivalente e impreciso. Así como el de “acto impuro” es un concepto amplio y un tanto ambigüo, que puede prestarse a muchas interpretaciones. Bockstiegel¹⁷, explicándonos la noción del orden público, sostiene que éste es un sistema legal no codificado que

refleja las convicciones y valores básicos de esa comunidad. Es lo que la comunidad siente como la correcta aplicación de la ley. Agrega que el orden público es relativo. En primer lugar, depende de cada sociedad. Lo que se considera parte del orden público de un Estado puede no ser igual en otro Estado con una diferente economía, política, religión o sociedad y, por tanto, sistema legal. En segundo lugar, depende de un factor tiempo. Señala que los valores o estándares de una sociedad suelen cambiar y desarrollarse y, por lo tanto, la noción de orden público suele modificarse¹⁸.

El profesor Yves Derains¹⁹ afirma que el orden público está compuesto por un conjunto de reglas que las partes, al momento de contratar, no pueden contravenir. Vienen a ser un límite a la autonomía privada. En ese mismo sentido, Pierre Lalive²⁰ señala que el concepto de orden público es usualmente utilizado para designar las normas imperativas, que las partes no pueden derogar a través de sus acuerdos.

Sin embargo, el concepto de orden público interno no es el mismo que el de orden público internacional. Lalive²¹ nos explica ello, señalando que una norma imperativa

¹⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 655: “It is understandable that a State may wish to have the right to refuse to recognize and enforce an arbitration award that offends that State’s own notions of public policy, and in some jurisdictions an enforcing court is required to examine the possibility of a public policy violation *ex officio*”.

¹⁷ BOCKSTIEGEL, Karl-Heinz. “Public Policy and Arbitrability”. En: SANDERS, Pieter (Editor). “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”. La Haya: Kluwer International Law. 1987. p. 178: “As a last resort against the application of agreements, rules and awards, which otherwise would have to be respected, its abstract role is indeed a fundamental one from the viewpoint of the respective legal system. Although in every state or other community with a separate legal system the codified and uncoded law reflects the basic convictions and values of that community, those responsible for the legal system in the community feel that even the correct application of the law [...]”.

¹⁸ Ibid. pp.178-179: “This description, in addition to the absolutely exceptional character of the principle, indicates the relativity of the very concept of public policy: First of all, public policy is dependent on the judgment of the respective legal community. What is considered to be part of public policy in one state may not be seen as a fundamental standard in another state with a different economic, political, religious or social, and therefore, legal system. In regard to our topic, what may be considered as an absolutely exclusive domain of national courts in some Latin American countries may be left to party autonomy and arbitration –if the parties so wish– in Western European countries. From this perspective it is also easier to view the widely discussed concept of an “international public policy”. Insofar as there is a regional or international community or legal system, only its common denominators in values and standards can be the basis for its eventual public policy, and they may obviously differ from those of the individual member states. A second relativity is introduced by the time factor. The values and standards of communities are not stable, they change and develop. So does public policy since it is derived therefrom”.

¹⁹ DERAIS, Yves. “Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration”. En: SANDERS, Pieter (Editor). Op. cit. p. 226: “In domestic Law, public policy forms a set of rules that parties may not contract out of”.

²⁰ LALIVE, Pierre. “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”. En: SANDERS, Pieter (Editor). Op. cit. p. 258: “The concept of public policy is often used to designate ‘imperative’ or mandatory rules, from which the parties cannot derogate”.

²¹ Ibid. pp. 259-260: “The concept of public policy in private international law is, of necessity, a different one –the functions and the purpose of these two parts (domestic law and private international law) of a given legal

doméstica no necesariamente prevalecerá en asuntos internacionales. Las normas imperativas de orden público pueden importar poco en el ámbito internacional. Ello no es más que un reconocimiento de una máxima del Derecho Internacional Privado, y que se materializa en la distinción fundamental entre las situaciones domésticas y las internacionales. Por ejemplo, bajo Ley doméstica, el principio de autonomía de la voluntad no permite pactar en contra de las normas de orden público. Sin embargo, en el Derecho Internacional el concepto es distinto, permitiéndole a las partes pactar una ley aplicable cuyo concepto de orden público puede ser sustancialmente distinto al de la Ley de los Estados de los que son nacionales las partes.

Así, en la “nube” internacional que se eleva sobre los Estados, y como ocurre cuando uno se va al cielo, las reglas son distintas. Son usualmente más permisivas y flexibles, y las reglas de orden público pierden el tono marcial que muchas tienen en sus países de origen. Los “actos impuros” terrenales no necesariamente tienen el mismo carácter que los “actos impuros celestiales”.

El problema es que las reglas celestiales tienen que bajar a la tierra y tocar piso. Ello ocurre cuando hay que recurrir a alguna corte para que resuelva la anulación de un laudo y uno se encuentra con el concepto de orden público del juez del caso. O también cuando uno requiere que el laudo se reconozca o ejecute, donde el concepto de orden público será el del juez del reconocimiento o de la ejecución.

Allí viene una situación esquizofrénica donde lo que se pensó en el “cielo” se anula o ejecuta en la tierra. La dualidad del concepto de orden público puede generar desconcierto en todos. Esa dualidad no existe para la anulación y está

atemperada en la ejecución, por el “Sistema CIADI” (del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), donde ningún juez nacional conoce de la anulación, sino es el propio Sistema CIADI quien resuelve las impugnaciones desde la nube y sin intervención de jueces estatales de ningún Estado. El gran éxito de la Convención de Nueva York fue precisamente elevar las reglas del reconocimiento y ejecución a las nubes. Su problema es que no se deshizo del concepto de “orden público” de dicho Estado, donde dejó atado el concepto de orden público a un aterrizaje terrenal y, como tal, variable de país en país y de juez en juez.

Esta distinción conceptual impacta en la diferencia entre una y otra causal de anulación o denegación del reconocimiento del laudo arbitral. Y ha conducido a considerar que ese orden público no puede ser el mismo que usa el país para sus problemas jurídicos domésticos, sino uno más restringido. Al respecto, Fouchard, Gaillard y Goldman, refiriéndose al artículo V, inciso 2 de la Convención de Nueva York, sostienen que: “The provision certainly refers to international public policy, and not domestic public policy. Not every breach of a mandatory rule of the host country could justify refusing recognition or enforcement of a foreign award. Such refusal is only justified where the award contravenes principles which are considered in the host country as reflecting its fundamental convictions, or as having an absolute, universal value”²². En otras palabras, se busca que se lea la Convención de Nueva York como si dijera “[...]contrario al orden público de dicho Estado para efectos del Derecho Internacional”.

En esa misma línea, el concepto va mutando hacia la aproximación de orden público (internacional) como la noción más básica de moralidad y justicia. En efecto, en el caso *Parsons Whittemore Overseas Co. Inc.*

order not being the same. It follows that, in the case law of many countries, a mandatory rule of domestic law does not necessarily prevail in international matters; in other words the judge need not necessarily resort to its “international public policy” in case such a rule has been violated. Such distinction reflects the nature of things and in particular the very nature of private international law, a branch of the law which is based on a fundamental distinction between ‘domestic’ situations and ‘international’ situations (i.e., those which include one or more foreign elements sufficiently relevant to call for a particular treatment and the intervention of the private international law of the State). To take another example, in domestic private law, the so-called principle of “autonomy of the will” or contractual freedom is limited by the obligation to respect mandatory rules whereas, in private international law, it is well-known to have a totally different meaning (allowing the parties by their choice of law to “dismiss the rules, mandatory or not, of the law which, in the absence of choice, would have been applicable”).

²² FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. Op. cit. p. 695.

v. *Société Générale de l'Industrie du Papier (RAKTA)*, la Corte de Distrito de Nueva York, señaló que sólo se debe negar la ejecución de laudos arbitrales extranjeros sobre la siguiente base: “[W]here enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice”²³. Asimismo, manifestó que la Convención de Nueva York se debía interpretar de manera restrictiva.

Según un Tribunal Supremo Federal Suizo²⁴, es necesario que se trate de la violación de los principios fundamentales del orden jurídico suizo, que daña de manera intolerable el sentimiento del Derecho. Nuevamente, un concepto más restrictivo que el de orden público doméstico.

En la misma línea, la Corte Suprema Federal de Alemania²⁵, refiriéndose al orden público internacional como causal de denegación de reconocimiento de un laudo extranjero, manifestó lo siguiente: “From the viewpoint of German procedural public policy, the recognition of a foreign arbitral award can therefore only be denied if the arbitral procedure suffers from a grave defect that touches the foundation of the State and economic functions”.

Redfern²⁶ cita un caso de la Corte Suprema de la India en el que se señaló en relación al orden público internacional lo siguiente: “This raises the question of whether the narrower concept of public policy as applicable in the field of public international law should be applied or the wider concept of public policy as applicable in the field of municipal law. The Court held that the narrower view should prevail and that enforcement would be refused on the public policy ground if such enforcement would be contrary to (i) fundamental policy of indian law; or (ii) the interests of India; or (iii) justice or morality”.

El Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association se pronunció en los siguientes términos: “The international public policy of any State includes: (i) Fundamental principles, pertaining to justice or morality, that the State wishes to protect even when it is not directly concerned; (ii) rules designed to serve the essential political, social or economic interests of the State, these being known as *lois de police* or ‘public policy rules’; and (iii) the duty of the State to respect its obligations towards other States or international organizations”²⁷.

La tendencia es, por tanto, a adelgazar la cobertura del concepto. Se busca una interpretación restrictiva y favorable a la validez y ejecución de los laudos arbitrales. En ese orden de ideas, Fouchard, Gaillard y Goldman señalan: “Although the Convention refers to the host country’s conception of international public policy, that country must nevertheless exercise caution in applying it, as always with international public policy. This has been confirmed in a number of decisions of the United States Court of Appeals for the Second Circuit, which has held on several occasions that “the Convention’s public policy defense should be construed narrowly. However, courts in the United States have not always been as prudent in practice”²⁸.

En ese mismo sentido, el Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association destaca que el principio de conservación debe ser aplicado de la siguiente manera: “If any part of the award which violates international public policy can be separated from any part which does not, that part which does not violate international public policy may be recognized or enforced”²⁹.

En cualquier caso, si bien la tendencia no ha sido elevar el concepto de orden público a los

²³ Ver el caso *Parsons Whittemore Overseas Co. v. Société Générale de L'Industrie de Papier*. 508 F 2d 969. 1974.

²⁴ *BGE 96 I 391, Sem.jud.* 1971, 247. Traducción libre de: “[...] il faut qu’il s’agisse de la violation des principes fondamentaux de l’ordre juridique suisse, qui heurte de façon intolérable le sentiment du droit”.

²⁵ XII Yearbook Commercial Arbitration. 1987. p. 489.

²⁶ BLACKBAY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan y Martin HUNTER. Op. cit. p. 658.

²⁷ Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association. Conferencia de Nueva Delhi. 2002. p. 6.

²⁸ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. Op. cit. p. 996.

²⁹ Reporte Final de Orden Público del Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association. p. 8.

niveles celestiales del Derecho Internacional, sí se le ha dado un baño en agua bendita, con la finalidad no de canonizarlo, pero al menos de beatificarlo y protegerlo, en algún nivel, de una calificación sencilla de los “actos impuros”. Pero como se dijo, no siempre las cortes nacionales son tan flexibles.

Y sin perjuicio de la falta de flexibilidad, se mantiene el problema de la diversidad de criterios y de las dificultades que enfrenta el tribunal arbitral para adivinar cuál concepto de orden público se le aplicará y con qué alcances.

VI. HACIA LA “CANONIZACION” DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

Como hemos visto, la tendencia ha sido a limitar el concepto de orden público y con ello a restringir el uso de la causal para anular laudos o restringir su reconocimiento y ejecución. Al añadirse el término “internacional” se ha logrado, en parte, ese efecto, al marcar que el orden público internacional es distinto al terrenal orden público doméstico.

El término orden público internacional se entiende en el sentido que se le da en el Derecho Internacional Público. Ello quiere decir que nos estamos refiriendo a la parte del orden público doméstico que, de ser violado, impide que se invoque la ley extranjera. Ese es el concepto más aceptado.

En ese sentido, no es el orden público doméstico a secas. No es todo el orden público doméstico. No es todo orden público terrenal, pero sigue en la tierra. No sería, por tanto, un orden público transnacional, es decir un orden público común a varios Estados. Es sólo una parte restringida del orden público doméstico, pero más amplia que el orden público transnacional.

Como ya se indicó líneas arriba, es aquella parte del orden público que concierne a las nociones más básicas de moralidad y justicia.

Por ejemplo, podemos discutir si la aplicación de una norma concursal, que es en principio imperativa, o una norma de control cambiario contra la que no se puede pactar, están protegidas por el orden público internacional. No parecería que un laudo que las inaplicase afectará las nociones más básicas de moralidad y justicia de una

nación. Pero un arbitraje en el que se discute la propiedad de un esclavo o la paternidad de un niño parecería tocar las fibras de moralidad y justicia más básicas de una sociedad. En esos casos, la nulidad o la no ejecución parecen atendibles.

Tal definición está, sin embargo, rodeada de tremenda subjetividad. Al bajar a lo terrenal, el juez podrá considerar, según sus propios conceptos de moralidad y justicia (que no necesariamente son los más elementales de una sociedad) que el laudo vulnera el orden público. Así, anulará o no ejecutará un laudo por vulnerar el orden público internacional de su Estado, si considera que el régimen cambiario se encuentra sustentado en razones básicas de moralidad y justicia. Finalmente, siempre se podría decir que cumplir la Ley atañe a estos conceptos básicos. De llegarse a este punto, no podría distinguirse el orden público internacional del orden público doméstico. El concepto de orden público internacional (entendido como orden público interno concerniente a los principios más básicos de moralidad y justicia de un Estado) sigue siendo aún demasiado amplio.

Ello explica por qué varios sugieren que se entienda orden público internacional como orden público transnacional o, verdadero orden público internacional. Se apuntaría a un orden público universal, donde el concepto de nociones básicas de moralidad y justicia no dependen de una concepción nacional, sino de muchas. Sería orden público, para estos efectos, los principios básicos de moralidad y justicia comunes a las naciones civilizadas.

Y claro, es más fácil entender qué se entiende por acto impuro si se considera que es un acto que afecta las nociones más básicas de los países civilizados. Sin duda, el concepto sigue teniendo aristas de subjetividad, pero éstas se han ido restringiendo. El orden público deja de ser tan terrenal y, sin dejar de serlo, se eleva por encima de concepciones meramente domésticas, y es más exigente con la corte nacional, a la que le exige mirar las decisiones de otras cortes. El concepto se restringe aún más.

Por supuesto que un concepto como éste no está exento de críticas. Muchos lo ven como una forma de imperialismo legal, en el que la moralidad de un grupo de países influyentes se convierte en orden público internacional

porque tendrá mayor influencia transnacional. El orden público norteamericano tendrá más oportunidades de ser considerado un orden público internacional que un orden público musulmán. Pero, a pesar de ese riesgo, el efecto de forzarnos a identificar conceptos comunes a varios países contribuye a darle mayor resistencia a los laudos frente a posibles cuestionamientos.

Queda entonces fuera el hecho de que nos encontremos ante una norma imperativa. Ese mero hecho no es suficiente para convertir el principio contenido en una norma en orden público internacional (sea que usemos la idea de orden público doméstico restringido u orden público transnacional). Incluso, si no compartiéramos la idea de que debe usarse el concepto de orden público transnacional,

parece recomendable usar ese concepto como una herramienta que ayuda a identificar al orden público internacional de un Estado. Así, parecería que aquellas nociones de moralidad y justicia que son comunes a las naciones civilizadas deben ser también nociones básicas de moralidad y justicia para el ordenamiento doméstico, al margen que el juez de la anulación o el del reconocimiento pueda identificar algunos principios adicionales.

Pero, en síntesis, todo indica que debemos movernos en dirección hacia “la nube” internacional. Debemos santificar o canonizar el orden público a fin de convertirlo en un principio de aplicación cada vez más restringida. Y, como diría Moisés, lo relevante no será lo que diga la Ley, sino lo que diga la jurisprudencia.

LA NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN DE CONCEPTOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES: DESARROLLANDO UN PRINCIPIO SUSTANTIVO DE TRANSPARENCIA Y DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL ÁMBITO TRANSNACIONAL

Pedro José Martínez-Fraga*

*“La gente che per li sepolcri giace potrebbesi veder? Già son levati tutt’i coperchi, e nessun guardia face”**.*

*“Così com’ io del suo raggio resplendo, sì, riguardando ne la luce eterna, li tuoi pensieri onde cagioni apprendo”***.*

Si bien la diversidad de conceptos jurídicos es muy atractiva para efectos académicos, lo cierto es que dicha diversidad trae consigo indefectiblemente un gran obstáculo cuando se intenta aplicar una solución común a relaciones que traspasan el ámbito nacional, toda vez que los conceptos diferirán si se tiene en cuenta uno u otro sistema jurídico. En el presente artículo, el autor advierte la necesidad de armonizar conceptos jurídicos a fin de armonizar una solución en controversias internacionales, enfocándose en dos sistemas jurídicos: El Civil Law y el Common Law.

* Abogado. Socio de DLA Piper Global Law Firm y Coordinador Internacional de Asuntos Litigiosos para las regiones de Latinoamérica y del Estado de Florida de la misma Firma. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Ha participado como árbitro en la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

** ALIGHIERI, Dante. “La Divina Comedia”. pp. 132-133. Nota del Traductor: “La gente que en los sepulcros yace ¿podráse ver? Ya están alzadas todas las losas, y no hay quien guarde”.

*** Ibíd. pp. 162-163. Nota del Traductor: “Así como yo de su rayo esplendo. así, contemplando en la luz eterna, tus pensamientos, donde nacen, aprendo”.

I. INTRODUCCIÓN

Quando hablamos del ámbito de resolución de disputas internacionales, quizás el reto mayor sea el referido a la conciliación entre los sistemas de obtención de prueba del Derecho Civil romano-germánico –*civil law*– y su contraparte, el procedimiento de “*Discovery*”, en el Derecho anglosajón –*common law*–. Las diferencias existentes entre ambos sistemas en relación a la obtención de la prueba, cuando menos superficialmente, aparentan ser irreconciliables. Uno de los más recientes trabajos de la International Bar Association denominado “Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional”¹ es un trabajo emblemático en los esfuerzos de sintetizar cuestiones fundamentales de *common law* y *civil law*². Las diferencias que separan a estos sistemas jurídicos –*common law* y *civil law*– en este delimitado aspecto de la resolución de disputas internacionales conlleva a la identificación y desarrollo de normas legales capaces de cubrir dichos esfuerzos, tales como las Reglas de la International Bar Association, pero con argumentos sustantivos fundacionales más extensos, en caso de que estos continúen, para desarrollar y satisfacer las expectativas que surjan de las diferencias entre ambos sistemas legales³.

El humilde objetivo del presente artículo es servir como un pequeño paso hacia la identificación y desarrollo de normas internacionales necesarias, en caso de que la conciliación de sistemas en lo que se refiere a la obtención de la prueba sea tomada seriamente como un objetivo en el campo de resolución de disputas internacionales. En tal sentido, el presente trabajo ha sido estructurado en cuatro secciones. La primera se centra en “explicar las razones” de porqué la transparencia –la cual será posteriormente denominada “norma de transparencia privativa”– es una norma/regla necesaria que conceptualmente galvaniza

la convergencia en asuntos transfronterizos en lo que respecta a la obtención de la prueba. Como parte de tal premisa, dicha sección se concentra en la articulación del ámbito de privacidad/confidencialidad que históricamente ha envuelto a los Arbitrajes Comerciales Internacionales, y en menor medida a los arbitrajes inversor-Estado (AIS)⁴. La segunda parte analiza las distintas aplicaciones y significados que se han tejido sobre la transparencia mediante el análisis de documentos de derecho internacional, tratados y algunos laudos arbitrales de manera que se permita delimitar los parámetros para una norma/regla de transparencia futura y que se llegue a un entendimiento de trabajo común de tal concepto cuando se aplica a la obtención de la prueba. La tercera parte identifica un “principio de incertidumbre” que es endémico en la configuración de los Arbitrajes Comerciales Internacionales y AIS. La parte final subyace sobre los trabajos de desarrollo de una norma de transparencia aplicable a las bases fundacionales de la obtención de evidencia, utilizando para ello términos que formen parte de las Reglas de la International Bar Association .

II. RAZONES PARA EXPLICAR LA TRANSPARENCIA COMO UNA NORMA/REGLA QUE SEA APLICABLE EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN ASUNTOS DE ÍNDOLE TRANSNACIONAL

A. El Ámbito de Privacidad/Confidencialidad que cubre al Arbitraje Comercial Internacional (ACI)

Los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha desarrollado una cultura de privacidad que es usualmente considerada erróneamente como una confidencialidad absoluta, y que ha sufrido en su aceptación dadas las desmesuradas expectativas de sus clientes. La naturaleza privativa de los Arbitrajes Comerciales Internacionales resulta de

¹ En: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

² Véase MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro. “Good Faith, Bad Faith, But not Losing Faith: A Commentary on the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”. 2011-2012. pp. 387, 389.

³ Para propósitos del presente artículo se ha puesto énfasis solamente en los sistemas del *civil law* y *common law*. Si la resolución de disputas internacionales tuviera que ser verdaderamente internacional se debe considerar también a otros sistemas legales, como los del Medio Oriente por ejemplo, para la estructuración de reglas transnacionales referentes a la obtención de prueba.

⁴ Debe de señalarse que el “elemento de privacidad” es eminentemente detectable en AIS, como parte del legado estructural que subyace al mismo.

espacio único y distinto que subyace dentro del Derecho Internacional Privado. A diferencia de su contraparte judicial, los Arbitrajes Comerciales Internacionales se encuentra totalmente libre de los procedimientos judiciales precisamente porque los Arbitrajes Comerciales Internacionales no es una manifestación del ejercicio de soberanía por parte de un Estado en fomento de lo que pretende ser una administración de justicia equitativa. La resolución de controversias comerciales privadas, como criaturas resultantes de un contrato, se ejecuta fuera de la estructura adjudicativa del Estado, y, por ende, cierra cualquier prerrogativa actual o potencial a un acceso público a la información⁵.

La privacidad y la confidencialidad que caracterizan a los Arbitrajes Comerciales Internacionales se mantienen como características atractivas para su masa de consumidores que hace uso de dicha herramienta legal⁶. A pesar de la ausencia de autoridad para la proposición de **confidencialidad** como opuesta a la **privacidad**, como característica sobresaliente de los Arbitrajes Comerciales Internacionales, el referido principio es visto como implícito o como una inferencia de un acuerdo/contrato para resolver una determinada controversia a través de arbitraje⁷.

El Arbitraje Privado Internacional fue creado sobre fundamentos que han tenido en mente

una controversia **privada**. Estos fundamentos deliberadamente tuvieron una carencia de transparencia o privacidad, lo que a su vez generó un “déficit democrático”⁸. Aun cuando connotados autores opinan que los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha tenido grandes logros en materia de transparencia, ellos también consideran que los Arbitrajes Comerciales Internacionales no son totalmente transparente⁹. El más reciente esfuerzo sobre reglas arbitrales sugiere que no existe ningún requerimiento por parte de las instituciones arbitrales para publicar institucionalmente información de cualquier tipo relativa a un procedimiento arbitral, salvo que exista un acuerdo entre las partes que determine lo contrario¹⁰. Las reglas institucionales sobre las que se estructuran los procedimientos de Arbitrajes Comerciales Internacionales subrayan la dicotomía **privacidad-confidencialidad** conjuntamente con el “déficit democrático” presente en dichos procedimientos. Los más emblemáticos pronunciamientos ciertamente obligan a una revisión.

B. La dicotomía Privacidad-Confidencialidad que alimenta a las Instituciones Arbitrales: Un “Déficit Conceptual”

Como una cuestión general y en claro contraste con los procedimientos judiciales, se tiene que las instituciones arbitrales a viva

⁵ Véase *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.* 363 U.S. 564, 570. 1960. “El arbitraje como una criatura del contrato”.

⁶ En un estudio realizado en el año 2010 por la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres, se tuvo que el 84% de las personas entrevistadas señalaron que habían elegido el arbitraje, al menos en parte, “por su confidencialidad”. Remy Gerbay, Deputy Registrar, “London Court of International Arbitration, Confidentiality vs. Transparency in International Arbitration: The English Perspective”, Conferencia dada en la Universidad de Varsovia (February 9, 2011).

⁷ Véase Fulvio Fracassi. “Confidentiality and NAFTA Chapter 11 Arbitrations”. *Chicago Journal of International Law* 213. 2001. It is not within the scope of this writing to address the confidentiality/privacy dichotomy in international commercial arbitration. On this point, suffice it to observe that generally any confidentiality is subordinated to the principle of party-autonomy, such that by agreement of the parties confidentiality under certain circumstances would never attach.

⁸ BARSTOW MCGRAW, Daniel. “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”. En: *Journal of International and Comparative Law* 15. 2008-2009. pp. 337, 342. “Indeed, one of the major draws of arbitration in the commercial field was (and still is) the lack of transparency due to the ability of the parties to decide most aspects of the process. Partly because these disputes were perceived as being purely private, public interest did not play a key role in setting procedures in these institutions. Nevertheless, given the permeation of public disputes into a typically private forum, there is a need for identifying democracy deficits within the system, whether on a private institutional level or an international level”.

⁹ Véase, por ejemplo: ROGERS, Catherine. “Transparency in International Commercial Arbitration”. *University of Kansas Law Review* 54. 2005-2006. pp. 1301, 1325.

¹⁰ Véase, por ejemplo: International Chamber of Commerce Rules of Arbitration. “The ICC Rules”. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules. “The SCC Rules”; The International Centre for Dispute Resolution Arbitration Rules. “The ICDR Rules”; and the London Court of International Arbitration Rules. “The LCIA Rules”.

voz publicitan que las audiencias son **privadas**, salvo que las partes o alguna ley aplicable determinen lo contrario. La presunción de privacidad que subyace a los procedimientos de Arbitrajes Comerciales Internacionales no necesita ser explícitamente expresada en las reglas arbitrales de las diversas instituciones, porque su propia naturaleza es privada¹¹.

Ninguna de las reglas de las principales instituciones arbitrales define "privacidad" o "confidencialidad". Es conceptualmente problemático que los dos términos se suelen utilizar indistintamente¹². Sin embargo, se tiene que a la "confidencialidad" se le otorga una mayor deferencia y es mayormente señalado en el contexto de que debe ser confidencial de acuerdo a la ley sustantiva aplicable¹³. La falta de esfuerzos por parte de las instituciones arbitrales para distinguir entre privacidad y confidencialidad es desconcertante y acentúa la cultura del malamente definido estatus de privacidad-confidencialidad que permea los Arbitrajes Comerciales Internacionales. En tal sentido,

además del "déficit democrático", se tiene que hay un **déficit conceptual**.

C. El Laudo y las deliberaciones en la "Caja Negra"

La cultura de opacidad que define a la estructura de los Arbitrajes Comerciales Internacionales también se encuentra enraizada en (i) los fundamentos de hecho y conclusiones de derecho que se esperan de cualquier adjudicación razonada, (ii) la propia publicación del laudo, y (iii) las deliberaciones ocurridas en el procedimiento. Las principales instituciones arbitrales evitan clasificar los laudos como **privados** o **confidenciales**. En vez de ello enfatizan en las cuestiones de no-revelamiento o no-comunicación a terceras partes de material que sea privativo a las partes¹⁴. Todas las "decisiones", un término que no se encuentra explicado ni definido en las reglas arbitrales, comparte el mismo destino que en los laudos¹⁵. Aun cuando no sean tratados como **confidenciales** ni **privados**, las cuestiones que abarcan estos términos

¹¹ Las Reglas del LCIA, en su artículo 19.4, por ejemplo, establecen: "All meetings and hearings shall be in **private** unless the parties agree otherwise in writing or the arbitral tribunal directs otherwise".

¹² Para un análisis más detallado de ambos términos, véase Michael Collins, "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings". En: Texas International Law Journal 30. 1995. p. 121.

¹³ Las Reglas de ICDR, en su artículo 20(6), establecen: "The tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality, and weight of the evidence offered by any party. The tribunal shall take into account applicable principles of legal privilege, such as those involving **confidentiality** of communications between a lawyer and a client". Sin ninguna referencia adicional al significado de confidencialidad, más allá que el uso de dicho término, se tiene que el artículo 34 de las Reglas de ICDR explícitamente se refieren al control y revelación de información confidencial:

"Confidential information disclosed during the proceedings by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. Except as provided in art. 27, unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award".

¹⁴ El no-revelamiento se encuentra subordinado a la autonomía de parte. Reglas de ICDR, Art. 27(2), establece: The tribunal shall *state the reasons* upon which the award is based unless the parties have agreed that no reasons need be given. El artículo 27(4) de las Reglas ICDR establece que "[a]n award may be made public only with the consent of all parties or as required by law." Más adelante, las propias Reglas del ICDR, en su artículo 27(6) requieren que la registración del laudo también se mantenga como privada o confidencial dependiendo de la ley aplicable:

"If the arbitration law of the country where the award is made requires the award to be filed or registered, the tribunal shall comply with such requirement". Las Reglas ICDR también tocan el tema de la publicación parcial de laudos en su art. 27(8):

"Unless otherwise agreed by the parties, the administrator **may** publish or otherwise make publicly available selected awards, decisions and rulings **that have been edited to conceal the names of the parties or other identifying details** or that have been made publicly available in the course of enforcement or otherwise."

El art. 34(2) de las Reglas de CCI, sobre Notificación, Depósito y Ejecución de Laudos, establecen que:

"Additional copies certified true by the Secretary General shall be made available on request and at any time to the parties, **but to no one else**".

El art. 26.1 de las Reglas de LCIA establece:

"The Arbitral Tribunal shall make its award in writing and, unless all parties agree in writing otherwise, shall state the reasons upon which its award is based".

¹⁵ El término "decisión" es usualmente referenciado en la mayoría de reglas arbitrales de diversas instituciones, pero nunca es definido o ni siquiera contextualizado. Véase, por ejemplo: ICC Rules, Artículos 6(6), 29(2), 35, y 37.

simplemente no deben de ser objeto de revelación, salvo consentimiento de las partes.

La privacidad y la confidencialidad encuentran su más robusto pronunciamiento en los Arbitrajes Comerciales Internacionales en el ámbito de las deliberaciones que realizan los tribunales arbitrales. Las culturas de los Arbitrajes Comerciales Internacionales y del AIS proporcionan un peso considerable a una virtual doctrina no-escrita que subyace en la absoluta confidencialidad de las deliberaciones. Los trabajos sobre la confidencialidad de las deliberaciones en el arbitraje internacional van en tono con la arquitectura que caracteriza a la metodología de la resolución de controversias, la misma que enfatiza sobre **ejecutabilidad** de los laudos en vez de **responsabilidad**, o una revisión en segunda instancia.

En esta línea, los encargados de realizar las decisiones arbitrales se mantienen en procedimiento impenetrable similar a una "caja negra". A pesar de que ha habido desarrollos significativos en pro de la transparencia, se tiene que lo que concierne a deliberaciones aún se mantiene en un escenario oscuro por su propio diseño y práctica, esto por la propia finalidad de minimizar el ámbito de intervención judicial en la etapa de ejecución que el arbitraje conlleva. Muchas fuerzas con encendidos toques mercantilistas que incluyen (i) la competencia entre las instituciones arbitrales, (ii) un escenario de mayor competencia entre los árbitros, (iii) mayor conocimiento por parte de los consumidores respecto a reglas y servicios arbitrales, y (iv) un incremento en la proliferación de laudos arbitrales publicados por decisión voluntaria no han conllevado a una reestructuración de las bases del arbitraje institucional, de manera que se proporcione, ya sea por diseño o pragmáticamente mayor transparencia, con la finalidad de que se reduzca el denominado "déficit democrático" de acceso a información arbitral. En la medida en que se revisa la normativa, se tiene que el concepto de transparencia no ha sido incorporado en la rúbrica procedimental y en la cultura jurídica de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. El fino comentario que se ha originado con respecto a si los Arbitrajes Comerciales Internacionales carece de un deseo de transparencia, a pesar de su

naturaleza privada, ha llevado a conclusiones que pueden ser sustentadas en base a una fenomenología, pero que no explican los principios subyacentes responsables de explicar a fondo dicho fenómeno en primera instancia.

En vez de concluir que los Arbitrajes Comerciales Internacionales se está reinventando en sí mismo basado en un sistema de incorporación de principios que conllevan a una mayor transparencia, para los propósitos del presente artículo que busca desarrollar una norma/regla de transparencia aplicable a obtención de prueba en procedimientos arbitrales transnacionales, se tiene que dicho fenómenos es susceptible de una explicación causal que encuentra su fundamento conceptual en los preceptos que subyacen a los Arbitrajes Comerciales Internacionales, y no en las fuerzas invisibles del mercado. Mayor transparencia en de los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha sido logrado porque el principio de autonomía de parte ha ganado mayor capacidad tanto estructural como normativamente. Este ajuste superlativo del principio de autonomía de parte explica (i) la proliferación de publicaciones relativas a laudos arbitrales previamente depurados, (ii) mayor revelación de los fundamentos sobre los que se sustentan las objeciones/apelaciones arbitrales, y (iii) un mayor acceso a las razones que subyacen al proceso decisorio arbitral.

Mientras que modificaciones estructurales a las reglas necesariamente deban de ser desarrolladas, todos estos desarrollos todavía son relativamente exigüos para que se considere que se ha llegado a un nivel que represente una transformación sustantiva. Los Arbitrajes Comerciales Internacionales es privativo por sus propios fundamentos que subyacen al mismo, dado que surge de un contrato privativo dentro del marco del derecho internacional privado y en el que se aplica la ley sustantiva de una jurisdicción determinada, y se relaciona sólo con un evento microeconómico que limita cualquier argumento o prerrogativa de acceso público. Aun cuando el número de laudos arbitrales en este campo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha aumentado significativamente¹⁶, la jurisprudencia de dichos

¹⁶ Una revisión de los laudos publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su anuario "Yearbook Commercial Arbitration". Ediciones 1992-2011. Allí se refleja el crecimiento en el número de laudos de este

laudos en el Derecho Internacional Privado es limitada, dado que no son de observancia obligatoria sino que sólo son documentos de autoridad persuasiva, a diferencia de lo que ocurre en los AIS. Raramente los laudos emitidos en los Arbitrajes Comerciales Internacionales contienen una cita de otros laudos, ya sea como precedentes de observancia obligatoria o como precedentes meramente persuasivos que sean la base del análisis en la emisión del laudo.

Los Arbitrajes Comerciales Internacionales solamente puede sacrificar su cultura de confidencialidad y privacidad bajo pena de desnaturalizarse y transformarse a sí mismo en una metodología de resolución de controversias internacionales que a la fecha no existe y para la cual no existe una demanda cautiva de consumidores. Una norma/regla de transparencia puede encontrar resonancia en los Arbitrajes Comerciales Internacionales y Arbitrajes Inversor-Estado sólo si (i) es desarrollada como una norma sustantiva de derecho internacional público y privado, y (ii) su aplicación se limita a los aspectos discrecionales de la resolución de disputas internacionales, tal como sería la etapa de obtención de prueba. Esta aplicación selectiva de una norma/regla puede ser sustantivamente armonizada y conciliada con las características privativas que subyacen a la resolución de disputas internacionales, sin desnaturalizarla ni transformarla.

D. El Arbitraje Inversor-Estado (AIE), herencia de una cultura privatista del Arbitraje Comercial Internacional

El sistema de los Arbitrajes Comerciales Internacionales adjudica primariamente sobre controversias de índole privado, sobre la base de causas legales de origen privado dentro de un marco que se encuentra limitado de cualquier rúbrica geopolítica y que generalmente se encuentra administrado por una institución arbitral privada. Sin embargo, dicho sistema ha servido de base para el Arbitraje Inversor-Estado¹⁷. La configuración de las partes en un Arbitraje Inversor-Estado se incluye a una entidad privada que interpone sus reclamaciones en contra de una soberanía. Las causas de la acción sobre las que se fundamenta la reclamación subyacen en un tratado, el mismo que eminentemente se encuentra dentro del dominio del Derecho Internacional Público¹⁸. Dado que las reclamaciones surgen de un tratado de inversiones, ya sea bilateral o multilateral, dichos tratados usualmente tratan sobre intereses en la relación inversor-Estado y las obligaciones del Estado receptor de las inversiones. En consecuencia, el objeto de la controversia se torna público en su naturaleza, a pesar de que la reclamación haya sido interpuesta por una parte privada, el inversionista¹⁹. El Arbitraje Inversor-Estado usualmente trasciende la mera asignación de recursos entre partes privadas, porque en parte involucra oponerse al ejercicio del

tipo. La extensión de los laudos publicados durante el periodo de 1992 a 2001 oscila entre las 5,892 palabras. Esta cifra se ha casi duplicado a 10,881 en la década posterior (2002-2011). Debe resaltarse que estos resultados son limitados, en virtud de la publicación selectiva de laudos que realizan los editores del anuario de la CCI "Yearbook Commercial Arbitration", además de que la publicación de muchos de los laudos se hacen sólo a manera de resumen. No obstante ello, asumiendo que otros factores permanecen constantes, es notable que el número de laudos publicados haya crecido significativamente durante las últimas décadas.

¹⁷ Statement by the OECD Investment Committee, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures. Junio 2005. En: <http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/34786913.pdf>. "The system of investment dispute settlement has borrowed its main elements from the system of commercial arbitration".

¹⁸ Aun cuando las reclamaciones se realicen sobre la base de un tratado en específico, los AIE generalmente se basan en reclamaciones que surgen producto de violaciones al (i) tratamiento justo y equitativo, (ii) expropiación realizada sin justificación de interés público y para la cual no se ha otorgado una pronta y adecuada indemnización, (iii) tratamiento otorgado por el país receptor de las inversiones que no se adecúa a los estándares mínimos internacionales, (iv) acciones que afectan a los estándares de trato nacional, (v) denegación de justicia, (vi) tratamiento discriminatorio y arbitrario contra el inversor, (vii) violaciones sustantivas a los principios del derecho internacional y que no cumplen con el estándar de Nación Más Favorecida (NMF), y (viii) incumplimiento de obligaciones resultante de otras inversiones, las que pueden ser relevantes para una controversia en función de la extensión de la "cláusula paraguas".

¹⁹ No es del todo claro en la "jurisprudencia inversor-Estado" si una reclamación puramente contractual puede justificarse bajo la rúbrica de una arbitraje basado en un tratado. Véase por ejemplo, Karen Halverson Cross. "Investment Arbitration Panel Upholds Jurisdiction to Hear Mass Bondholder Claims against Argentina". INSIGHTS. American Society of International Law. Washington, D.C. Nov. 21. 2011. En: <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight111121.pdf>.

poder soberano de un Estado a través de la imposición de mandatos regulatorios. Asimismo, es común que los Arbitrajes Inversor-Estado se focalicen en sectores económicos específicos, lo cual conlleva a que en los Arbitrajes Inversor-Estado usualmente se dé lugar a cuestiones tanto macro como micro económicas²⁰.

El interés público internacional que conlleva a la protección de inversionista, ya sea entre países exportadores de capital –Estados industrializados– y países importadores de capital –Estados en economías de desarrollo–, se encuentra directamente formado y transformado en base a los procedimientos de arbitraje inversor-Estado. Los Arbitrajes Comerciales Internacionales generalmente no afecta a la economía pública ni a las políticas públicas de un Estado²¹. El Arbitraje Inversor-Estado se ha desarrollado sobre una “cultura de laudos escritos” y de publicación de los mismos, esto en virtud de la naturaleza *ad hoc* y de la corta vida de los tribunales que se constituyen²² y en que se limita la intervención judicial en este tipo de procedimiento, pero es relevante señalar que dichos laudos no se constituyen tampoco como precedentes de

observancia obligatoria²³. Las decisiones de los tribunales arbitrales que se constituyen para los Arbitrajes Inversor-Estado (i) son utilizados como documento persuasivo por parte de los tribunales, y (ii) con frecuencia dan lugar a elaboradas opiniones en contrario²⁴.

Independientemente de las diferencias y contrastes que existen entre los Arbitrajes Comerciales Internacionales y los Arbitrajes Inversor-Estado, se tiene que el Arbitraje Inversor-Estado ha adoptado las características de privacidad-confidencialidad de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Esta influencia estructural es verdaderamente interesante por la configuración de derecho internacional público que define al Arbitraje Inversor-Estado. En este tipo de procedimientos arbitrales el acceso público y la transparencia se encuentra ampliamente justificados y son necesarios, a la luz de la naturaleza pública del derecho internacional de inversiones y del interés público que rodea a esta área arbitral y que redundan inmediatamente en las reclamaciones inversor-Estado, y usualmente en la esfera regulatoria del Estado receptor de las inversiones. A pesar de la prominencia de

²⁰ Usualmente se ha afirmado que a diferencia de los procedimientos ante la OMC, que surgen de cambios en las políticas, reglas o legislaciones de los países miembros y que usualmente tratan sobre la aplicación de tarifas o cuestiones arancelarias, los procedimientos de AIE se encuentran limitados a un modelo de análisis microeconómico. En relación a ello los AIE se focalizan en un inversión en específica con énfasis en periodos relevantes relativos a la previa entrada de la inversión como a su posterior entrada, y se limitan a la petición de medidas procesales que cautelen los daños y perjuicios sufridos en una inversión determinada, razón por la cual se dice que el ámbito económico de éstos arbitrajes es microeconómico. Véase: SCHLEYER, Glen. “Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims before the WTO Dispute Resolution System”. En: *Fordham Law Review* 65. 1996-1997. p. 2275.

²¹ Sin embargo, es importante observar que no es fuera de lo común, aun cuando no sea la regla general, el hecho de que las instituciones arbitrales privadas procesen reclamaciones de inversores contra soberanías dentro de un marco de reglas del derecho internacional privado que aplica tanto reglas del derecho nacional como internacional a tales reclamaciones. Las acciones basadas en incumplimiento de obligaciones contractuales en relación, por ejemplo, a concesiones otorgadas, forman parte del firmamento del arbitraje internacional. De hecho, no es nada fuera de lo común que en tales tipo de casos existan controversias sobre la elección de la ley aplicable. Específicamente, no es nada fuera de lo común para las partes que se discuta hasta que medida el derecho internacional público es superior a la ley sustantiva que las partes eligieron aplicar en un determinado contrato. Véase: VAN HARTEN, Gus. “The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”. En: *International and Comparative Law Quarterly* 56. April 2007. p. 371.

²² El término de “corta vida” es definitivamente relativo. Un gran número de AIE bajo los auspicios del CIADI han durando más de cinco años. Los componentes de **oportunidad** y **eficiencia** del arbitraje internacional, tanto en el comercial como en el inversor-Estado, se están tornando en verdaderas reliquias de museo.

²³ Véase: CHENG, Tai-Heng. “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”. En: *Fordham Law Journal* 30. 2006-2007. pp. 1014, 1016.

²⁴ De hecho, las opiniones en contrario emitidas en los AIE han causado un prolongado diálogo entre los expertos, los ejercientes y los propios árbitros. Véase al respecto: MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro y Harout SAMRA. “A Defense of Dissents in Investment Arbitration”. En: *Interamerican Law Review* 43; VAN DEN BERG, Albert. “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”. En: *Looking to the future: Essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. pp. 821-843; REDFERN, Alan. “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad, and the Ugly”. *American Review of International Arbitration* 20. pp. 223, 224.

estas cuestiones, se tiene que sin embargo el carácter privativo permanece como una cuestión estructural en los Arbitrajes Inversor-Estado.

E. Elementos para la revelación de información

La revelación de hechos que pudieran conllevar a cuestiones sobre la imparcialidad e independencia del árbitro se constituyen como una cuestión central que merece una atención particular. El estándar que regula la obligación de revelar determinada información que los árbitros deben de seguir se encuentra contenida en las Directrices de la International Bar Association sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional –las “Directrices de la International Bar Association”²⁵.

El problema persistente, sin embargo, concierne a las cuestiones de privacidad y revelación de información que aquí se analizan, encuentra sus “vestigios de privacidad” en el máximo escrutinio que se realiza sobre opiniones arbitrales que no han sido objetadas pero que reflejan cuestiones objetables. Los ejemplos más útiles son aquellos donde, como en el caso *SGS v. Pakistán*²⁶, caso en el cual los árbitros que no fueron objeto de objeción alguna, decidieron sobre el asunto litigioso, pero lamentablemente fallaron al no proporcionar suficientes argumentos que justificara su competencia sobre el caso.

Una recitación detallada de los hechos en el caso de *SGS v. Pakistán* no es necesaria. Es suficiente observar que la parte demandante objetó sobre la base de que el abogado de la parte demandada había presidido un tribunal arbitral en otro asunto en el que se había emitido un laudo favorable para el demandado

en dicho procedimiento. La proposición subyacente bajo la reclamación de la parte demandante subyace en que el árbitro sobre quién se objetaba su imparcialidad tenía en cierto modo un rasgo de inmoralidad para otorgar una decisión favorable tal como lo señaló el abogado en el caso *SGS v. Pakistán*, al indicar que dicho letrado presidió el tribunal en el caso *Azinian v. United Mexican States*²⁷.

Al rechazar la objeción de acuerdo a lo establecido en los artículos 57 y 14(1) del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los árbitros observaron que “[t]he party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment in the particular case where the challenge is made”²⁸. El centro del análisis de opinión sirve como un paradigma ejemplificativo de lo que denominamos el “vestigio privatista”:

“It is commonplace knowledge that in the universe of international commercial arbitration, the community of active arbitrators and the community of active litigators are both small and that, not infrequently, the two communities may overlap, sequentially if not simultaneously. **It is widely accepted that such an overlap is not, by itself, sufficient ground for disqualifying an arbitrator**”²⁹. [El énfasis es nuestro]

El recurso del tribunal al término “conocimiento general” o “*commonplace know-ledge*” quebranta su propia legitimidad y conlleva a concluir que sus razonamientos se hicieron sin mucha fortuna. La referencia que se hace en el caso antes mencionado sobre el “universo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales”

²⁵ En: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>.

²⁶ *SGS. Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Caso ICSID. ARB/01/13. Decision on Claimant’s Proposal to Disqualify Arbitrator. 2002. 8 ICSID Rep. 398. 2005. “*SGS v. Pakistan*”.

²⁷ Robert Azinian v. United Mexican States. Caso ICSID No. ARB/AF/97/2. 1999.

²⁸ Traducción libre: “La parte que objeta la neutralidad de un árbitro debe de establecer los hechos que sean determinativos para dar lugar a la inferencia de que la persona objetada claramente no puede ser confiable para el ejercicio independiente de la determinación de justicia en el particular caso en el cual la objeción ha sido realizada”.

²⁹ Traducción libre: “Es de conocimiento general que en el universo del arbitra comercial internacional, la comunidad de árbitros activos y de litigantes activos son tan pequeñas que frecuentemente ambas comunidades coinciden, ya sea de manera secuencial o simultánea. **Es aceptado generalmente que tal coincidencia o solapamiento no es, por si mismo, un argumento suficiente para descalificar a un árbitro**” [El énfasis es nuestro].

es igualmente desconcertante. Ello, porque el procedimiento *sub judice* surge de una controversia inversor-Estado sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI”) suscrito entre las República Islámica de Pakistán y Suiza. Por tanto, la referencia apropiada debió haber sido al “universo del Arbitraje Inversor-Estado”. En otras palabras, existen elementos sustanciales en los artículos 57 y 14 de la Convención CIADI que podrían haber sido garantizados, y haber sido materia de valoración en un laudo que concierne sobre cuestiones de interés público y que debe satisfacer las expectativas públicas que atañen al mismo y que van más allá de los propios intereses de confidencialidad de las partes. El escudarse sobre el noble concepto de “conocimiento general” o *commonplace knowledge* perteneciente al universo del arbitraje comercial internacional evidencia el carácter privativo al referirse al universo que no puede ser compartido, más allá de comunicaciones orales que muchas veces no tienen la fuerza ni el sustento que irroga el elemento escrito. Aun peor, aun asumiendo que los conceptos de “conocimiento general” y lo que denominamos como “universo del Arbitraje Comercial Internacional” existen con suficiente rigor y claridad, de manera que premisas culturales que circundan a las normas/reglas legales pueden ser inferidas de éstos, se tiene que la opinión que emite el tribunal en el caso SGS hace poco más que establecer el estatus quo de la práctica arbitral, el mismo que es una razón más que suficiente para evitar un análisis detallado.

F. El “Vestigio Privativo” en la redacción del Laudo

El carácter privativo en la redacción de un laudo es un legado de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Ese carácter privativo se refiere a la renuencia de involucrarse en un denso análisis jurídico, en virtud del cual una conclusión sea el resultado de una detallada premisa. Tal aproximación es especialmente inapropiada en aquellos escenarios, como es el caso del Arbitraje Inversor-Estado, en que (i) la cuestión o interés público sea notorio y (ii) la jurisprudencia arbitral que es frecuentemente utilizada como fundamento persuasivo y como una caja de pandora de posiciones jurídicas que a su vez pueden contribuir a implementar los

principios básicos del arbitraje, en virtud de los cuáles tanto de los Arbitrajes Comerciales Internacionales como el Arbitraje Inversor-Estado se sustentan, y que son: la uniformidad, la predictibilidad, el estándar de transparencia, y la autonomía de parte.

Mientras que podría encontrarse en consonancia con los mecanismos formales y estructurales de los Arbitrajes Comerciales Internacionales el hecho de que los laudos sean abreviados, en parte producto de la protección de las instituciones arbitrales al emitir decisiones limitadas basadas en el fondo del asunto con la clara finalidad de evitar que éstas sean recurridas ante una segunda instancia, lo mismo no se puede decir de los Arbitrajes Inversor-Estado en los que las cuestiones de interés público son relevantes. En tal sentido, análisis legales abreviados, a pesar de lo extensivo de las páginas de algunos de los laudos que se focalizan excesivamente en una narración detallada de los hechos y una exposición extensa de las posiciones de las partes, en detrimento de un riguroso análisis jurídico, especialmente en las cuestiones de derecho internacional público que dan soporte a las conclusiones del tribunal arbitral, solamente puede ser explicado por una exportación de la cultura privatista del Arbitrajes Comerciales Internacionales hacia el Arbitraje Inversor-Estado.

III. LA BÚSQUEDA DE TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO, PERO NO UNA NORMA/REGLA DE TRANSPARENCIA

El vestigio privativo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales es evidente en el Arbitraje Inversor-Estado, a través de los esfuerzos por incorporar diferentes normas de transparencia sobre una gama de cuestiones que van desde el acceso público a los procedimientos, la publicación de laudos, la capacidad jurídica de terceras partes (*amicus*), la participación de terceras partes (*amicus*) en los procedimientos, y el acceso público a documentos de trabajo³⁰.

El CIADI se ha confrontado con el reto de tener cuestiones de orden público en favor de la transparencia y el acceso. El cumplir con tales

³⁰ Véase, por ejemplo: *Methanex Corporation v. United States of America*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001.

demandas es particularmente difícil dada la poca probabilidad de modificar los términos del propio Convenio CIADI. Asimismo, el propio CIADI como institución, al adoptar sus políticas debe de hacerlo preservando un escenario de juego en el que se entremezclan los intereses de los países exportadores de capital y los intereses de los países importadores. La adopción de reglas, políticas y regulaciones por parte de CIADI debe lograr un balance que armonice los intereses de sus potenciales demandantes, mientras que al mismo tiempo se debe salvaguardar las cuestiones clásicas inherentes a la soberanía del Estado receptor de la inversión, usualmente países en desarrollo, las mismas que han sido reclamadas por dichos Estados³¹.

A. La perspectiva del CIADI

En los documentos de trabajo de la Secretaría del CIADI, por ejemplo, aquel de Mayo 12 de 2005, se tiene que se sugirieron varios cambios sustantivos, entre estos algunos referidos a mayor acceso a los procedimientos por terceras partes, publicación de los laudos, entre otros, al señalarse por ejemplo:

“The Discussion Paper suggested changes concerned preliminary procedures, publication of awards, access by third parties to the proceedings and disclosure requirements of arbitrators”³².

Mientras que el referido documento de trabajo describe de manera favorable los cambios propuestos, se tiene que en lo que respecta al acceso de terceras partes al procedimiento presentó ciertos cuestionamientos no tan favorables. Los cuestionamientos se expresaron sobre la

base de que cualquier medida o forma por la cual se permita el acceso a terceras partes a un procedimiento arbitral, debería de encontrarse sujeta a determinadas condiciones, asegurando, por ejemplo, que las terceras partes por medio de su participación no afecten la participación de las partes en un procedimiento. Es menester resaltar, que ninguna de las reglas sobre transparencia que se ilustran en el documento de trabajo de CIADI mencionan de modo alguno las palabras **confidencial** o **privado** en alguna forma.

B. Re análisis del caso Methanex y la necesidad de una Transparencia Normativa

En lo que respecta a partes que no son parte de un procedimiento, pero tienen interés en el mismo, se tiene que en los tribunales americanos existe la figura del *amici curiae*, en virtud de la cual un determinado Juez o Tribunal Judicial puede admitir las peticiones de dichas partes. Como casos relevantes de estas figuras para la materia que aquí atendemos, se encuentran las decisiones de admisión de *amici curiae* emitidas en el año 2001 en los casos *Methanex Corp. v. United States of America*³³ y *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*.³⁴ En ambos casos, particularmente el de Methanex porque atañe a cuestiones de interés público en los campos de la salud y seguridad, en aspectos netamente regulatorios en el campo de medidas medioambientales, que fue objeto de considerables desarrollos literarios³⁵. Para los propósitos del análisis no será necesario revisar los contornos fácticos de los casos antes mencionados.

³¹ La reciente denuncia al Convenio CIADI por parte de Venezuela, Bolivia y Ecuador, así como el hecho de que Brasil no sea miembro de dicha convención, resaltan la delicada posición procedimental y la importancia sustantiva que cualquier política, regla o regulación que el CIADI adopte debe de tener en cuenta a efectos de que sea un Convenio aplicable en su totalidad. Véase, por ejemplo: COE, Jack. “Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaption, and NAFTA Leadership”. En: Kansas Law Review 54. 2006. “Addressing this very issue and contextualizing it as part of a new generation of texts consolidating, clarifying, and promoting transparency practice”.

³² ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations. 2005. En: www.icsid.worldbank.org.

³³ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001.

³⁴ *United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada*. Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as *Amici Curiae*. 2001.

³⁵ Véase, por ejemplo: DOUGHERTY, Kara. “*Methanex v. United States*: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation”. En: Northwestern Journal of International Law and Business 27. 2006-2007; LAWRENCE, Jessica. “Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriations after Methanex”; YEE,

En la búsqueda de “desarrollar el caso” con la finalidad de configurar una normativa sustantiva de transparencia que pueda ser incorporada al muy limitado campo de la resolución de disputas internacionales en el aspecto que se refiere a la obtención de prueba, será suficiente incorporar un estudio analítico sobre las bases sobre las cuales subyace el caso Methanex, el mismo que en sólo una ocasión hace referencia a la transparencia³⁶ pero que a la vez minimiza el escrutinio de normas sustantivas de derecho internacional a favor de un rigor procedimental que resulte del lenguaje textual de las reglas procedimentales aplicable. De hecho, el tribunal del caso Methanex³⁷ cuando se enfrentó a las objeciones presentadas contra las peticiones de *amici curiae*, bajo la teoría que se podría desobedecer el artículo 25(4) de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI³⁸ que contempla que las audiencias sean realizadas “en puerta cerrada” consideró que el ámbito de extensión de la confidencialidad del arbitraje no era una materia sobre la cual debería decidir dicho tribunal³⁹. Pero la discusión sobre este particular elemento sobre el cual el tribunal no decidió, y la transitoria referencia al beneficio general que redundaba del Capítulo 11 referido a procedimientos arbitrales en la que se hace alusión a procedimientos más abiertos y transparentes⁴⁰, la decisión es carente de consideraciones y normas sustantivas de derecho internacional que (i) podrían definir al arbitraje internacional como “privado” o

“confidencial”, o (ii) que tengan algún efecto en los futuros procedimientos arbitrales. El tribunal del caso Methanex consideró que ni NAFTA⁴¹ ni las Reglas de CNUDMI limitaban la participación de los terceros denominados como *amici curiae*. Al desarrollar esta regla, se sustentaron sobre el principio de autonomía de parte, aun cuando la referencia al principio no se encontraba planificada. Una revisión al razonamiento del tribunal es muy útil.

La naturaleza pública del caso Methanex, referida a cuestiones de seguridad, salud y regulaciones medioambientales nos conlleva a hacer una breve narración para contextualizar el análisis de las peticiones de los *amici curiae*, las mismas que originaron cuestiones clásicas sobre lo que es el acceso público. Methanex bajo sus reclamación en la producción y venta de un recurso a base de metanol para que fuera utilizado en las gasolinas, el mismo que es conocido por su denominación en inglés como methyl tertiary-butyl ether (“MTBE”). Se afirmó que el MTBE era un producto seguro, efectivo y económico. El demandante alegó que el MTBE tenía beneficios medioambientales y que no generaba riesgo alguno a la salud humana o al medioambiente⁴². También se señaló que el demandante no se involucró en la producción y venta de MTBE, sino que sólo se limitó a la producción, transporte y marketing del metanol⁴³. La cuestión central de la demanda era que (i) no habían plantas

Marisa, “The Future of Environmental Regulation after Article 1110 of NAFTA: A Look at the Methanex and Metalclad Cases”. En: Northwestern Journal of Environment and Policy 9. 2002-2003.

³⁶ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. p. 49 (“There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: There are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal’s willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm”).

³⁷ El panel se encontraba inicialmente constituido por William Rowley QC, Warren Christopher Esq, and V.V. Veeder QC (Presidente del Tribunal), y posteriormente fue reconfigurado tras la renuncia de Warren Christopher, quien fue sustituido por el Profesor W. Michael Reisman. Véase *Methanex v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 2005. p. 5.

³⁸ Artículo predecesor del actual Artículo 28.3.

³⁹ *Methanex v. United States*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. p. 46.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, NAFTA, por sus siglas en inglés “North American Free Trade Agreement”. 1993.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibid.* pp.1-2.

de producción de metanol localizadas en el Estado de California, y (ii) durante el periodo de 1993 a 2001, solo una fracción de metanol fue consumida en California y el resto producida en distintos Estados de los EE.UU. (un promedio de 20.2 toneladas métricas a comparación del consumo total que era de 185.5 toneladas métricas)⁴⁴.

Las reclamaciones se interpusieron en base a lo establecido en el Artículo 116(1) del NAFTA, en base a los incumplimientos por parte de los EE.UU. de dos provisiones establecidas en la Sección A del Capítulo 11 del NAFTA: el artículo 1105(1) y el artículo 1110(1), en virtud de las pérdidas causadas por el Estado de California como resultado de la prohibición de venta y utilización de MTBE, la misma que tenía programada entrar en efecto el 31 de Diciembre de 2002⁴⁵.

Visto como un posible caso bandera con implicaciones de seguridad pública, salud y regulaciones medioambientales, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible ("International Institute for Sustainable Development, por sus siglas en ingles) ("el Instituto") fue la primera organización no gubernamental que interpuso una petición de *amicus curiae*, en su calidad de tercero interesado, señalando una argumentación a favor de un Estado receptor de inversiones, que en el ejercicio de su poder soberano a través del dictado de medidas regulatorias en pro del bienestar social en áreas relativas a la salud, seguridad y objetivos regulatorios, las

mismas que fueron dictadas sobre una base no discriminatoria⁴⁶. Las ONG involucradas señalaron que bajo ningún análisis tales medidas podían constituir una violación al derecho internacional y que constituían prerrogativas de un Estado receptor de inversiones, dentro de sus potestades regulatorias⁴⁷. Dos preceptos adicionales que el Instituto señaló en su petición fueron (i) que la interpretación del Capítulo 11 de NAFTA debería reflejar los principios legales sobre los que se fundamenta el concepto de desarrollo sostenible, y (ii) que la participación de un tercero interesado no parte en el procedimiento, como la figura del *amicus*, podría calmar las inquietudes públicas en línea con la naturaleza hermética de los procedimientos arbitrales que se suscitan bajo el Capítulo 11 del NAFTA⁴⁸.

Al inicio de su opinión el tribunal arbitral no artículo del todo un pronunciamiento general referente a la naturaleza privada o confidencial del arbitraje. No se hizo tampoco ninguna presunción de este tipo ya sea incluida en la cultura práctica del arbitraje internacional (ya sea comercial o inversor-estado) o que sea discernible del derecho internacional. En vez de ello, el tribunal optó por una construcción muy limitada de la cuestión sin tocar los elementos de privacidad o confidencialidad como elementos estructurales de la estructura total del arbitraje.

El punto de quiebre fue cuando el tribunal observó que no existe precepto alguno en

⁴⁴ Ibid. p. 2.

⁴⁵ Véase *Methanex v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 2005. p. 1. Methanex ultimately challenged three legislative texts:

- (i) The 1999 California Executive Order certifying that "on balance, there is significant risk to the environment from using MTBE in gasoline in California";
- (ii) California Code of Regulations Title 13, §§2273 requiring gasoline pumps containing MTBE to be labeled in California as follows: "Contains MTBE. The State of California has determined that use of this chemical presents a significant risk to the environment." §§2262.6 provided at sub-section (a)(1) that: "Starting December 31, 2002, no person shall sell, offer for sale, supply or offer for supply in California gasoline which has been produced with the use of methyl tertiary-butyl ether (MTBE)"; and
- (iii) Amended California Regulations of May 2003, expressly banning the use of methanol as an oxygenate in California.

Ibid. p. 7.

⁴⁶ Las peticiones fueron eventualmente interpuestas por las siguientes organizaciones: (i) El *International Institute for Sustainable Development*, (ii) Communities for a Better Environment, (iii) The Bluewater Network of Earth Island Institute, y (iv) The Center for International Environmental Law.

⁴⁷ Véase *Methanex v. United States*. Petitioner's Final Submission Regarding the Petition of the International Institute for Sustainable Development to the Arbitral Tribunal for Amicus Curiae Status. 2000, en 10-18. Véase también *Methanex v. United States. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as Amici Curiae*. 2001. p. 5. (The Institute's petition sought leave "(i) to file an *amicus* brief (preferably after reading the parties' written pleadings), (ii) to make oral submissions, (iii) to observe status at oral hearings.")

⁴⁸ Ibidem.

la Reglas del CNUDMI o en el Capítulo 11, Sección B del NAFTA que expresamente le confieran al tribunal la prerrogativa de aceptar una petición de *amicus* o que expresamente establezca que el tribunal no deba tener dicha prerrogativa⁴⁹. De hecho, el Tribunal arbitral se distanció de lo establecido en la Demanda Arbitral dado que el antiguo Artículo 25(4) de las Reglas de CNUDMI (actual Artículo 28(3)) que establece que las audiencias deben de realizarse a **puerta cerrada**, se tiene que la confidencialidad se incorpora a los documentos preparados en anticipación o en preparación para las audiencias⁵⁰.

No habiéndonos involucrados en consideraciones de privacidad o confidencialidad con respecto al arbitraje internacional o en buscar inferencias sobre lo que significa el concepto de **puerta cerrada** contenido en el Artículo 28(3) de las Reglas del CNUDMI, se tiene que el Tribunal inteligentemente buscó normativasobre laques sustentelos principios procedimentales de confidencialidad, los cuáles discrecionalmente los encontró en el antiguo Artículo 15(1) (actual Artículo) 17 de las Reglas de CNUDMI⁵¹. El antiguo Artículo 15(1) otorga al Tribunal Arbitral una vasta discrecionalidad para conducir y/o administrar un arbitraje, claro está que sujeto a los controles que derivan de la igualdad

procedimental y la justicia que debe existir hacia las partes del litigio arbitral⁵².

Habiéndose encontrado argumentos en un principio procedimental, el Tribunal se encontraba habilitado para dispensarse con cualquier petición que podría tener el efecto de incorporar nuevas partes a un procedimiento arbitral o que conduzca a que terceros que no sean parte de un procedimiento arbitral pueden tener acceso a los derechos sustantivos, prerrogativas y demás de una parte de un procedimiento arbitral, bajo lo establecido en el NAFTA. El propio Tribunal indicó que habiéndose recibido las peticiones/solicitudes escritas de algún tercero que no es considerado parte en el procedimiento, no equivale a decir que tal tercero sea considerada parte en el arbitraje⁵³.

Esta distinción es particularmente verdadera, en aquellos casos, como el de Methanex, en el que no se cuestionó la autoridad del tribunal arbitral para recibir solicitudes/peticiones de *amicus curiae*, pero en vez de ello se señaló que el Tribunal a través de su ejercicio de su discrecionalidad determinó primeramente que tales escritos podrían contribuir a que el tribunal se considere competente sobre el caso mientras que no se vulnerara el derecho de las partes con otras cuestiones referentes a terceros que no son parte, dado que estos últimos no pueden ser interpelados⁵⁴.

⁴⁹ *Ibid.* p. 24.

⁵⁰ *Ibid.* p. 12. En el caso Methanex también se mencionó en la Orden del 7 de Septiembre de 2000, que las partes habían acordado que las transcripciones, documentos escritos, declaraciones de testigos, entre otros, debían de ser considerados confidenciales.

⁵¹ Véase también "*Methanex v. United States*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. En: 25-34.

⁵² *Ibid.* p. 26.

⁵³ *Ibid.* p. 30.

⁵⁴ Methanex puso en tela de juicio cuatro argumentos principales. El primero referente a la jurisdicción y competencia, en el que se señaló que el tribunal carecía de competencia para incorporar a un tercero a un procedimiento, al menos que las partes acuerden lo contrario. En relación a este punto, Methanex afirmó que el tribunal carecía de competencia para que en virtud de lo que establece el Capítulo 11 de NAFTA se otorgara las prerrogativas de una parte a terceros no interesados y que en caso discrecionalmente se estableciera ello, tal cuestión estaría fuera del ámbito establecido en el artículo 15 de las Reglas del CNUDMI. En segundo lugar, el demandante mantuvo que las cuestiones de interés público se encontraban ampliamente protegidas en base al Artículo 1128 de NAFTA, el mismo que establece una metodología para los grupos privados de interés, como las ONG, NAFTA, para transmitir sus informaciones a las partes de un procedimiento bajo el marco del NAFTA, quienes a su vez tienen legitimidad para intervenir si de hecho hubiera una cuestión en base a NAFTA que deba de ser interpretada. A su vez, las partes objeto de la controversia tendrían el derecho de recurrir a peticionarios como las ONG, para que actúen como testigos. Si estos peticionarios se apersonarían como *amici curiae*, las partes de la controversia estarían impedidos de interpelar y/o conrainterrogar a los testigos en lo que respecta a los fundamentos de hecho actuales sobre los que subyace la operación de remisión de peticiones de terceros. Tercero, en el caso *Methanex*, tal como hizo México en su calidad de parte del NAFTA, se indicó que era "inapropiado" desarrollar una práctica que robusteciera la participación de los denominados *amici curiae* en arbitrajes inversor-Estado. Mientras que los EE.UU. y Canadá por ejemplo desarrollan la práctica de permitir la participación de *amicis curiae* de forma rutinaria en sus procedimientos judiciales, México por ejemplo no permite ello. En cuarto lugar y finalmente, el

Cuatro cuestiones fundamentales fueron alcanzadas al indicarse que el Artículo 15(1) permitía recibir peticiones escritas como las referenciadas⁵⁵. El tratamiento otorgado por el Tribunal Arbitral a estas cuatro subtemas referentes al ámbito de aplicación del antiguo artículo 15 y si dicho articulado otorga al Tribunal la discrecionalidad para aceptar la remisión de peticiones de parte de terceros que no son parte de un procedimiento, como el caso de los *amicus curiae*, involucraba un análisis técnico y comprensivo pero que ciertamente no se relacionaba con el derecho internacional y la búsqueda de una norma sustantiva de transparencia. El Tribunal Arbitral en su análisis (i) delimitó los contornos de las reclamaciones del tribunal del caso Irán-Estados Unidos de Norteamérica, la Organización Mundial de la Salud, y la práctica de la Corte Internacional de Justicia al encontrar que no se vulnera la práctica de arbitraje internacional por el hecho de recibir peticiones/solicitudes por parte de terceros que no son parte de un procedimiento⁵⁶;

(ii) observó que cualquier límite que resultara de las solicitudes/peticiones escritas remitidas por aquellos peticionarios que no son parte de un procedimiento podrían ser igualmente compartidas con las partes del procedimiento, y, por ende, no podrían ser calificadas como necesariamente excesivas para los intereses de las partes involucradas en el asunto litigioso⁵⁷; (iii) los artículos que fueron considerados fueron el 1126(10), 1128, 1133, and 1137(4) del Tratado NAFTA y se concluyó que ninguno de dichos artículos ni ninguna provisión del Capítulo 11 del NAFTA indicaba expresa y directamente mención alguna para que el Tribunal Arbitral tuviera la prerrogativa de aceptar peticiones de *amicus curiae*⁵⁸; y (iv) se analizó el ámbito de aplicación del antiguo artículo 25(4) (actual artículo 28(3)) de las Reglas del CNUDMI determinándose que el artículo es irrelevante a los efectos de la recepción de solicitudes/peticiones de terceros no-partes de un procedimiento, pero es pertinente a los efectos de atender las peticiones de tales peticionarios en audiencias y en el acceso a

demandante solicitó al Tribunal Arbitral a que desestimara la práctica de la OMC por considerarla irrelevante. Asimismo añadió que aun cuando la práctica de la OMC podría ser adoptada como útil desde la perspectiva analítica, el precedente que la OMC tiene en relación con dicha cuestión reveló que el Tribunal Arbitral o mejor dicho el Tribunal de Apelaciones rutinariamente ha dictaminado que tales remisiones de peticiones por parte de terceros no-partes no deberían ser tomadas en consideración y que el poder que resulta del Artículo XIII de la Sección referida a Entendimientos en los Acuerdos de Resolución de Disputas (*Dispute Settlement Understanding*), en lo que respecta a la obtención de información respecto a los recursos utilizados por terceros que no son parte de un procedimiento no ha sido aplicada en estas cuestiones de transparencia y confidencialidad.

⁵⁵ Específicamente cuatro cuestiones fueron desarrolladas y mencionadas:

- (i) Si la aceptación por parte del tribunal de las peticiones de *amicus curiae* se encontraba dentro del ámbito del sub-párrafo [2] del antiguo artículo 15(1),
- (ii) Si la aceptación de las peticiones de *amicus* podría afectar el trato justo otorgado entre las partes objeto de la controversia y la oportunidad para que cada una de ellas presenta de manera completa su caso, de acuerdo a lo establecido en el sub-párrafo [3] del antiguo artículo 15(1);
- (iii) Si existe alguna provisión en el Capítulo 11, Sección B de NAFTA que modificara la aplicación del Artículo 15(1) para los propósitos del asunto; y
- (iv) Si alguna otra provisión de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI de manera similar modificara la aplicación del antiguo artículo 15(1) en relación al referido asunto, teniendo en cuenta las palabras introductorias del sub-párrafo del antiguo artículo 15(1).

Ibid. p. 27-28.

⁵⁶ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. En: 32-34. En relación con ello, el Tribunal Arbitral enfatizó que la práctica de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) refleja que solicitudes escritas que fueron recibidas por la CIJ, de manera no oficial, en el "Caso Referente a Gabčíkovo-Nagymaros Project". ICJ Reports. 1997. Ibid. p. 34. El Tribunal adicionó que "the ICJ's practices provides little assistance to this case. Its jurisdiction in contentious cases is limited solely to disputes between states; its Statute provides for intervention by States; and it would be difficult in these circumstances to infer from its procedural powers a power to allow a non-state third person to intervene".

⁵⁷ Ibid. p. 36. El Tribunal enfatizó, "[i]n theory, a difficulty could remain if a point was advanced by a Petitioner to which both Disputing Parties were opposed; but in practice, that risk appears small in this arbitration. In any case, it is not a risk the size or nature of which should swallow the general principle permitting written submissions from third persons.

⁵⁸ Ibid. p. 38-39. Expresamente se indicó lo siguiente, "There is nothing relevant in these provisions for present purposes. As the tribunal has already concluded, there is no provision in Chapter 11 that expressly prohibits acceptance of *amicus* submissions but likewise nothing that expressly encourages them".

copias de los materiales proporcionados por el Tribunal Arbitral⁵⁹.

Methanex acertadamente ha sido distinguido como un asunto que contribuye a un régimen más transparente en la resolución de controversias⁶⁰. Dicho reconocimiento se encuentra muy bien justificado desde nuestro punto de vista. La vasta riqueza de la referida opinión en relación terceras partes, en la que se trata la extensión del ámbito de aplicación de medidas locales en campos referentes a la salud pública, seguridad y medioambiente, y su potencial afectación al derecho internacional que protege a los inversores extranjeros, explorando el role conceptual de la figura de *amici curiae*, y finalmente tocando la dicotomía de privacidad/confidencialidad, es loablemente resaltante. Este fino razonamiento fue posteriormente mejorado dado que el Laudo Final fue objeto de análisis en documentos interpretativos del Tratado NAFTA, así como en varios trabajos académicos relacionados a la transparencia⁶¹. Precisamente porque la decisión en el caso Methanex involucra múltiples facetas de transparencia (i) acceso público a la información, (ii) peticiones/solicitudes de terceros que no son parte del procedimiento, (iii) participación de terceros que no son parte del procedimiento en las diligencias procesales del procedimiento, (iv) acceso de terceros que no parte del procedimiento a las documentaciones arbitrales, y (v) la incorporación de notas interpretativas (como las de la Comisión de Libre Comercio). El referido caso es de una ayuda considerable al ayudarnos a enfatizar el vestigio de la privacidad que los Arbitrajes Inversor-Estado heredaron de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Adicionalmente, ha ayudado a ejemplificar las correcciones estructurales que el Derecho Internacional Público debe de tener en cuenta en los ajustes que se deban de

realizar sobre el legado dejado por el Derecho Contencioso Privado Internacional.

Tanto la revisión a las Reglas CIADI del año 2006 como el análisis del caso Methanex contribuyen a la justificación para el desarrollo de una norma sustantiva de transparencia privativa que pueda ser articular sin realizar una modificación fundamental a los trabajos desarrollados en el Derecho Internacional Privado y Público de la resolución de controversias. El desarrollo de una norma de transparencia privativa de tal tipo podría servir como un principio de convergencia capaz de armonizar tradiciones jurídicas disímiles. Una norma de transparencia es particularmente necesaria en la obtención de la prueba y puede proporcionar una participación más vibrante, acceso a mayor información, mayor supervisión sobre los actores involucrados incluyendo a los árbitros, y celeridad sin la necesidad de articular reglas de obtención de prueba que contengan definiciones técnicas que a su vez podrían conllevar a objeciones basadas en su falta de universalidad. Los principios generales de transparencia ya adoptados en documentos de derecho internacional podrían servir como las premisas fundacionales conceptuales para este cambio necesario.

IV. EL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE EN LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS INTERNACIONALES Y LA NECESIDAD POR UNA NORMA ARMONIZADA DE TRANSPARENCIA

A. Cuestiones estructurales en el Arbitraje Inversor-Estado

El vestigio privativo antes mencionado es solo un elemento de la resolución de disputas

⁵⁹ *Ibid.* pp. 40-42. El Tribunal subrayó que no se encontraba del todo claro que el antiguo artículo 25(4) de las Reglas CNUDMI impusiera una obligación de confidencialidad, y en caso de hacer ello, podría irrogar autoridad al Tribunal en base al caso de la Corte Suprema de Justicia de Suecia *Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc* (2000), en el que se señaló: "a privacy rule in an arbitration agreement does not give rise under Swedish law to a separate duty of confidentiality, at least as regards the award." Asimismo, se subrayó que la aproximación en tal caso era "supported by the decision of the High Court of Australia in *Esso/BHP v. Plowman* (1993) and 183 CLR 10, distinguishing between confidentiality and privacy, particularly as subsequently applied by the New South Wales court in *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* En: New South Wales Law Review 36. 1995. p. 662.

⁶⁰ MANN, Howard. The Final Decision in *Methanex v. United States*: Some New Wine in Some New Bottles. International Institute for Sustainable Development. 2005. En: http://www.iisd.org/pdf/2005/commentary_methanex.pdf.

⁶¹ La Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del Tratado NAFTA establece expresamente: "Nothing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality under disputing parties to a Chapter 11 Arbitration [or] precludes the Parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a

internacionales que sugiere la necesidad de que exista una norma de transparencia privativa. El Arbitraje Inversor-Estado, y en menor medida los Arbitrajes Comerciales Internacionales, estructural y sustantivamente se encuentran entrelazados con un deseo de ser una estructura uniforme. Esta ausencia de uniformidad da lugar a lo que se denomina "principio de incertidumbre"⁶². Asimismo, aspectos críticos del Arbitraje Inversor-Estado carece de un valor predictivo. El Arbitraje Inversor-Estado se constituye por un sistema fragmentado de aproximadamente 3,000 tratados bilaterales de inversión que no están del todo interconectados, ni conceptualmente organizados, o que no contienen cláusulas materiales monolíticas⁶³. El universo multilateral, regional y bilateral de los tratados de inversiones es completamente ausente de estructura, jerarquías o de cualquier otro principio comparativo aplicable.

En un nivel menos formalístico pero más sustantivo, se tiene que preceptos rudimentarios del Arbitraje Inversor-Estado aún permanecen materialmente sin ser tomados en cuenta. Por ejemplo, quizás el elemento más importante que es usualmente referido en los Arbitrajes Inversor-Estado es el trato justo y equitativo

(TJE) que se debe de otorgar a las inversiones extranjeras. Asimismo, se ha discutido mucho sobre el hecho de si el TJE es un principio o un estándar. De manera similar, la relación que existe entre el TJE y el Estándar Mínimo Internacional (EMI) también ha dado lugar a que se elucubren un número de teorías con consecuencias prácticas para la resolución de controversias internacionales⁶⁴. Por tanto, es incierto si el EMI es el mismo o diferente para el caso del TJE. En caso sea sustantivamente diferente, no se sabe cuál es la diferencia. Y tampoco, no hay certeza en si esas diferencias tienen algún efectos en el cálculo de los daños.

De similar manera, no se encuentra bien definido si una cláusula paraguas en un Arbitraje Inversor-Estado debería de permitir incorporar reclamaciones no basadas en un tratado en un procedimiento arbitral de éste tipo. Los casos principales que tratan sobre si una cláusula paraguas automáticamente otorga un estatus de tratado sobre reclamaciones contractuales permanecen desafortunadamente sin resolver⁶⁵.

Consideraciones fundamentales en relación al concepto de Nación Más Favorecida

Chapter 11 tribunal.

[...]

Each Party agrees to make available to the public in a timely manner all documents submitted to, or issued by, a Chapter 11 tribunal, subject to redaction of: (i) Confidential business information; (ii) information which is privileged or otherwise protected from disclosure under the Party's domestic law; and (iii) information which the Party must withhold pursuant to the relevant Arbitral Rules, as applied.

Véase Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions of the NAFTA Free Trade Commission. 2001. En: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=eng&view=d>. Methanex contended that the Interpretive Note was an amendment and not a viable interpretation of Article 1105, and, therefore, not binding of the tribunal pursuant to article 1131(2) NAFTA. The tribunal, in part, emphasized that "Methanex cites no authority for its argument that far-reaching changes in a treaty must be accomplished only by formal amendment rather than by some form of agreement between all of the Parties". *Methanex v. United States*. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (August 3, 2005). p. 10.

⁶² El **principio de incertidumbre** primeramente se refiere al AIE. Sin embargo, este principio encuentra considerable resonancia en el ACI en virtud a la amplia discrecionalidad que se le otorga al tribunal arbitral en este tipo de arbitrajes, el mismo que no tiene precedente alguno en el derecho internacional privado. El ACI también presenta incertidumbres relativas a cuestiones estructurales, tales como (i) la completa ausencia de una estructura de obtención de prueba que transfiera esta cuestión a una incontrolada discrecionalidad arbitral, (ii) indefinición respecto al ámbito en el que la interpelación podría ser permitida, (iii) obtención de prueba que muchas veces es excesivamente restrictiva, (iv) la aplicación de la equidad que muchas veces conlleva a la inaplicación de derecho sustantivo, y (v) dificultades generales en lo que respecta a causas de acción no-contractuales. Todos estos componentes del ACI colisionan con los principios básicos que el arbitraje internacional pretende fundarse: autonomía de parte, uniformidad, estándar de transparencia, y predictibilidad.

⁶³ Es como un plato de tallarines ("spaghetti bowl") de alrededor de 3,000 tratados bilaterales y regionales que se solapan entre ellos, decenas de miles de contratos transnacionales, y un número indeterminado de leyes locales cuyo propósito es estimular el desarrollo económico atrayendo inversiones extranjeras.

⁶⁴ Véase por ejemplo TUDOR, Ioana. "The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment". 2011.

⁶⁵ Merece resaltarse que los casos que tratan sobre este punto tienen al mismo demandante, *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*. Así, en *SGS v. Pakistán* el tribunal consideró que de adoptarse la interpretación de la

(NMF) también carecen de certeza. No es del todo claro si una cláusula de NMF aplica solo a terminologías sustantivas, más no procedimentales de un Tratado. Si a ello se adiciona la incertidumbre que existe por parte de los demandantes al abusar de sus derechos para buscar obtener una indemnización segura en virtud al ejercicio del poder soberano de un determinado Estado en cuestiones de salud pública, seguridad y medidas medioambientales, o si bajo la premisa de interés público una determinada soberanía ejecuta su poder regulador y dicho poder se encuentra exento del marco del derecho internacional de las inversiones. Los Arbitrajes Inversor-Estado toman en consideración considerables preceptos normativos de laudos arbitrales dictados por otros tribunales, los mismos que carecen de efecto vinculante para constituirse como precedentes de observancia obligatoria.

El principio de incertidumbre en el arbitraje surge de la ausencia de un valor predictivo que es endémico a los elementos estructurales procedimentales y a la doctrina sustantiva que configura al Arbitraje Inversor-Estado. Este principio de incertidumbre, unido al vestigio privativo, configuran los argumentos más persuasivos y motivadores para que se dictamine una norma de transparencia apropiada que sea sustantiva en naturaleza y mucho más que una regla general que establezca el revelamiento de información, el monitoreo o el acceso a la información. Identificar elementos de normas de transparencia sustantiva en los tratados, en documentos de derecho internacional y en otras fuentes principales, es una condición

precedente para la aplicación de una normativa de este tipo a los aspectos discrecionales de la resolución de controversias internacionales, tales como la obtención de prueba, eso sí, si la resolución de controversias internacionales mantiene su promesa de armonizar las culturas y sistemas jurídicos existentes en el mundo.

V. UNA NORMA DE TRANSPARENCIA SUSTANTIVA Y LA OBTENCIÓN DE PRUEBA

A. En búsqueda de un principio de transparencia en Derecho Internacional

El trabajo fundacional necesario para el desarrollo de un principio sustantivo holístico de transparencia en Derecho Internacional debe de ser visto como la búsqueda de los primeros principios. La transparencia como un concepto general ha atraído la atención de académicos quienes han apreciado la necesidad de comunicar o de mostrar las características estructurales públicas de la resolución internacional de controversias. De manera más expansiva, el término transparencia ha sido identificado como (i) relevante para el desarrollo del derecho internacional económico⁶⁶, (ii) un principio fundamental del gobierno corporativo aplicable a las empresas multinacionales⁶⁷, (iii) un precepto central que define el derecho de los ciudadanos al acceso a la información gubernamental pública⁶⁸, y (iv) un principio organizador en las relaciones entre instituciones y regímenes de Derecho Internacional y los Estados Miembros⁶⁹. El concepto de transparencia como un principio

demandante de que la cláusula paraguas del artículo 11 del TBI entre Suiza y Pakistán incluía su reclamación contractual, se encontraba totalmente fuera del ámbito del referido artículo. Por tanto, este caso trae al ruedo una fuerte presunción de que las cláusulas paraguas de los TBI no aplican a obligaciones que resulten de contratos entre inversores y Estados. Sin embargo, en claro contraste, en el caso *SGS v. Filipinas*, el tribunal consideró que la cláusula paraguas sí aplica a todos los incumplimientos relevantes que pudieran haber en un contrato entre un inversor y un Estado, aunque al final el referido tribunal declinó en ejercer competencia dado que el contrato materia de análisis contenía una cláusula específica de selección de foro.

⁶⁶ Véase por ejemplo: ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Transparency: An Analysis of An Evolving Fundamental Principle of International Economic Law". *Michigan Journal of International Law* 27.

⁶⁷ Véase: BACKER, Larry Catá. "Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations' Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law". En: *Columbia Human Rights Law Review* 37. 2006. pp. 387, 304.

⁶⁸ Véase: *Marcel Claude Reyes y otros. v. Chile*. Caso 12.108. Interamerican Commission on Human Rights. Report. 60/03. OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 70 rev. 2 (2003).

⁶⁹ Véase ACEVES William. "Institutionalist Theory and International Legal Scholarship". En: *American University Journal of Gender, Social Policy and Law*. 1997; ABBOTT, Kenneth. "Trust but Verify: The Production of Information in Arms Control Treaties and Other International Agreements". *Cornell International Law Journal* 26. 1993. p. 1.

indefinido ha encontrado una voz y una cierta definición como un criterio por el cual se puede medir la legitimidad que buscan los procesos democratizadores políticos⁷⁰, e inclusive como un elemento esencial de los Derechos Humanos⁷¹.

A pesar de la especializada proliferación de escritos en relación al término transparencia en casi todos los principales aspectos del Derecho Internacional, se tiene que la transparencia como un principio de Derecho Internacional aún se mantiene en un escenario elusivo⁷². Un principio universal sustantivo o una norma de transparencia en Derecho Internacional simplemente no existe.

La utilización de la transparencia en el Derecho Internacional también se encuentra presente de manera negativa, en el sentido que el acceso a la información o la revelación de la misma requiere una afirmación sustantiva en función al objeto materia de acceso o revelación. Estas utilidades de la transparencia son susceptibles de ser categorizadas en nueve formas: (i) apertura de actos procedimentales y acceso a los espectadores⁷³, (ii) Apertura y acceso a las fuentes de los materiales documentarios⁷⁴, (iii) apertura y acceso a los que monitorean el procedimiento⁷⁵, (iv) apertura y acceso a una participación plena⁷⁶, (v) revelación de información como una

producción positiva de información⁷⁷, (vi) apertura y acceso a la remisión de solicitudes y peticiones de terceros⁷⁸, (vii) apertura procedimental que conlleve a la legitimidad de los procedimientos⁷⁹, (viii) responsabilidad política⁸⁰, y (ix) apertura y acceso para corroborar la paridad y/o cumplimiento con la reciprocidad⁸¹.

Teniendo en cuenta estas necesidades múltiples estructurales para que de alguna forma o permutación del concepto de transparencia requiera un acto correspondiente de apertura para acceso o publicación, se tiene que el término ha sido tratado sin un verdadero desarrollo conceptual. El ambiente multifacético en virtud del cual la transparencia de alguna forma encuentra su espacio en el derecho internacional no se corresponda en forma alguna con las nueve referencias señaladas en el párrafo anterior.

B. La Transparencia en selectas fuentes del Derecho Internacional

Un tratado emblemático es la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*, ECT por sus siglas en inglés), que engloba el modelo soberano de **interdependencia** en contraste con la **independencia** de las naciones. La ECT explícitamente hace referencia a la transparencia en conexión los principios

⁷⁰ Véase, por ejemplo: DIAMOND, Larry. "Democratic Rollback: The Resurgence of the Predatory State". 87 *Foreign Affairs*. 2008. ("Poorly performing democracies need better, stronger, and more democratic institutions-political parties, parliaments, and local governments-linking citizens to one another and to the political process [...] Reform requires the internal democratization of political parties through the improvement of their transparency and accessibility and the strengthening of other representative bodies").

⁷¹ Véase, por ejemplo: HATHAWAY, Oona. "Do Human Rights Treaties Make a Difference?". En: *Yale Law Journal* 111. 2002. pp. 1935, 1957-1958. (Underscoring the importance of transparency to compliance with international human rights treaties and the efficacy of international law).

⁷² Véase, por ejemplo: LORD, Kristin. "War and Peace in an Age of Transparency". 2003. (international security); CHARNOVITZ, Steve. "Transparency and Participation in the World Trade Organization". *Rutgers* 56; MCCORMALLY, Timothy. "Responding to the New Age of Transparency". *International Tax Review* 2003.

⁷³ Véase por ejemplo. *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. Explaining that the United States consented to the "open and public hearing of all hearings before the Tribunal".

⁷⁴ Véase *Ibid.* (explaining that Canada "supported public disclosure of arbitral submissions, orders and awards to the fullest extent possible").

⁷⁵ Véase *Ibidem.* (explaining that the United States consented to the "open and public hearing of all hearings before the Tribunal").

⁷⁶ Véase *Ibidem.*

⁷⁷ Véase *Ibid.* (explaining that Canada "supported public disclosure of arbitral submissions, orders and awards to the fullest extent possible").

⁷⁸ Véase *Ibidem.* (explaining the differing approaches of Mexico and Canada with respect to the standing of amicus petitions under NAFTA).

⁷⁹ Véase *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

sustantivos del Derecho Internacional de las inversiones como los referidos a TJE, práctica no discriminatoria, entre otros⁸². La ECT menciona transparencia conjuntamente con términos como estabilidad, equidad, y trato favorable, como adjetivos que circundan a las condiciones que los inversores deben de gozar en cada uno de los Estados contratantes que a su vez incluyen el meollo del estándar del Derecho Internacional de las Inversiones que los Estados receptores de inversión deben de respetar y proporcionar a los inversores extranjeros.

La aplicación del concepto de transparencia a una amplia gama de condiciones referidas a inversión, implícitamente sugiere que la forma de transparencia que la ECT contempla como predicadora de la aplicación de los estándares sustantivos de la protección de inversiones para inversores extranjeros, debe por si misma ser privativa, por ejemplo, incorporando todas las nueve (9) categorías de transparencia anteriormente referenciadas. Esta visualización de la transparencia dentro del ámbito del Artículo 10(1) de la ECT no sólo comporta una variación y multiplicidad de condiciones de inversión que dan lugar a cuestiones de TJE y estándares mínimos para proteger a la inversión, sino que también se correlacionan con la propia naturaleza de un tratado, cuya ejecución y aplicación generalmente necesita de transparencia política y procedimental, máxime si los recursos públicos y cuestiones de interés general se encuentran presentes, tal como sucede en los Arbitrajes Inversor-Estado.

Aun cuando el término transparencia no figure de ninguna manera en el Capítulo 18 del Tratado NAFTA, se tiene que todos los elementos prácticos de dicho concepto han sido identificados bajo una “transparencia privativa”. Los miembros del NAFTA tienen la obligación de cumplir con estrictos y rigurosos requisitos de publicidad de sus normas, regulaciones, procedimientos y directrices administrativas, asó como de otras cuestiones que puedan de ser de interés para sus ciudadanos⁸³. Además, medidas propuestas y acceso a la participación se encuentran incluidos en dicho capítulo⁸⁴. La participación actual en los procedimientos también ha sido extendido a aquellas partes que no son miembros del NAFTA, conjuntamente con la transparencia procedimental⁸⁵ que es afirmada en dichos procedimientos. La ausencia de referencia explícita a la transparencia en el Capítulo 18 del Tratado NAFTA no amengua de ninguna forma la transparencia privativa de la norma que se permea a través de las provisiones institucionales y administrativas. Una referencia explícita a la transparencia, aun cuando sea bienvenida, no es necesario dado que el Preámbulo mismo incluye ello al señalar: “Clear and mutually advantageous rules governing [the trade of the NAFTA parties] [and to] ensure a predictable commercial framework for planning and investment.”⁸⁶.

La Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) establece en sus comentarios acerca del gradual pero significativo progreso

⁸² La ECT, en su Artículo 10(1) establece:

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favorable and **transparent** conditions for investors of other Contracting Parties to make Investments in its area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times, to Investments, of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment, or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favorable than that required by international law, including treaty obligations”.

⁸³ Véase NAFTA, Art. 1802.1.

⁸⁴ Véase *Ibíd.* artículo 1802.2.

⁸⁵ Véase *Ibíd.* artículo 1804.a y 1804.b:

(a) wherever possible, persons of another Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding and the public interest permit [...].

⁸⁶ Véase NAFTA. Preámbulo.

cualitativo que el principio de transparencia ha logrado en los tratados bilaterales de inversión. El resumen de las conclusiones de UNCTAD en este punto en específico merece leerlas por completo, aun cuando su texto sea en inglés:

“A minority of BITs include **transparency** provisions. However gradual, yet significant qualitative progress has been made with regard to the rationale and content of such rules. While there has been a trend towards viewing transparency as an obligation imposed on countries to exchange information, new approaches also deem it to constitute a reciprocal obligation involving host-countries and foreign investors. Transparency obligations are also no longer exclusively geared towards fostering exchange of information; rather they relate to transparency in the process of domestic rule-making aimed at enabling interested investors and other stakeholders to participate in that process⁸⁷”.

Las observaciones de UNCTAD evidencian el desarrollo y ascendencia no solo en el limitado campo de la transparencia en los TBIs, sino que más importante, hace énfasis en las múltiples esferas de la transparencia como principio de referencia, aun cuando no haya sido sistemáticamente definido ni adoptado por el Derecho Internacional. La referencia también es hecha a la transparencia como principio que se incorpora más que una revelación recíproca de obligaciones, sino que en vez de ello también se ocupa del espacio de desarrollo legislativo doméstico en cada país,

así como la participación real en el proceso de participación legítima⁸⁸.

Más allá de los parámetros del Derecho Internacional de Inversiones, la transparencia en términos generales ha sido identificado como un principio necesario. La ONU ha hecho un llamado hacia la transparencia en una serie amplia de asuntos, para que medidas sean implementadas en una serie de asuntos, como controlar y poner fin al tráfico ilícito de armas⁸⁹, erradicación y eliminación de la pobreza⁹⁰, entre otros. La ONU ha reiterado la primacía de la transparencia en la Declaración del Milenio llevada a cabo en el Consenso de Monterrey sobre cuestiones Financieras para el Desarrollo⁹¹. Como parte del esfuerzo de otorgar una respuesta global a los retos en el financiamiento para el desarrollo, el texto final de los acuerdos y compromisos adoptados en la Conferencia Internacional para el Financiamiento de Desarrollo (*International Conference on Financing for Development*) declara:

“Recognizing that peace and development are mutually reinforcing, we are determined to pursue our shared vision for a better future, through our individual efforts combined, with vigorous multilateral action. Upholding the Charter of the United Nations and building upon the values of the Millennium Declaration, we commit ourselves to promoting national and global economic systems based on the principles of justice, equity, democracy, participation, *transparency*, accountability, and inclusion⁹²”.

⁸⁷ U.N. Conference on Trade and Development (“UNCTAD”), “Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making”, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5. 2007. En (i)-(iii), and (x).

⁸⁸ UNCTAD expresa que “[m]ost other approaches used in its BITs however, do not focus on transparency concerning investment opportunities, but rather on laws, regulations and administrative practices applicable to foreign investment in the host country. Transparency is conceived as a tool to foster a more predictable investment climate, in which investors can clearly assess the conditions and rules applying to their investments. *Ibid.* p. 77. It is also reported that certain BITs, such as the 2004 Canadian model BIT expands transparency with respect to investment-related rule-making to apply “not only to existing legislation, but also to draft laws and regulations.” *Ibid.* p. 78.

Finalmente, el Informe de UNCTAD explica que “[t]he emphasis of some BITs on using transparency provisions to strengthen the concept of due process of law is underlined by some supplementary obligations included in other agreements”.

⁸⁹ Véase “United Nations Millennium Declaration”. G.A. Res. 55/2. p. 3. U.N. Doc. A/RES/55/2. 2000. En: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f4ea3.html>.

⁹⁰ *Ibid.* p. 4 (“Success in meeting these objectives depends, *inter alia*, on good governance within each country. It also depends on good governance at the international level and on *transparency* in the financial, monetary, and trading systems. We’re committed to an *open*, equitable, rule-based, *predictable*, and non-discriminatory multilateral trading and financial system”).

⁹¹ International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexico, March 18-22, 2002, “Monterrey Consensus on Financing for Development”. pp. 9, 25, 53. U.N. Doc. A/CONF.198/11. 2003.

⁹² *Ibid.* p. 9.

De forma más específica, el texto de la ONU en el Consenso de Monterrey identificó la necesidad de un principio de transparencia en sectores tales como (i) la movilización de recursos públicos y su administración por parte de los gobiernos⁹³, (ii) la mejora de los mercados domésticos de acuerdo al desarrollo de los sistemas financieros⁹⁴, y (iii) en lo que respecta a inversiones extranjeras directas en países en desarrollo⁹⁵. En el mismo sentido, el Informe del Consejo de Seguridad de la ONU tiene como objetivo una transparencia legal y procedimental como regla de Derecho⁹⁶.

C. La aplicación de la norma de transparencia al proceso internacional de obtención de prueba

Tras analizar los instrumentos selectos del Derecho Internacional, se tiene que un principio general de transparencia puede ser rápidamente discernido. El término que se discierne, aparenta sugerir, u ordenar, una obligación afirmativa a que su pronunciamiento sea en la esfera privativa, y, por ende, hace un llamado por la ausencia universal de cualquier cuestión que pudiera conllevar a la confidencialidad. Sin embargo, si un principio de transparencia merece ser desarrollado y maximizar su contribución al Derecho Internacional, el mismo debe de estar investido con particularidades de un estándar. Basados en los múltiples usos de la transparencia en el Derecho Internacional, estas particularidades deben de estar impresas

en dos partes, la primera que consiste de los nueve elementos antes referenciados. La primera categoría conceptual sobre la cual debería estar investida una norma privativa de transparencia es una orden imperativa afirmativa de apertura/revelación/acceso a la información. Los nueve elementos de esta categoría han sido vistos por fuentes universalmente aceptadas del Derecho Internacional, que fueron anteriormente referenciadas.

La segunda categoría que constituye la norma de transparencia es la reciprocidad/paridad afirmativa. La teoría sobre la que se basa este primer paso embrionario estructural estriba en proporcionar un estándar por el cual la norma de transparencia pueda ser de aceptación universal a un nivel teórico, mientras que también preserve una aptitud práctica. Un estándar investido de ningún valor podría ser más conductivo hacia una cultura jurídica de convergencia. Adicionalmente, podría proporcionar, por ejemplo, reglas procedimentales transnacionales respecto a la obtención de prueba que puedan ser más uniformes en su aplicación, mediante la introducción simultánea de contenido sustantivo a sus términos principales.

Las Reglas de la IBA sirven como un modelo funcional útil⁹⁷. Quizás el estándar más importante de las Reglas IBA es el que se refiere a la relevancia del caso y del resultado del mismo⁹⁸. El estándar aparece en toda la arquitectura de las Reglas como un criterio

⁹³ *Ibíd.* p. 15.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 17.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 21 (“To attract and enhance in-flows of productive capital, countries need to continue their efforts to achieve a transparent, stable and predictable investment climate, with proper contract enforcement and respect for property rights, embedded in sound macroeconomic policies and institutions that allow businesses, both domestic and international, to operate efficiently and profitably and with maximum development impact [...]”).

⁹⁶ Véase THE SECRETARY GENERAL. “Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies”. p. 6. Delivered to the Security Council. U.N. Doc. S/2004/616. 2004. (“The ‘rule of law’ is a concept at the very heart of the Organization’s mission. It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced, even independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and **procedural and legal transparency**”). [El énfasis es nuestro].

⁹⁷ No está dentro del ámbito el comentar extensivamente sobre las Reglas del IBA. En vez de ello, el objetivo es resaltar los aspectos estructurales de dichas Reglas, solamente como un modelo, en el cual la transparencia normativa puede dar lugar a una más comprensiva y universal aplicación de dichas reglas.

⁹⁸ Encontramos en las Reglas de la IBA, artículo 2.3.a: “The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, any issue: (a) That the Arbitral Tribunal may regard as **relevant to the case and material to its outcome**” [El énfasis es nuestro].

recurrente⁹⁹. La utilización estratégica y uniforme del estándar de la relevancia al caso y a su aplicación material en su resultado (“relevant to the case and material to its outcome”), a la consulta, revelación de información por decisión propia de una de las partes, y a los procedimientos de revelación de información, enfatiza su importancia. Así, el estándar, parece representar una síntesis fundamental de las cuestiones referentes a los sistemas principales de derecho —el *civil law* y el *common law*¹⁰⁰—, y en ninguna parte se define dichos términos, principalmente los referidos a “relevante” y “material”.

De manera similar, los términos “evidencia” o “experto” no se encuentran definidos del todo. Mientras que el término “informe de experto” es definido como un escrito presentado por un experto designado por el Tribunal Arbitral o por una de las partes del proceso, se tiene que dentro de los términos incluidos en las Reglas IBA¹⁰¹ no existe un predicado significativo del que se pueda inferir el contenido del término de “experto”, dentro del propio régimen de las Reglas IBA. La calificación de un testigo como un experto es relegado, si no es del todo, a la potestad discrecional del tribunal arbitral.

En paralela importancia a la relevancia del caso y a la materialidad del resultado, se encuentra la introducción del requerimiento de **buena fe**, el cual es nuevo en la Reglas IBA 2010¹⁰². En relación a los términos “relevancia”, “materialidad” y “testigo experto”, se tiene que el término “**buena fe**” no se encuentra tampoco definido.

Ya sea por coincidencia o diseño, la ausencia de definiciones sustantivas, ya sea conceptualmente o en virtud a un estándar, enfatiza los retos que se tienen para legitimizar una congruencia cultural jurídica. Términos como **buena fe** o **relevancia** varían abruptamente dependiendo de la estructura legal que los acoja. El llegar a definiciones o estándares sustantivos para estos términos, en una perspectiva intercultural, conllevará

a cuestiones difíciles y que carecerán de utilidad.

Una aspiración más realista sería recurrir a la normativa de transparencia que probablemente pueda tener los parámetros de aplicabilidad en relación a conceptos como **materialidad** y **relevancia**. Los estándares categóricos que configuran la normativa de transparencia privativa y que el presente escrito propone como un esfuerzo preliminar podrá permitir a un tribunal poder testear los requisitos de accesibilidad y revelación de información. De manera similar, consideraciones de reciprocidad y paridad podrán facilitar análisis de **buena fe**. Podrá redundar en el mejor de los intereses de la comunidad del Derecho Internacional el estructurar una norma privativa de transparencia que comande los compromisos afirmativos, que en efecto resultan de la costumbre y uso convencional de la transparencia en el Derecho Internacional. Mientras que la utilización *ad hoc* de la palabra carente de un significado particular ha servido bien a las intenciones del Derecho Internacional, los beneficios que derivan del mismo producto de las múltiples aplicaciones del término general conllevan a que se conceptualice en la forma de una norma singular.

VI. CONCLUSIÓN

La demanda por una unificación o armonización entre las tradiciones jurídicas distintas nunca antes ha tenido tanta importancia como la tiene ahora por consecuencia de la globalización económica e informacional. A diferencia de su contraparte el Derecho Internacional del Comercio, se tiene que el Derecho Internacional de Inversiones, y particularmente el Derecho Internacional de Resolución de Controversias, se encuentran en proceso de desarrollo con la finalidad de mantener el paso con las necesidades económicas e informacionales que demanda la globalización. En consecuencia, los Arbitrajes Comerciales Inter-

⁹⁹ Véase IBA 2010 Rules. artículos 3, 3(a)-(b); 3, 11; 4, 9; 8, 5; y 2, 3(a).

¹⁰⁰ IBA 2010 Rules. Preámbulo. 2010. p. 1.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 5 (defining “expert report”).

¹⁰² El término “Buena fe” aparece solamente dos veces en las Reglas IBA — en el Preámbulo y luego al último párrafo — la simetría en la ubicación de dicho término en solo dos ocasiones es importante y sugestiva. Véase IBA 2010 Rules. Preámbulo. artículo 9, 7.

nacionales y el Arbitraje Inversor-Estado permanecen como soluciones interesantes, hasta que se lleguen a constituir tribunales judiciales transnacionales que puedan tener competencia sobre controversias que se susciten tanto en los contextos internacionales públicos y/o privados.

Quizás el más pronunciado hecho que divide a los dos principales sistemas –*common law* y *civil law*– y las culturas jurídicas que lo acogen, se encuentran en la diferencia entre el estilo de obtención de prueba del Derecho Civil y el estilo americano denominado *Discovery*. A pesar de los innumerables esfuerzos, tales como las Reglas IBA, que buscan acomodar ambas tradiciones y que representan avances materiales en este campo, se tiene que la división aún continúa y se vislumbra en un sentido de polarización. Una aproximación en el intento de armonizar las concepciones de ambos sistemas estriba en incorporar una norma que se base en la transparencia, la misma que a su vez ayudará a reconciliar estas diferencias. Una norma basada en la transparencia parece ser particularmente apropiada porque la estructura privativa/confidencial de los Arbitrajes Comerciales Internacionales, el mismo que tiene un legado histórico y una influencia dantesca en el Arbitraje Inversor-Estado. Las incertidumbres endémicas y estructurales sobre los Arbitrajes Comerciales Internacionales y los Arbitraje

Inversor-Estado también crean un espacio para esta normativa. A mayor abundamiento, numerosas fuentes de Derecho Internacional referentes a diversos campos que van desde los Derechos Humanos a la Protección de Inversiones Internacionales han adoptado de alguna u otra forma el concepto de transparencia, pero nunca lo han elevado al *status* normativo o de principio del Derecho Internacional. La transparencia normativa privativa delinea los propósitos para representar el primer paso hacia el esfuerzo de comprimir dos categorías conceptuales, ambas que surgen del uso general *ad hoc* de la transparencia, como término que aparece en las fuentes de Derecho Internacional. Árbitros, jueces, y demás actores del campo legal podrían llegar a acuerdos para lograr una mayor uniformidad y predictividad a los fundamentos internacionales, como los resultantes de las Reglas IBA, que de otra manera podrían dejar de lado las indefiniciones en este campo que al final del día tienen consecuencias prácticas en la resolución de conflictos.

Irónicamente, el uso habitual de la palabra transparencia en el contexto del Derecho Internacional es menos que claro. Su propia naturaleza conlleva a proporcionar una normativa teórica con la finalidad de maximizar una transparencia uniforme y de aplicación práctica.



MIRANDA & AMADO
ABOGADOS

Av. Larco 1301 Piso 20, Torre Parque Mar
Miraflores - Lima 18, Perú
Tel. (511) 610 - 4747 / Fax. (511) 610 - 4748

www.mafirma.com.pe

APUNTES SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL EN IBEROAMÉRICA Y ESPAÑA

Julio González Soria*

El Arbitraje, desde los inicios del Derecho hasta el día de hoy, ha demostrado ser una forma rápida, económica y especializada de resolver los conflictos de los particulares, que evitan, así, tener que comparecer ante un juez. En el mundo de hoy, las ventajas del Arbitraje se vuelven particularmente importantes para resolver conflictos de índole comercial en un mundo globalizado.

En el presente artículo, el autor hace un análisis de la legislación española e iberoamericana en general, referida a la aplicación y reglamentación del Arbitraje Internacional. Hace especial énfasis en la existencia de convenios internacionales sobre el tema, como los convenios de Nueva York y de Ginebra, y la importancia de su vigencia para resolver conflictos comerciales.

* Abogado. Presidente de Honor de la Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional (CIAC). Ex Presidente Fundador de la Corte de Arbitraje de Madrid. Vicepresidente y Fundador del Club Español del Arbitraje. Miembro de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Si observamos el entorno mundial, vemos que la institución del Arbitraje ha venido, paulatinamente, consolidándose como el medio idóneo para resolver los conflictos comerciales, gracias a sus características de celeridad, menor costo, confidencialidad y especialización. Y ello es así porque el nuevo entorno mundial favorece y necesita de medios alternativos a la justicia estatal para resolver sus litigios. Las sociedades avanzadas se caracterizan por su grado de apertura. Son sociedades abiertas, como las definía Karl Popper. Abiertas a la libre circulación de las comunicaciones y de la información, abiertas al libre movimiento de los ciudadanos, abiertas también al libre comercio de bienes y servicios.

Esa apertura e internacionalización de la economía y la complejidad de las transacciones han forzado a los agentes económicos a buscar vías alternas que sean capaces de garantizarles la adecuada seguridad jurídica a sus operaciones sin sobresaltos y sorpresas. Por ello, partiendo del hecho de que en los negocios internacionales se aplican, ante todo, usos, terminologías y costumbres establecidas por los comerciantes respecto a la materia, condiciones, y formas de sus transacciones, lo deseable es que sean ellos mismos los que establezcan las reglas del mecanismo que sirva para resolver eventuales conflictos, lo que sólo es posible si se recurre al Arbitraje.

En el mundo actual, esos agentes económicos han creado sus propias reglas autónomas de comportamiento que integran la nueva *lex mercatoria*, a las cuales los miembros de la *societas mercatorum* reconocen un carácter y una aceptación universales. Ese desarrollo del Derecho de usos de comercio transnacional ha producido la creación y florecimiento de lo que pudiéramos llamar una jurisdicción transnacional que encuentra en la institución arbitral su instrumento idóneo, que se ha convertido, así, en el sistema adecuado para resolver las discrepancias que puedan surgir de los contratos internacionales.

Iberoamérica no ha sido ajena a esa realidad, aunque es cierto que se ha incorporado con retraso y está todavía en periodo de consolidación. Como ejemplo ilustrativo de su evolución, cabe señalar que en octubre del año 1992, se celebró en Madrid la XI Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial, organizada por la Comisión Interamericana de

Arbitraje Comercial (CIAC), que tuvo el honor de presidir.

Con motivo de esa Conferencia, la Cámara de Comercio de Bogotá publicó un libro titulado "Panorama y Perspectivas de la Legislación Iberoamericana sobre Arbitraje Comercial", en el que, como conclusión, se señalaba que "no puede afirmarse que el Arbitraje Internacional es sólido y próspero en América Latina, pues, no obstante tantos instrumentos de Derecho Internacional suscritos y/o ratificados por los países, sigue pesando en un buen número de ellos, el arraigado concepto de la **soberanía nacional que, en últimas, ha determinado con frecuencia la inaplicabilidad de los tratados existentes en un malabar jurídico que no puede ser fácilmente entendido**" [El énfasis es nuestro].

Puede explicarse esta situación por el hecho de que América Latina, tradicionalmente, tuvo una actitud general de reticencia, incluso podría hablarse de hostilidad, hacia el Arbitraje Internacional. Esa reticencia estuvo basada, entre otras posibles explicaciones, en la llamada doctrina Calvo, de tanto arraigo en América, que no permitía a los inversores extranjeros utilizar el Arbitraje Internacional, autorizándoles únicamente acudir a los Tribunales del Estado receptor y bajo la legislación local a efectos de obtener una reparación por cualquier violación contractual suscitada.

También es preciso tener presente que América fue tributaria de códigos procesales de Derecho continental europeo que regulaban el Arbitraje nacional y no el internacional, con un fuerte énfasis en los aspectos formales de procedimiento, una gran injerencia de la justicia estatal en todas las instancias del proceso arbitral, una limitada autonomía de la voluntad de las partes para someter cuestiones a arbitraje y convenir el procedimiento arbitral, y un diverso número de recursos para impugnar el laudo. Y, a la hora de suscitarse un arbitraje internacional, lo que se hacía, en general, era trasladar y aplicar a éste las normas del Arbitraje nacional que, en muchas ocasiones, podrían resultar inapropiadas para esa modalidad de solución de diferencias.

Afortunadamente, esta situación se ha modificado sustancialmente y hoy nos encontramos con una modernización de la

legislación del Arbitraje Internacional en Iberoamérica que ha sido consecuencia de diversos factores y circunstancias.

En primer término, cabe mencionar la ratificación de convenios, instrumentos internacionales y regionales en materia de Arbitraje por parte de los Estados latinoamericanos y del Caribe. En materia de tratados internacionales, la mayoría de los países americanos adoptaron la Convención de Nueva York del año 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales, así como la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, conocida como Convención de Panamá, suscrita en el año 1975. Los últimos países americanos que ratificaron la Convención de Nueva York fueron Brasil y República Dominicana en 2002, y Nicaragua en 2003; como anteriormente lo habían hecho Honduras en 2001, El Salvador y Paraguay en 1998, Venezuela y Bolivia en 1995, Argentina en 1989, Perú y Costa Rica en 1988, Panamá en 1985, Guatemala en 1984, Uruguay en 1983, Colombia en 1979, Chile y Cuba en 1975, México en 1971, y Ecuador en 1962. En lo que se refiere a la Convención de Panamá ha sido igualmente ratificada por todos los Estados citados anteriormente, con la excepción de Cuba.

El otro acuerdo cuya adopción ha resultado de gran relevancia en la práctica arbitral americana es el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, conocido bajo las siglas inglesas de MIGA (Multilateral Investment Guarantee Agency). Este organismo pertenece al grupo del Banco Mundial y su objetivo es apoyar el flujo de recursos extranjeros de inversión entre sus países miembros en vías de desarrollo. También otros acuerdos de ámbito regional y subregional vigentes en América, como pueden ser los del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Pacto Andino (Acuerdo de Cartagena), Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA) y los múltiples Acuerdos Bilaterales de Inversión conocidos como BIT's (Bilateral Investment Treaties), seleccionan al Arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

No obstante el avance que supuso la incorporación de los instrumentos internacionales indicados en los diversos ordenamientos jurídicos locales, persistía una

legislación interna inadecuada en materia de Arbitraje que adolecía de los graves defectos a los que nos referimos antes y es así que, a partir del año 1993, comienza en Iberoamérica un proceso de revisión de las leyes de Arbitraje Internacional. Desde entonces hasta hoy, han sido numerosos los países americanos que han modernizado sus legislaciones nacionales sobre Arbitraje Internacional.

México fue pionero cuando, precisamente en 1993, sin promulgar una nueva ley de Arbitraje, introdujo cambios sustanciales a su regulación sobre Arbitraje doméstico e internacional en el Código de Comercio, el Código de Procedimiento Civil y el Código de Procedimiento Civil del Distrito Federal y de Territorios. Desde entonces, se han aprobado nuevas regulaciones del Arbitraje en Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

Los únicos países de la región que no han podido, hasta ahora, implementar con éxito procesos de modificación de la legislación vigente sobre Arbitraje Comercial Internacional son Argentina y Uruguay, si bien hay que señalar que en ambos países se han presentado al proceso de discusión y aprobación parlamentaria sendos proyectos de ley. Y, para complementar el panorama iberoamericano antes de referirnos a España, tenemos que señalar que Portugal también modernizó su regulación del Arbitraje con la Ley 31/1986 de 27 de diciembre de 1986 que contiene la Ley sobre el Arbitraje Voluntario.

Este proceso de actualización e implementación de leyes especiales relativas al Arbitraje Internacional no ha sido casual. La globalización de la economía fue un factor desencadenante para que ello sucediese, a lo que debe sumarse la influencia de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), y la importante labor realizada por el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Como resultado del nuevo marco, ha aparecido y se ha consolidado una red importante de cortes y centros de arbitraje, muchos de ellos ubicados en el seno de las cámaras de comercio e industria de los diferentes países, que ofrecen unos servicios de alta calidad tanto en medios

físicos cuanto humanos, con árbitros de una gran valía y reconocimiento personal.

Pero este andamiaje legislativo y físico tiene, necesariamente y para ser realmente efectivo, que estar acompañado de una actitud positiva de los órganos judiciales de cada país hacia el Arbitraje, ya que es el elemento que puede condicionar el fin último del Arbitraje que no es otro que la posibilidad de ejecutar lo resuelto en el laudo. Y es en esta faceta en la que todavía queda camino por recorrer en Iberoamérica como, desgraciadamente, han puesto de manifiesto ciertas decisiones judiciales en Argentina, Brasil, Colombia, Panamá, México y Venezuela.

En lo que se refiere a la situación del Arbitraje en España, parece oportuno señalar, en primer lugar, que el Arbitraje en España tiene una larga tradición que se inicia en el Derecho Romano, en el que la institución del Arbitraje tuvo una amplia regulación y utilización y que tuvo su continuación en el Derecho histórico español, estando presente en el primer libro jurídico considerado hispánico, como es el Breviario de Alarico, en el que, aunque de una manera fragmentaria, se reflejan determinados aspectos característicos de la institución en el Derecho Romano post-clásico. Seguimos encontrando la institución del Arbitraje en los principales instrumentos jurídicos, tanto en el ámbito que podríamos llamar estatal cuanto en los fueros reguladores del Derecho local, muy importantes en España y en los que encontramos, sistemáticamente, una referencia al Arbitraje.

Y es interesante observar que las ventajas y funciones que modernamente se atribuyen al Arbitraje se encuentran ya de manera clara en el Derecho histórico español, funciones que eran, por un lado, como nos dice la Ley de Madrid de 1502, intentar alcanzar una solución de las controversias jurídicas más pacífica y amigable que el proceso oficial y, por otro, sustituir el proceso oficial por otro privado, a fin de eludir determinados defectos técnicos propios del proceso oficial como son el exceso de gastos, la lentitud y el excesivo formalismo procesal o la incompetencia técnica de los que juzgan, como nos dicen muy

elocuentemente las Ordenanzas de Bilbao de 1737, que justifican el arbitraje forzoso entre los Socios de una compañía mercantil para evitar "pleitos largos y costosos capaces de arruinar a todos como la experiencia ha demostrado".

Pero son, sin duda, Las Partidas¹ las que presentan la más extensa regulación de la institución, regulación que con sus modificaciones posteriores estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, que estableció un nuevo sistema de Arbitraje que quedó como único aplicable tras la promulgación del Decreto de Unificación de Jurisdicciones de 1878, que derogó el especial sistema mercantil contenido en la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830. Incluso puede decirse que España es, sin duda alguna, uno de los pocos países en que el Arbitraje fue considerado como un derecho fundamental y elevado al rango constitucional en la Constitución de Cádiz de 1812.

Toda esa larga tradición tuvo su antepenúltima manifestación en la Ley de Arbitraje Privado de Diciembre de 1953, que vino a regular la institución en conexión con las normas aplicables sobre la materia recogidas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esa ley, que en el momento de su publicación podría estar justificada, con el paso del tiempo se convirtió en una auténtica ley contra el Arbitraje.

Afortunadamente, y gracias a los esfuerzos de los diferentes estamentos interesados y muy especialmente de las cámaras de comercio e industria españolas, se promulgó una nueva Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, que aportó un nuevo marco jurídico para el desarrollo de la institución. La citada ley supuso y posibilitó el amplio desarrollo de la institución arbitral en nuestro país pudiéndose afirmar que el Arbitraje ha tenido a lo largo de los quince años de vigencia de la Ley del 88 hasta la promulgación de la nueva Ley 60/2003, una amplia utilización como medio de resolver los litigios y discrepancias entre los agentes económicos. Y como muy acertadamente señala la Exposición de

¹ Nota del Editor: Las Siete Partidas (o las Partidas) son un cuerpo normativo que data del siglo XIII. A lo largo del tiempo, se han ido reformando, de tal forma que su vigencia se extendió a Hispanoamérica hasta el siglo XIX. Su valor es aún vigente, pues contiene regulación de diversas disciplinas.

Motivos de la Ley de 2003, ha aumentado en gran medida el tipo y número de relaciones jurídicas, sobre todo contractuales, para las que las partes pactan convenios arbitrales; se ha asentado el Arbitraje institucional; se han consolidado prácticas uniformes, sobre todo en arbitrajes internacionales; se ha generado un cuerpo de doctrina estimable; y se ha normalizado la utilización de los procedimientos judiciales de apoyo y control del Arbitraje.

A este respecto, es de justicia señalar que a ese extraordinario desarrollo ha contribuido, de una manera muy significativa, el tratamiento jurisdiccional que, dentro de sus respectivos ámbitos, han dado al Arbitraje tanto el Tribunal Constitucional cuanto el Tribunal Supremo y las audiencias provinciales, así como los jueces de primera instancia en las funciones que la Ley les había encomendado. La nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, vino a consolidar ese desarrollo del Arbitraje y a posibilitar aun más el desarrollo del Arbitraje Internacional en nuestro país. Este es, quizás, el objetivo más claro que pretendía la nueva ley y que ha inspirado, condicionado y moldeado su texto.

Así, vemos que la Ley 2003, como una de sus innovaciones más significativas, opta por una regulación unitaria del Arbitraje interno y del Arbitraje Internacional, de forma que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se aplican por igual a uno u otro, siguiendo así el sistema monista. Partiendo de esta premisa, la ley está inspirada básicamente en la Ley Modelo de 21 de junio de 1985 de la UNCITRAL/CNUDMI que, aunque está concebida fundamentalmente para el Arbitraje Comercial Internacional, el legislador español, siguiendo el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, ha considerado que su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la mayoría de los casos, para el Arbitraje interno, ya que son pocas y muy justificadas las normas en las que se requiere una regulación distinta.

Con ello aspira, como se desprende de la propia Exposición de Motivos, a que en las muy importantes relaciones internacionales, en particular en el área iberoamericana, los agentes económicos puedan incrementar la utilización del Arbitraje sin tener que recurrir a instituciones de otro contexto cultural e idiomático.

Esta aproximación trajo, como primera consecuencia, un cambio importante, cual es la inversión de la presunción que la Ley 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad en defecto del acuerdo de las partes, dando preferencia al Arbitraje de Derecho, con lo que se sigue la orientación más generalizada en el Derecho comparado. Cabe también señalar que la Ley 2003, según su Exposición de Motivos, aspira a representar un salto cualitativo respecto a la anterior de 1988 y ha querido incorporar elementos que favorezcan la rapidez, antiformalismo y eficacia, que son factores imprescindibles de la institución, junto a la aspiración de que la institución sea lo más autónoma y autosuficiente posible.

En ese sentido, puede citarse la recuperación, siguiendo el criterio de la Ley de 1953, de la posibilidad de ejecución provisional del laudo, sin perjuicio de que el ejecutado pueda solicitar la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo. Con ello, se contribuye a reducir la presentación de acciones de anulación del laudo que respondan exclusivamente al objeto de demorar la ejecución del mismo, dañando de manera grave a la institución que tiene, como uno de sus objetivos, el resolver la controversia en el plazo más corto posible.

Igualmente, merece destacarse la regulación de las medidas cautelares que pueden adoptar, a petición de las partes, indistintamente los árbitros y el Juzgado de Primera Instancia competente. Y, por supuesto, y lo más importante, el mantenimiento de la limitación de los motivos de la anulación del laudo, contenidos en el artículo 41 de la Ley 2003, que sigue la regulación de la Ley Modelo en esta materia y que excluye la revisión del fondo del laudo, salvo en lo que se refiere al orden público, supuesto éste que la jurisprudencia recaída a lo largo de estos últimos años ha situado en sus justos términos.

En consecuencia, el régimen de la impugnación del laudo, configurado como verdadero proceso de anulación y no como recurso, sigue teniendo como base una tabla cerrada de causas o motivos de impugnación y que se enumeran en el artículo 41 de la Ley, en virtud del cual contra un laudo definitivo podrá ejercerse la acción de nulidad, exclusivamente:

- Cuando el convenio arbitral no existe o no es válido (inciso 1, literal a).
- Cuando una parte no haya sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales; o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (inciso 1, literal b).
- Cuando el nombramiento de los árbitros o el desarrollo de la actuación arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de la ley, o, a falta de dicho acuerdo, no se haya ajustado a la Ley de Arbitraje (inciso 1, literal d).
- Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubieren sido, no pueden ser objeto de arbitraje (inciso 1, literales c y e).
- Cuando el laudo fuese contrario al orden público (inciso 1, literal f).
- Los motivos contenidos en los párrafos b, e y f podrán ser apreciados de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está atribuida.
- En el caso de apreciación de los motivos c y e, la anulación afectará solo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

La acción de nulidad habrá de ejercerse dentro de los dos meses siguientes al de la notificación del laudo o en el caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del mismo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla.

De acuerdo con la Ley 2003, la acción de nulidad había que sustanciarla por los cauces del juicio verbal ante la Audiencia Provincial del lugar donde se hubiera dictado el laudo. En virtud de la modificación introducida por la Ley 11/2011, el tribunal competente ha pasado a ser la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del lugar donde se hubiera dictado el laudo. No obstante, la demanda deberá presentarse conforme a lo establecido en el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en la misma, se expondrán los fundamentos que sirvan para apoyar el motivo o motivos

de anulación invocados, proponiéndose la prueba que sea necesaria y pertinente. Y deberá ir acompañada de los documentos justificativos del convenio y del laudo arbitral. Por su parte, la Sala dispondrá los apremios necesarios para compeler a los árbitros a la entrega de las actuaciones arbitrales, si fueren necesarias y el recurrente no las hubiere podido obtener.

Aun cuando un altísimo porcentaje de los laudos son ejecutados de manera voluntaria, para asegurar la eficacia de la institución es imprescindible que la legislación positiva contemple los medios coercitivos necesarios para asegurar, en su caso, la ejecución forzosa de los laudos, que se rige por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en los artículos 44 y 45 de la Ley de Arbitraje. En su virtud, el laudo arbitral es eficaz desde su notificación a las partes, por lo que, si transcurrido el plazo para ser solicitada su anulación éste no ha sido cumplido, podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el Juez de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado.

Como hemos señalado anteriormente, el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado la acción de anulación. No obstante, el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución siempre que ofrezca caución suficiente por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución. El Tribunal, tras oír al ejecutante, resolverá sobre la caución, sin que quepa recurso alguno sobre la decisión.

En lo que a los laudos arbitrales extranjeros se refiere, la Ley de 2003 entiende como laudo arbitral extranjero aquel que no haya sido dictado en España. El *exequátur* de laudos extranjeros se regirá por el Convenio de Nueva York de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión.

A este respecto, hay que señalar que, en su aplicación en España, la Convención de Nueva York implica que no existe ninguna limitación *relatione personae* y ese mismo criterio es aplicable, con carácter general, en los convenios bilaterales suscritos por España, en los que la nacionalidad o el domicilio de las partes en el acuerdo arbitral, o el de los interesados en la ejecución del laudo es,

desde el punto de vista de la determinación del ámbito de aplicación, irrelevante.

La Convención de Nueva York mantiene también el criterio, que ya encontrábamos en la Convención de Ginebra, relativo a la *ratione materiae*. Ha mantenido la facultad de los Estados de **reservar su aplicación a los litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el Derecho interno**, pero ha ampliado el ámbito de aplicación al señalar que esos litigios pueden derivarse tanto de una relación jurídica contractual, que era lo que preveían los textos ginebrinos, como de una relación jurídica no contractual (artículo I.3).

La posibilidad de reserva para los temas no comerciales fue incluida en la Convención, ya que se consideró que de otra manera sería imposible para algunos países, que distinguen entre las relaciones comerciales y no comerciales, adherirse a la Convención. Esta reserva ha sido utilizada por algo menos de la mitad de los Estados contratantes. España no se acogió a esta reserva, por lo que en nuestro país es de aplicación el Convenio de Nueva York a todas las sentencias que sean fruto de arbitrajes concertados para resolver diferencias surgidas sobre cualquier clase de relaciones jurídicas, sean estas contractuales o no. Y tampoco ha hecho uso de la otra reserva prevista en la Convención, **la reserva de reciprocidad**, por lo que en la práctica, puede decirse que es posible solicitar en España el *exequatur* de cualquier laudo arbitral no dictado en España.

En lo que se refiere a los convenios bilaterales que tiene firmados España, tampoco contienen limitaciones de *ratione materiae* y, por tanto, son aplicables sea o no contractual, mercantil o no mercantil la relación litigiosa objeto del laudo.

Es evidente que cuando un Estado ha suscrito, por una parte, un Convenio multilateral, como el de Nueva York y, por otra, tratados bilaterales cuyos campos de acción se superpongan, sus normas se encontrarán en una situación de concurrencia que produce problemas de elección de la normativa aplicable. En el caso de España, el hecho que, como hemos visto,

se haya adherido al Convenio de Nueva York en los términos más amplios, al no hacer uso de las reservas que ofrecía el Convenio, hacen que esa zona de coincidencia sea total, ya que se produce una superposición con los tratados bilaterales, puesto que los países signatarios y los supuestos abarcados en los tratados están también dentro del ámbito de la Convención de Nueva York¹.

En estos supuestos, la relación entre ambos instrumentos debe determinarse atendiendo a: (i) Lo previsto al respecto por la Convención de Nueva York, (ii) la regla de conflicto de los tratados y (iii) lo establecido al respecto por el otro tratado coincidente.

En lo que se refiere a lo establecido por la Convención de Nueva York, hay que señalar que la misma adopta una posición muy liberal en lo que se refiere a sus relaciones con otros tratados. En efecto, en el artículo VII.1 encontramos dos previstos.

El primero conocido, como el *more favourable right provision*, reconoce la libertad de una parte para basar su solicitud de ejecución de un laudo arbitral en una ley nacional o en otros tratados en lugar de en la Convención de Nueva York. El otro previsto, llamado de *compatibilidad*, establece una afirmación general de compatibilidad de sus preceptos con cualesquiera otros acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias concertados por los Estados contratantes, al señalar que la Convención no afecta a la validez de otros tratados multilaterales o bilaterales.

En cuanto a la aplicación de la regla de conflicto de los tratados, los dos principios fundamentales tradicionales son los de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*, a los que, tanto la doctrina cuanto la jurisprudencia, han añadido un tercer principio que es la *regle d'efficacité maximale* o regla de **máxima eficacia**. Este principio de máxima eficacia, que sustituiría, en su caso, a los otros dos tradicionales, significa la posibilidad de aplicar las disposiciones convencionales legales más favorables en cada caso concreto de cara al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, o, dicho en otras palabras,

¹ GONZALEZ-SORIA, Julio. "Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003 modificada por Ley 11/2011". Madrid: Thompson Reuters. 2011.

significa que si un laudo no es ejecutable bajo un tratado que pudiera serle aplicable, pero sí lo es bajo otro que también pudiera aplicarse, se aplicará este último con independencia de si se trata de un tratado anterior o posterior o de ámbito general o específico.

A este respecto, hay que señalar, con satisfacción que el Tribunal Supremo español ha venido aplicando sistemáticamente el citado principio de máxima eficacia siendo buen ejemplo de ello el auto de 18 de abril 2000 (RJ200, 3239), en el que se reitera en anteriores pronunciamientos, en el mismo sentido, entre otros, AATS de 16 de abril 1966, 17 febrero 1998 (RJ1998, 760) y 7 de Julio 1998 (RJ1998, 6235).

El Convenio de Nueva York enumera taxativamente las causas que pueden dar lugar a la concesión o denegación del reconocimiento y homologación solicitados lo que significa una determinación taxativa de los poderes del juez del *exequátur*.

El artículo V de dicho Convenio excluye la revisión del fondo del laudo, que no procede en ningún caso, y establece las causas de denegación, que se dividen en dos grandes grupos: (i) A instancia de parte, a la que corresponderá la carga de la prueba y (ii) apreciables de oficio por la autoridad competente, que también podrán ser aducidas por la parte, en cuyo caso recaerá sobre ella la carga de la prueba.

Son apreciables a instancia de parte:

- La inexistencia o nulidad del convenio arbitral conforme a la ley que le resulte aplicable.
- Cuando la parte contra la que se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento o no haya podido, por cualquier otra causa, hacer valer sus medios de defensa.
- Cuando en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo de la actuación arbitral no se hayan observado las formalidades y principios esenciales establecidos en la ley que resulte aplicable.
- Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (incongruencia).
- Cuando el laudo no es aún obligatorio

o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país conforme a cuya ley ha sido dictado.

Son causas de denegación apreciables de oficio:

- La no arbitrabilidad del objeto de la controversia
- Incompatibilidad del laudo con el orden público

El *exequátur* se sustancia según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para las sentencias judiciales extranjeras. No es propiamente un procedimiento de ejecución, sino de homologación de decisiones extranjeras que, a través del mismo, se convierten en título ejecutivo y quedan equiparadas a las sentencias españolas y pueden, entonces, ser ejecutadas de acuerdo con el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Ley 11/2011 que, como veremos más adelante, vino a modificar la Ley 60/2003, establece en su artículo 46.2 que el *exequátur* se regirá por el Convenio de Nueva York, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales; y, que el procedimiento para sustanciarle se determinará de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento procesal civil para las sentencias extranjeras. Y en su artículo 8.6 establece que el órgano jurisdiccional competente para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras será la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma. Y que será competente para la ejecución de los laudos o resoluciones extranjeras el Juzgado de Primera Instancia, con arreglo a los mismos criterios. Estos cambios de competencia han quedado recogidos en el artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Disposición Final Primera de la Ley 11/2011.

Por todo lo anterior, puede decirse, en definitiva, que la Ley 2003, desde su promulgación, ha servido a su objetivo de ofrecer un marco adecuado para el desarrollo del Arbitraje en España, tanto interno cuanto internacional.

No obstante, el legislador consideró que había capacidad de mejora y margen para realizar ajustes en algunas cuestiones que estaban planteando problemas interpretativos o que

sencillamente la práctica aconsejaba retocar con el fin último de potenciar la designación de España como sede de arbitrajes internacionales, y que el camino para ello era introducir modificaciones en la Ley vigente 60/2003. Ello se ha materializado en la Ley 11/2011 de 20 de Mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del Arbitraje institucional en la Administración General del Estado.

La Ley 11/2011, como se desprende de su título, a través de su Disposición Adicional Única, ha venido también a regular las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Con ella se busca incorporar a la Administración General del Estado los beneficios de los medios alternativos de resolución de conflictos. La idea básica es reconducir aquellos pleitos entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, ya sean los que la Ley 6/1997 regula como las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público, a una Comisión especial del Gobierno denominada Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, que decidirá sobre el conflicto concreto, evitando su judicialización. Aun cuando es evidente que esta regulación no puede considerarse como arbitraje, al estar incluida en la Ley de Reforma del Arbitraje, parece obligatorio poner de relieve esta circunstancia.

La reforma, finalmente, ha quedado reducida a centrarse en unos cuantos puntos básicos. Sin embargo, hay que señalar que el proyecto de ley fue objeto de numerosas propuestas de enmiendas, y su debate parlamentario fue largo y complicado, lo que, en mi opinión personal, debe interpretarse como algo muy positivo ya que refleja una actitud muy pro arbitraje tanto de la sociedad civil cuanto de los poderes legislativo y ejecutivo.

Por estas razones, he creído interesante referirme en detalle a esos cambios aunque no sean todos ellos, en sí mismos, de una gran trascendencia e importancia.

En primer lugar, se reubican algunas de las funciones asociadas al Arbitraje y los órganos jurisdiccionales. Se intenta elevar el rango de los órganos jurisdiccionales para que exista menos dispersión en las decisiones jurisdiccionales y al tiempo se reconoce más importancia a la

materia arbitral pues son órganos de mayor rango los que tratan estos temas.

Es cierto que, en cuanto al reconocimiento del *exequátur*, es decir, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, podía haberse recuperado, como proponíamos muchos, la opción de atribución al Tribunal Supremo, que durante todo el tiempo que ha tenido asignada esa misión ha realizado una labor de extraordinario valor, produciendo una jurisprudencia acertada y absolutamente en línea con los criterios más avanzados dentro del entorno de los países con mayor desarrollo en el Arbitraje.

Sin embargo, parece ser que, en el momento de la promulgación de la Ley 11/2011, el legislador era más favorable hacia un Tribunal Supremo como verdadero tribunal de casación liberado de cualquier otra función distinta a esa. Por ello, la reforma opta por atribuir la función a la Sala de lo Civil y Penal de los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, con el pretexto de conseguir un doble objetivo: Mantener al Tribunal Supremo como una verdadera Corte de Casación y elevar a los Tribunales de mayor rango en cada Comunidad Autónoma una cuestión tan transcendental como es la del reconocimiento de laudos extranjeros. Quedaría, pues, en cualquier caso, pendiente algún ajuste futuro en la legislación procesal que permita que el Tribunal Supremo revise algunos asuntos en esta materia, permitiéndole fijar doctrina.

Otra de las cuestiones que más debate ha suscitado en la tramitación del proyecto fue la supresión del Arbitraje de equidad en el Arbitraje interno. La cuestión fue muy discutida en la fase de anteproyecto y ya en fase parlamentaria se constituyó como una de las cuestiones que centraron el debate. La idea inicial del legislador era derivar el Arbitraje de equidad hacia la institución de la mediación con el razonamiento que tienen características similares que las acercan. Afortunadamente, una serie de circunstancias y dificultades imposibilitaron que la opción pre-legislativa tuviera, finalmente, reflejo legislativo.

Un cambio que parecía menor, pero que tiene enorme trascendencia desde la perspectiva de la adecuación a las reglas uniformes y a nuestro sistema monista, es la supresión

de la regla de pertenencia a la profesión de abogado para poder ser designado árbitro en los arbitrajes internos.

La redacción final emanada de las cortes mantiene la restricción a un determinado tipo de profesión o, al menos, a la de unos conocimientos. Las cortes entendieron que resultaba necesario tener conocimientos jurídicos para el ejercicio de la función de árbitro. Sin entrar en si dicha restricción pueda o no alejarnos de las reglas internacionales, y quizás de las legislaciones más modernas en el ámbito del Arbitraje, la introducción del término “jurista” supone un avance pues permite la designación como árbitros de profesionales no necesariamente abogados colegiados, dando entrada a otros profesionales con conocimientos en Derecho. Lo que queda claro, pues no ha podido ser alterado salvo que así se hubiera dicho expresamente, es la imposibilidad que se mantiene para aquellas personas que, por su normativa especial, son incompatibles y de cuyo cumplimiento las instituciones arbitrales deberán velar al designar. Por el hecho de haber pasado al término “jurista” sólo se elimina el requisito de la colegiación y, por tanto, de la profesión de abogado *strictu sensu*, no el resto de incompatibilidades que puedan afectar a los distintos profesionales o funcionarios sujetos a su propia legislación especial.

Tema relevante en la negociación parlamentaria fue la cuestión de los votos particulares. El proyecto, intentando una vez más otorgar mayor seguridad jurídica al Arbitraje e incentivar su uso, suprimía, o al menos no recogía expresamente, la posibilidad de que los árbitros emitiesen votos particulares. La justificación que se daba era que si el laudo es una decisión colegiada que requiere al menos adopción por la mayoría de miembros del órganos arbitral o, en su defecto, por el Presidente, no parece que el voto particular aporte mucho a ese laudo, cuyo contenido es el que aprueba, generalmente, la mayoría, salvo el de aportar fundamentos para una posterior acción de anulación.

Este fue uno de los temas más debatidos en la fase pre-legislativa y parlamentaria, lo que, en principio, demuestra la importancia para el mundo arbitral de la cuestión de los

votos particulares. Ciertamente, el debate fue muy interesante, pues la cuestión de la admisión de los votos particulares y su participación en la conformación de la decisión colegiada admite diversas posiciones. Finalmente la redacción del proyecto se modificó y se incluyó un inciso en el que expresamente se permite, no el voto particular en cuanto decisión particular motivada y desarrollada que forma parte del laudo, sino la constancia de su voto en contra del laudo adoptado por la mayoría.

Otro de los asuntos novedosos, y que desde la configuración del proyecto se entendió como esencial para potenciar el Arbitraje, fue lo que bajo la rúbrica “Arbitraje Estatutario” regulan los nuevos artículos 11 bis y ter.

Es de señalar, en primer lugar, que esta reforma de 2011 ha venido a confirmar definitivamente la arbitrabilidad de las disputas societarias y engarza así con una tradición iniciada por el Cogido de Comercio de 1829 pero que se vio interrumpida y cuestionada, durante largos periodos, por lo que nos parece interesante referirnos, aunque sea brevemente, a esa evolución y comentar los puntos más sobresalientes de la nueva regulación. En efecto, el artículo 323 del Código de Comercio de 1829 imponía que todas las disputas entre los socios y las sociedades mercantiles debían obligatoriamente resolverse a través del arbitraje, incluso si los estatutos no lo preveían, y esa fue la fórmula obligatoria para dirimir disputas societarias en España durante la mayor parte del siglo XIX.

Sin embargo, la situación cambió con el Código de Comercio de 1885, que abandonó la imposición de un arbitraje societario, si bien, como no contenía ninguna previsión sobre la materia, en la práctica los estatutos de las compañías continuaron incorporando convenios arbitrales, con lo que hasta la promulgación de la primera Ley de Sociedades Anónimas en 1951, nunca se puso en duda la validez del Arbitraje Estatutario.

La nueva Ley de 1951 creó un procedimiento judicial especial para la impugnación de acuerdos sociales y a partir de 1956 el Tribunal Supremo entendió que, creado el procedimiento especial de impugnación, el

Arbitraje quedaba totalmente excluido². Sólo en 1998, la jurisprudencia por fin cambió y pasó a apoyar el Arbitraje aunque fuera tímidamente. El cambio se materializó en una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en una Sentencia de 18 de abril de 1998 del Tribunal Supremo.

Sin embargo, tanto la resolución cuanto la sentencia del Tribunal Supremo dejaban un margen de duda respecto a la arbitrabilidad societaria, ya que si bien se consideraba posible el arbitraje en relación a las cuestiones relativas a la nulidad de la junta de accionistas y a la impugnación de acuerdos sociales, se establecía una excepción, como señalaba la propia sentencia citada al decir **sin perjuicio, que si algún extremo está fuera del poder de disposición de las partes no puedan los árbitros pronunciarse sobre el mismo, so pena de ver anulado total o parcialmente su laudo.**

Así las cosas, en 2003, el legislador promulgó la actual Ley de Arbitraje, la primera marcadamente pro-arbitraje y con una clara perspectiva internacional, que tampoco contiene referencia alguna al Arbitraje Societario, quizás por dos razones:

- Por un lado, porque adoptó el esquema de redacción de la Ley Modelo de UNCITRAL que tampoco menciona el Arbitraje Societario; y
- Por otro, porque el legislador quizá pensaba que con la jurisprudencia favorable de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Tribunal Supremo, el Arbitraje Societario ya estaba consolidado.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje no logró disipar todas las dudas y oscuridades que rodeaban al Arbitraje Societario ya que:

- Una parte importante de la doctrina siguió poniendo en duda que ciertos tipos de sociedades (cerradas/abiertas), cierto tipo de disputas (aprobación de cuentas, convocatoria forzosa de la junta) o ciertas causas de impugnación (acuerdos nulos/anulables/contrarios al orden público) pudieran ser arbitradas, o que

- ciertas personas (socios disidentes, administradores) quedaran vinculados; Y la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007 estableció (aplicando aún la Ley de Arbitraje de 1988) que una cláusula de arbitraje introducida o ampliada por acuerdo de la mayoría de socios, no vinculaba a los disidentes.

De esta forma se llega a mayo de 2011, cuando se decidió novar la Ley de Arbitraje de 2003, y entre las materias reformadas se incluyó, como hemos dicho, el Arbitraje Estatutario en las sociedades de capital, porque –como explica la propia Exposición de Motivos– el legislador era consciente de que en esta materia permanecían dudas y así pretendía aclararlas.

Como hemos señalado, la reforma se plasma en dos nuevos artículos, que se adicionan a la Ley de Arbitraje, con los numerales 11 bis y 11 ter. Y estos dos nuevos preceptos enuncian un principio general y tres reglas especiales.

El principio general es breve y enormemente claro: Las sociedades de capital pueden someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen. La voluntad del legislador no ofrece duda: Establece por fin, y de forma clara e indubitada, la arbitrabilidad de todos los conflictos que surjan en el seno de una sociedad de capital, mencionando expresamente la impugnación de acuerdos sociales.

La primera regla especial viene a establecer el régimen de mayorías necesarias para la introducción de un convenio arbitral en los estatutos de una sociedad ya existente, exigiendo que la introducción del convenio arbitral se adopte por dos tercios de los votos correspondientes a las acciones o participaciones en que se divide el capital social. En consecuencia, y por aplicación del régimen de adopción de acuerdos en las sociedades de capital, los socios disidentes, los ausentes, así como los que votaron en blanco o nulo, también quedarán vinculados por el acuerdo adoptado.

La segunda regla especial se refiere a las impugnaciones de acuerdos sociales y en estos casos la ley: (i) Impone que el

² Sentencia del Tribunal Supremo de España de 15 de Octubre de 1956.

procedimiento esté administrado por una institución arbitral; y además (ii) impone que la designación de los árbitros se encomiende a dicha institución.

Existe, finalmente, una tercera regla especial que va dirigida a los Registradores Mercantiles. Recaído un laudo que anula un acuerdo social inscrito, debe cancelarse la inscripción registral –posibilidad regulada en relación con las sentencias judiciales firmes– y que el legislador ha extendido con buen criterio a los laudos arbitrales. La reforma de la Ley de Arbitraje ha venido a solventar esta dificultad, y ahora proclama que los laudos deben gozar del mismo tratamiento.

En cuanto al ámbito subjetivo del Arbitraje Estatutario, la Ley de Arbitraje se refiere en el primer párrafo del artículo 11 bis, a “sociedades de capital”. Aunque los siguientes párrafos no vuelven a repetir el concepto, del contexto se deduce que todo el artículo está pensado para ser aplicado a dicho tipo social. El ámbito subjetivo que el legislador ha querido otorgar al Arbitraje Estatutario definido en el artículo 11 bis queda, pues, circunscrito a las sociedades de capital, es decir, a las anónimas, limitadas y comanditarias por acciones reguladas por la Ley de Sociedades de Capital y que tengan nacionalidad española.

La Ley de Arbitraje añade un requisito de carácter formal: La cláusula de sumisión a arbitraje debe estar incluida en los estatutos sociales de la sociedad de capital. Así, se garantiza que adquiera publicidad registral, que se presuma conocida por socios y administradores, y que su efecto se pueda extender no solo a los existentes en el momento de su adopción, sino también a los que les sucedan en el futuro.

La anterior conclusión no implica que un convenio arbitral pactado fuera de los estatutos –por ejemplo en un acuerdo parasocial– carezca de validez. La tendrá siempre que la materia sobre la que verse la controversia sea de libre disposición conforme a Derecho. Pero ese convenio arbitral no quedará sujeto al artículo 11 bis y circunscribirá sus efectos a las partes que lo hayan consentido.

En cuanto a las sociedades cotizadas, nada impide la aplicación del sistema arbitral

previsto en el artículo 11 bis a estas sociedades anónimas. En este punto, el legislador español ha seguido una vía distinta que el italiano: La reforma italiana del Arbitraje Societario excluye expresamente a las sociedades cotizadas. La reforma española, por el contrario, no acoge esta limitación y extiende la posibilidad del Arbitraje Estatutario a todas las sociedades de capital.

Hay que señalar que existen otras leyes estatales y autonómicas que también permiten expresamente a ciertas sociedades dirimir sus conflictos societarios a través del Arbitraje (por ejemplo, la Ley de Sociedades Profesionales y la de Cooperativas). Y aún fuera de estos casos tipificados, no existe inconveniente en que todas las sociedades, civiles o mercantiles, de nacionalidad española, y todas las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, sometan los conflictos que surjan en su seno a la Ley de Arbitraje ya que todas estas controversias versarán **sobre materias de libre disposición conforme a Derecho** y por lo tanto son arbitrables.

Cuestión diferente es preguntarse si, en estos casos, se aplicará el artículo 11 bis. A nuestro juicio la contestación debe ser en sentido negativo. El precepto está reservado para las sociedades de capital, y sus especialidades están pensadas específicamente para este tipo de sociedades. Las sociedades que no sean de capital (y las restantes personas jurídicas) ni se benefician ni se perjudican como consecuencia del artículo 11 bis: La aprobación de la cláusula de sumisión a arbitraje no se registrará por la mayoría de dos tercios del capital (sino por el régimen que le sea propio), y no se obligará a que el arbitraje sea institucional y con designación de los árbitros por la institución. Los conflictos que surjan en el seno de estas sociedades y personas jurídicas se resolverán, por tanto, mediante un procedimiento ordinario, sujeto a la regulación general de la Ley de Arbitraje.

Resulta igualmente de interés la reforma que supone la obligación de suscribir un seguro de responsabilidad civil a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre. Esta regla es imperativa de la Directiva Europea de Servicios y supone un cambio general en la regulación de prestación de servicios. La idea es que el usuario esté cubierto ante

las posibles negligencias de aquellos que los prestan como fórmula que garantice la indemnidad frente a los daños causados. No obstante, esta obligación no puede suponer una desventaja competitiva frente a otros ordenamientos aumentando los costes o planteando trabas al ejercicio del arbitraje.

De nuevo, se observa la introducción de una reforma con vistas al Arbitraje interno que se expande hacia el Arbitraje Internacional y que no era necesaria ya que, como es lógico, la generalidad de las Cortes de Arbitraje y los árbitros ejercientes como tal tienen ya su seguro suscrito.

En cualquier caso, la concreción de esta medida exige una norma reglamentaria en la que se fijarán las cuantías y alternativas al seguro, norma que no se ha producido hasta la fecha. Por otra parte, la propia reforma exime de ese seguro a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas. La norma reglamentaria fijará los entes concretos que quedan excluidos teniendo en cuenta la finalidad de la norma, que no es sino proteger frente a instituciones puramente privadas que no gozan del prestigio y control derivado de su naturaleza de base pública o relaciones con ésta.

Por último, citar la Disposición adicional única que regula las controversias jurídicas en la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Esta Disposición incorpora a la Administración General del Estado, los beneficios de los medios alternativos de resolución de conflictos. La idea básica es reconducir aquellos pleitos entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, ya sean los que la Ley 6/1997 regula como las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público, a una Comisión especial del Gobierno denominada Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, que decidirá sobre el conflicto concreto evitando su judicialización. No parece tener mucho sentido que distintos entes públicos de la Administración General del Estado judicialicen sus conflictos, incurran en costes innecesarios y demoren la solución si el gobierno del que dependen pueden solucionar la controversia. En este punto, no resulta tan importante la categorización de la institución sino la relevancia práctica

de la misma. No es un arbitraje en sentido estricto pero no cabe duda de que es el medio alternativo para solucionar la controversia. La puesta en práctica del sistema y entrada en vigor requiere de un Reglamento que al menos establezca la estructura organizativa de la institución. Las reglas básicas y los elementos subjetivos y objetivos quedan suficientemente fijados por la norma que suponen un avance definitivo en la apuesta del Gobierno a favor de la incorporación de medios alternativos en todos los ámbitos en que sea posible.

Después de esta rápida revista de la situación en Iberoamérica y de la legislación positiva española, me gustaría referirme a una de las cuestiones básicas a las que las partes se enfrentan en el momento de la decisión de someter a arbitraje la solución de sus diferencias: El lugar que deben elegir como sede del arbitraje, ya que es un elemento fundamental para el objetivo que se persigue, que no es otro que la ejecución del laudo que se dicte.

Categorícamente, puede decirse que España cumple de manera sobresaliente todos los requisitos para ser elegida como sede de los arbitrajes internacionales.

En efecto, UNICITRAL, en sus Notas para la Organización de Procedimientos Arbitrales, señala que son cinco los factores claves que deben tenerse en cuenta para la elección de una sede idónea de un procedimiento arbitral: (i) El desarrollo de la legislación de Arbitraje Comercial del lugar del arbitraje; (ii) la existencia de un tratado bilateral o multilateral para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales; (iii) la conveniencia logística para las partes y los árbitros; (iv) la disponibilidad y el coste de los servicios de soporte; y (v) la ubicación de la materia objeto del arbitraje y la proximidad de los medios de prueba al lugar de arbitraje de prueba.

Es evidente que el más importante de estos cinco factores es el segundo, ya que afecta directamente a la ejecución de los laudos. Sin embargo, el rotundo éxito de la Convención de Nueva York, que ha sido ratificada por más de ciento cincuenta países, ha limitado la relevancia de ese factor como elemento diferenciador al haber sido adoptada la Convención por la inmensa mayoría de las naciones envueltas en el tráfico internacional.

En consecuencia, el factor que cobra mayor relevancia es el desarrollo de la legislación interna sobre Arbitraje Comercial del país en donde se plantea celebrar el arbitraje sin que ello signifique que deban olvidarse los otros tres factores que, aunque puedan calificarse de carácter práctico, también tienen su importancia y deben ser considerados.

Pues bien, como adelantaba, Madrid y España obtienen una nota muy alta del examen de los citados factores, como veremos a continuación.

España es parte no solamente del Convenio de Nueva York, sino también del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra y tiene suscritos numerosos Convenios bilaterales sobre la materia y, además, como hemos visto más arriba en detalle, en su adhesión no ha hecho uso de ninguna de las reservas del Convenio de Nueva York y su aplicación por los tribunales ha sido siempre extremadamente favorable y homologable a la de los países más avanzados en el Arbitraje.

En cuanto a la siguiente cuestión, el desarrollo de la legislación arbitral de España, que debe analizarse bajo la doble perspectiva de la legislación actual y de la actitud de sus tribunales hacia el Arbitraje Comercial, también el resultado es altamente positivo.

En relación al primer aspecto, como hemos visto, España cuenta con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, modificada recientemente por la Ley 11/2011 de 20 de Mayo, que vino a sustituir a la Ley 36/1988, que ya permitió un importante desarrollo del Arbitraje en España.

Esta Ley, basada en la Ley Modelo UNCITRAL, hace que España tenga una legislación

uniforme con aquellas naciones que también han adoptado legislación basada en la citada Ley modelo y ofrezca un marco legal favorable para el desarrollo del Arbitraje.

En cuanto a la actitud de los tribunales españoles hacia el Arbitraje, puede afirmarse que es muy positiva como trasciende de la jurisprudencia, incluso desde la Ley de 1988, que ha sido siempre protectora del Arbitraje Comercial como instrumento para fomentar el Comercio Internacional. A este respecto, es también importante señalar que el acceso a dicha jurisprudencia es muy sencillo para árbitros y abogados, lo que no ocurre en muchos países.

Finalmente, en cuanto a los otros factores prácticos, hay que señalar que Madrid, por ejemplo, es la capital con mayor número de vuelos con los países de Iberoamérica y una amplísima red de vuelos a todas las grandes ciudades europeas; tiene una gran oferta hotelera, de restauración y de servicios de todo tipo con una relación precio/calidad muy favorable. Y, por último, dispone de instituciones arbitrales consolidadas y de gran prestigio que ofrecen instalaciones y servicios de primer nivel a los usuarios del Arbitraje, y abogados con una altísima reputación profesional.

Si a todo ello unimos el hecho de que España es el principal inversor en Iberoamérica, comparte su idioma y su cultura, y es, además, puente geográfico entre Europa e Iberoamérica, la conclusión clara es que España tiene a su favor todos los factores para convertirse en un centro arbitral idóneo para resolver las divergencias entre empresas multinacionales europeas y empresas iberoamericanas, y de estas últimas entre ellas, como de hecho ya está sucediendo.



Cuando la experiencia es creativa, no tiene fronteras

El Estudio EcheCopar está asociado a Baker & McKenzie, la primera firma global de servicios legales y la mejor posicionada en los rankings internacionales más destacados.

Con esta asociación, brindamos una plataforma única para acompañar a nuestros clientes en sus proyectos internacionales y continuar siendo la opción elegida por los nuevos inversionistas en nuestro país.

Asimismo, ofrecemos una excelente oportunidad para el desarrollo profesional de nuestros abogados, quienes con su experiencia han hecho posible que seamos la primera firma global del Perú.

ESTUDIO ECHECOPAR

ASOCIADO A BAKER & MCKENZIE INTERNATIONAL

LOS RETOS ACTUALES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: VISIÓN LATINOAMERICANA

AUTORES

NACIONALES

- Guillermo Bracamonte
- Enrique Cavero
- Claudia Fernandini
- Gonzalo Ferrero
- Gustavo M. Rodríguez
- Alex Sosa Jorge Córdova
- Augusto José Villarón

INTERNACIONALES

- Ricardo Antequera VENEZUELA
- Juan Berton Moreno ARGENTINA
- Marissa Lasso de la Vega PANAMÁ
- Gabriel F. Leonardos Aline Ferreira BRASIL
- Andrés Melossi CHILE
- Ricardo Metke COLOMBIA
- Jorge Molet Liliana Arellano MÉXICO
- Horacio Rangel MÉXICO
- Elizabeth Siemsen Rafael Atab BRASIL
- Juan E. Vanrell URUGUAY



THEMIS

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Precio de Introducción: S/ 40.00

publicaciones@themis.pe

Teléfonos: 626-2000 | Anexo: 5391

TEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL

UNA AGENDA NACIONAL RENOVADA: LOS DESAFÍOS DESDE EL EXTERIOR PARA UN PAÍS DE RENTA MEDIA

Jorge Valdez Carrillo*

¿Cuáles son los retos que enfrenta la política exterior peruana en la actualidad? ¿En qué medida el progreso obtenido por el país en estos últimos años tiene incidencia en el plano internacional? ¿La bonanza económica significará también el progreso paralelo de nuestra diplomacia? En otras palabras, ¿Cuánto ha cambiado el paradigma de la política internacional en el Perú?

En el presente artículo, el autor hace un análisis—desde la posición del país—acerca de temas específicos y de coyuntura, como la expectativa en torno al fallo de la Corte Internacional de Justicia sobre el litigio que mantenemos con la República de Chile, así como las nuevas perspectivas de integración y cooperación regional.

* Diplomático de carrera con la categoría de Embajador en el Servicio Diplomático del Perú. Director Ejecutivo de la Fundación Unión Europea, América Latina y el Caribe (Fundación EU-LAC). Ha sido viceministro de Relaciones Exteriores, representante ante las Naciones Unidas, Embajador ante el Reino de Bélgica y el Gran Ducado de Luxemburgo, y Jefe de la Misión del Perú ante la Unión Europea, entre otros cargos de su carrera profesional. Miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional.

I. EL FIN DE UN CICLO DE MÚLTIPLES VARIABLES

Esperamos el próximo fallo de la Corte Internacional de Justicia en el proceso iniciado por petición del Perú para una real delimitación marítima con Chile y su consiguiente implementación. La expectativa suscita la esperanza de obtener con ello, además de un resultado justo, un salto importante a una nueva agenda bilateral fundada en la cooperación y el beneficio para la población de ambos países y de la región en su conjunto, lo que se sumaría a un conjunto de cambios de los que no escapa la gestión externa del país.

Mas, en todo caso, esta circunstancia contribuye a reforzar la importancia de la reflexión en torno al significado y potencialidad del momento que atravesamos, en el que se inscribe este acontecimiento, junto con otros de la vida nacional, para configurar uno de esos momentos en la historia en los que parece abrirse una nueva etapa en la vida de los pueblos. Como suele suceder, el cierre de capítulos importantes supone también el inicio de otros, con nuevas agendas que respondan a nuevos –y también antiguos– desafíos.

El cierre actual de una etapa en el ámbito externo se desprende de la convicción con que el Perú se empeñó desde finales de la traumática Guerra del Pacífico en la consolidación de lo que debiera ser su perfil territorial. Esa fue la lógica que impulsó a que el país se enfrascara en definir su espacio territorial mediante la aceptación del mismo por sus vecinos. Ello dio lugar a múltiples misiones que buscaron en archivos eclesiásticos, en los Archivos de Indias en Sevilla y en otros repositorios los elementos documentales que sustentaran los derechos de un país que, hasta poco antes de la guerra, estaba principal y fundamentalmente dedicado a resolver pugnas internas y establecer su propio Estado. Ese proceso de búsqueda y acumulación documental, que hoy se conserva en el Archivo de Límites, fue acompañado por acciones específicas que progresivamente

permitieron entendimientos limítrofes con nuestros vecinos y que alcanzaron su etapa culminante en los Acuerdos de Paz suscritos con el Ecuador en octubre de 1998.

Por tanto, y como resulta obvio, el asunto ante la Corte Internacional no es derivación de ese desmembramiento de las unidades político-administrativas del período virreinal. Es, más bien, resultado de factores relativamente contemporáneos, como son la evolución tecnológica –que permite valorizar económicamente espacios que antiguamente carecían de ese significado–, o la evolución del Derecho Internacional, en especial a partir del nuevo Derecho del Mar expresado en la Convención del Mar de las Naciones Unidas.

Pero en el caso particular de Chile, resulta imposible no reconocer que el doloroso episodio de la Guerra del Pacífico ha sido para las relaciones entre ambos países un **“condicionante de la conducta humana”**¹, limitando el importante potencial de la cooperación entendida en el sentido más amplio y constriñendo comportamientos mutuos en otros ámbitos, lo que se espera que el fallo que ambos países aguardan contribuya a superar. Por esta razón, y no obstante la naturaleza diferencial en su origen y naturaleza, el próximo fallo y su implementación debiera ser vista como parte, a la vez que consolidación del final, de ese prolongado ciclo que inició el Perú entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX.

Pero ese no es el único proceso que cierra el Perú en estos tiempos. Junto con el resto de América Latina, el país vivió la crisis económica de la década de los años 80, también conocida como la **década perdida de América Latina**. La combinación de hiperinflación, desequilibrios fiscales, deuda externa y estancamiento económico que vivió América Latina en su conjunto –y el Perú con peculiar intensidad– fue en gran medida producto de la coincidencia del final de un ciclo de desarrollo, cuando no se habían establecido los fundamentos para el inicio de un nuevo ciclo². De esta manera, si juzgamos

¹ BÁKULA, Juan Miguel. “Perú: Entre la Realidad y la Utopía. 180 años de Política Exterior”. Lima: Fondo de Cultura Económica y Fundación Academia Diplomática del Perú. 2002. p. 267.

² CARDOSO, Fernando Henrique y Eduardo GRAEFF. “Political Leadership and Economic Reform: The Brazilian Experience in the context of Latin America”. En: SANTISO, Javier y Jeff DAYTON-JOHNSON. “The Oxford Handbook of Latin America Political Economy”. Nueva York: Oxford University Press. 2012. p. 19.

por las evidentes incertidumbres que ofrece el contexto internacional en la actualidad, pareciera no existir claridad en torno al diseño del próximo ciclo o, más propiamente, del que pareciera haberse iniciado, que no es por cierto el período expansivo que hemos vivido en los últimos años, predominantemente caracterizado por los altos precios de materias primas como resultado de la demanda asiática, aunque no pueda dejar de destacarse la importante recuperación que ha tenido en el Perú la demanda interna. De esa manera, la definición de la dirección o alcances de ese nuevo ciclo de desarrollo sería un proceso en marcha, aunque algunos de sus elementos básicos saltan a la vista en el marco de las cambiantes incertidumbres del contexto.

En ese marco, no es menor el progreso logrado por el Perú desde el final de la década perdida. Ello lo evidencia el haber pasado de una virtual quiebra a inicios de los años noventa a lograr el llamado grado de inversión dos décadas más tarde, como resultado de un conjunto de medidas y reformas de lo que se podría llamar un modelo en construcción. Parte de ese modelo se ha sentado en pilares importantes, como son la aplicación de políticas que preserven equilibrios fiscales, estabilidad macroeconómica y promuevan el desarrollo institucional, dando paso a la búsqueda de eficiencia en la economía como necesidad para alcanzar la competitividad productiva; todo ello dentro de una economía que ha optado por abrirse al mundo como opción distinta a un modelo esencialmente endógeno –y por períodos hasta autárquicos– de crecimiento. El avance, sin embargo, está lejos de ser el necesario para sostenerse a sí mismo, como veremos más adelante.

Parte importante de ese proceso ha sido también una apertura comercial hoy asimilada por una opinión pública que en importantes sectores no tuvo reparos para movilizarse contrariamente cuando el Perú emprendía ese camino, aspecto que pareciera finalmente superado. Ese cambio en la percepción de la sociedad es demostrativo de los beneficios de la expansión económica vivida en estos años. Pero es también el reconocimiento que para una economía relativamente pequeña, como lo es la del Perú, la apertura comercial

y financiera resulta decisiva para asegurar el crecimiento.

Por su tamaño, el país carece de la capacidad para impactar niveles de precios de bienes y servicios a nivel internacional. Por lo tanto, la posibilidad de importarlos a precios más bajos conduce a beneficios para productores y consumidores que los emplean como bienes de capital, intermedios o insumos, ganando eficiencia productiva que puede, debidamente aprovechada, encausarse hacia crecimiento de largo plazo³. Pero se incurriría en error si se asumiera que un modelo productivo basado únicamente en la eficiencia puede, por sí solo, conducir a la sostenibilidad del crecimiento. La eficiencia, como motor de la producción, está destinada al agotamiento si no incorpora a la innovación como elemento central que impulse el proceso productivo; y ello llama a una serie de factores que, aunque trascienden el alcance que pretende este artículo, intentaré esbozar más adelante.

La apertura comercial, por otra parte y como he señalado, no es el único componente que ha incidido en el avance y cambio nacional. Se ha registrado un relativo aunque importante salto en desarrollo institucional, que hace posible una economía política nacional que quiere dejar de lado la deformación producida por prismas ideológicos o modelos maximalistas que tantas turbulencias produjeron en el pasado al oscilar, según el momento, entre buenos revolucionarios o apóstoles del liberalismo extremo. Ello sacudió al país y sus ciudadanos entre paradigmas económicos estructuralistas, marxistas, o neoliberales, que muchas veces chocaban con nuestra propia realidad, para ir progresivamente dando paso a una fórmula que hoy parece querer apuntar a aproximaciones pragmáticas que buscan responder ante todo a la propia realidad a partir de estabilidad macroeconómica y –aunque todavía tibiamente– a la inclusión social y al desarrollo industrial. Sin embargo, el estado de avance hacia ese escenario general es aun débil, dando lugar a que subsista espacio para sobresaltos, como se pudo apreciar muy recientemente en torno al debate sobre la gestión empresarial del Estado.

Estos temores no dejan de encontrar también asidero en el marco de la creciente

³ KRUGMAN, Paul. "Strategic Trade Policy and the New International Economics". Cambridge: MIT Press. 1986.

diferenciación en América Latina, cuyo ascenso como región en los últimos años es por todos reconocido, aunque viene acompañado de una mayor heterogeneidad y diferenciación entre los países de la región. Esa diferenciación se ha dado en el desempeño económico entre países, pero también acentuando diferencias en aspectos esenciales como son la gobernanza democrática, el ejercicio de los derechos de ciudadanía, e indicadores de pobreza y de desigualdad.

Más allá de esta heterogeneidad regional, que no deja de ser un factor de incidencia menor, un riesgo que el Perú vive es el de quedar atrapado en la llamada **trampa de renta media**. El crecimiento registrado determina que hoy el Perú alcance niveles de ingreso *per capita* que nos sitúan en un grupo de países que viven el riesgo que representa, de una parte, no estar en condiciones de competir en productos que respondan a determinados estándares con otras economías de bajos ingresos, como sucedería por ejemplo con el caso de Bangladesh, de reciente trágica notoriedad. Por otra parte, tampoco puede el país competir con economías intensivas en bienes y servicios tecnológicos, pues nos falta el desarrollo institucional nacional que haga posible dar el salto a un desarrollo económico industrial de alta tecnología mediante políticas industriales orientadas a ese propósito.

De esta manera, corremos el riesgo de una precariedad productiva que se ve, además, agravada por una natural tendencia a la re-primarización de la producción, como lo expresa la decreciente participación de manufacturas en el Producto Bruto Interno.

Para un país que no tiene un mercado interno de envergadura suficiente para solventar su propio crecimiento de manera sostenible y

en el largo plazo, evitar quedar atrapado en esa trampa de ingreso medio constituye tal vez el mayor desafío que pueda confrontar. Ello llama, entre otros aspectos, a políticas públicas nacionales que incidan en el fomento de una mayor cohesión de la sociedad, a una revaloración del territorio y del desarrollo local⁴, a procesos de mejora en la calidad y cobertura de la enseñanza primaria, media y superior y a una inversión significativa, pública y privada, en investigación, desarrollo e innovación⁵, todos estos factores indispensables para una mejora de la productividad, un indicador que muestra la mayor resistencia al cambio pues no se mueve con el ciclo de la economía sino más bien con los cambios en la estructura de la sociedad.

Todo ello resulta así indispensable para un posicionamiento del país respecto de las corrientes globales de inversión comercio y conocimiento, a la vez que es también tributario y requisito para el logro de una sociedad más cohesionada y equilibrada.

Por otra parte, sin una diversificación y actualización de la estructura productiva, la apertura de la economía se verá constantemente amenazada por la precariedad que supone una pérdida de competitividad, en especial en sectores no tradicionales de la economía que son, en última instancia, los llamados a beneficiarse de la apertura. En otras palabras, poca será la utilidad en el tiempo de la densa trama de accesos comerciales negociados en decenas de acuerdos de libre comercio, si ello derivará finalmente en una estructura productiva que solamente ofrezca productos mineros y de la pesca pues son esos sectores los que no confrontan barreras ni restricciones.

Éste es el marco dentro del que tendría que situarse la reflexión acerca de los desafíos externos que deberá confrontar la política exterior del Perú en los próximos años. Ésta,

⁴ La concepción y la práctica del desarrollo local a la que se alude no guarda relación con las nociones predominantes durante mucho tiempo en las ciencias sociales, cuando se le identificaba como objeto de protección pública para salvaguardar comunidades tradicionales que se veían amenazadas y/o avasalladas por el avance destructor de los procesos de modernización. La noción de desarrollo local que se emplea no comporta apreciación del localismo y de la comunidad autárquica. Muy por el contrario, se conceptualiza y promueve en el ámbito de los actuales procesos de globalización, es decir como proceso abierto que a partir de lo local se proyecta hacia lo global.

⁵ Según el Banco Mundial el Perú destina a gasto en investigación y desarrollo apenas el 0.109% del PBI (2000) mientras que en América Latina el promedio, según CEPAL, es de 0.6% del PBI regional. Brasil, el país de América Latina que más invertiría llega a poco más del 1% de su producto. Sin embargo, este porcentaje es superior al 2% en la Unión Europea, cuya meta es llegar al 3% para el 2020, así como en los Estados Unidos, que invierte casi el 3% de su PBI.

después de todo, debe reflejar las auténticas prioridades que surjan de las necesidades nacionales y situarse en el contexto internacional en el que se desenvuelve.

Pero no es solamente la política exterior la que tendrá que ajustarse a esos parámetros. Nuestra apertura comercial, por ejemplo, exige de mayor número de profesionales del Derecho conocedores de las particularidades del Comercio Internacional, capaces de interpretar y aconsejar a agentes económicos que estarán cada vez más expuestos a la aplicación de normas y reglamentos que en no pocas ocasiones se querrán emplear como barreras de protección distorsionando así principios de competencia inherentes al Comercio Internacional. Lo mismo sucede en otros campos en los que ya hoy es perceptible el déficit de profesionales que existe en el país, como es el caso de ingeniería y otras carreras de aplicación productiva.

De esta manera, nuestra diversificación requerirá de una mejor dotación en el recurso humano, con escuelas y universidades, que vinculen la formación académica con la formación profesional y aseguren la calidad del egresado. Pero requerirá también de una mayor coordinación y alineamiento entre Estado, Empresa y Universidad, en una suerte de triángulo virtuoso que deje atrás percepciones unívocas del poder, visiones rentistas de corto plazo y efímeras torres de marfil, para dar paso a visiones realistas que reflejen una apuesta por un futuro seguro de relativo bienestar y busquen una prosperidad de largo plazo.

II. EL CONTEXTO INTERNACIONAL: OTRO CICLO EN DEFINICIÓN

George Kennan, arquitecto de la llamada **Política de Contención** practicada por los Estados Unidos respecto de la Unión Soviética durante los inicios de la Guerra Fría, uno de los autores del Plan Marshall y en general una sombra que se ha proyectado sobre la política exterior de los Estados Unidos en la mayor parte del siglo XX, afirma al inicio de sus memorias que la política exterior es como la jardinería, por cuanto requiere de paciencia y cuidado al detalle si es que se quiere lograr resultados esperados.

La analogía que traza Kennan, sin embargo, debe también extenderse al hecho que en la jardinería, a diferencia de otras actividades, no se tiene ni se pretende tener un control absoluto de factores, al igual que como sucede en la cabal ejecución de una política exterior. La tarea o cometido que se emprenda en ambos casos se ve afectada por una multiplicidad de aspectos que van más allá del control de quien practica esta política exterior. El producto del esfuerzo, en uno u otro, no se anticipa con exactitud matemática, sino más bien debe ser medido en la habilidad para adaptarse, de pensar creativamente y de asumir, cuando corresponde y con la humildad requerida, la necesidad de intentar nuevos métodos o aproximaciones.

Esta reflexión no busca otra cosa que introducir en estas líneas una referencia a la multiplicidad de variables que confronta cualquier política exterior para lograr sus propósitos y, ciertamente, el contexto dentro del que ésta se desenvuelve resulta de importancia capital, en tanto pueda ofrecer márgenes de seguridad relativa. Por ello, poco o ningún sentido tendría pretender anticipar nuevos contenidos de una política exterior, de su agenda y desafíos, si no se tiene en cuenta el contexto internacional en el que ésta habrá de desenvolverse. Se trata, después de todo, de los factores que, más allá de las propias capacidades, imprimen los principales con-dicionantes y oportunidades para alcanzar objetivos pre-establecidos.

En lo que concierne al contexto que atravesamos, es evidente que estamos también ante el fin de otro ciclo que empezó a cerrarse hace casi un cuarto de siglo sin que aún pueda anticiparse dónde habrá en definitiva de derivar o, inclusive, si es que en algún momento llegará a hacerlo para cumplir así con esa suerte de consigna de la Historia Universal por la que el fin e inicio de cada uno de sus ciclos ha estado marcado por un hecho que simboliza esa etapa. En este caso, podemos coincidir en cuándo concluyó, pero no en el momento que empezó el siguiente.

La caída del Muro de Berlín significó el término de lo que el gran historiador Eric Hobsbawm llamó el "corto siglo XX"⁶. Con el

⁶ HOBBSWAM, Eric. "The Age of Extremes. A History of the World, 1914-1991". Londres: Pantheon Books. 1994.

siglo, desapareció uno de los factores que alimentó y cobijó todo el entorno dentro del que se desarrolló nuestro país desde finales de la II Guerra Mundial. Se trató de un período en el que transitamos desde los espacios que se nos abrían —o se nos cerraban— en la polarización de la Guerra Fría, a los de relativa independencia —o búsqueda de mayor autonomía— que pretendíamos encontrar en el Movimiento No Alineado.

Pero a partir de la caída del Muro de Berlín y el colapso de la Unión Soviética, hemos atravesado por una serie de circunstancias en las que los cambios han sido múltiples y que han comprendido desde comportamientos propios de un sistema internacional jerarquizado, con una potencia central que pretendía ordenar el sistema, hasta situaciones de relativa autonomía regional que hacen posible incluso actitudes de desafío relativo a esa potencia, llevándonos hoy a la emergencia de un sistema aparentemente multipolar en el que aparecen nuevos actores en la forma de potencias emergentes que aspiran a desempeñar un rol de liderazgo regional y global.

En ese marco, América Latina, como señalara anteriormente, pareciera haber ascendido por el crecimiento de los últimos años, aunque es importante reconocer que otras regiones del Mundo han tenido en esos años tasas de crecimiento iguales o mayores en sus respectivas economías.

Simultáneamente, las economías industrializadas confrontan dificultades para sostener tasas de crecimiento necesarias, que las conducen a inevitables ajustes y que, en su relacionamiento con América Latina permiten pensar en la

atenuación de asimetrías. En ese complejo y dinámico escenario surgen nuevas potencias, especialmente en el Asia, que pasan a convertirse en verdaderos motores de la demanda global. Se trata, entonces, de un cambio radical cuyo destino final no puede aún anticiparse, pero que deja en claro que el mundo que vivimos hoy no es más aquel sobre el que se construyó la institucionalidad para la gobernanza global y, por lo tanto, que ese sistema ha dejado de ser funcional a las necesidades del planeta y que se está a la búsqueda de nuevos paradigmas.

Ello, por sí solo, está dando paso a la revisión de algunos de los supuestos centrales sobre los que ha venido operando —algunas veces inercialmente— nuestra política exterior. Es el caso de lo que ocurre con las nuevas dinámicas de integración regional, por citar solamente un ejemplo, aunque resulta evidente que en ese campo es mucho aun el espacio que queda por recorrer.

En la misma medida, no siempre nuestros alineamientos externos parecieran tener el sentido pragmático que hemos alcanzado en otras esferas de la política y nos cuesta reconocer que en algunas oportunidades nuestro interés puede residir en la cercanía de quienes otrora veíamos al otro lado de la negociación y, simultáneamente, estar más alejado de quienes en otros tiempos habrían sido nuestros compañeros de viaje.

Es una visión que reposa en el realismo y que requiere consensuar rápidamente los vectores principales que determinen su orientación en temas centrales al interés nacional, algunos de los que he querido mencionar en este artículo que en modo alguno pretende ni puede ser exhaustivo en tan vasta materia.

FACILITACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL: UN PROPÓSITO PERMANENTE Y UNA PRÁCTICA NECESARIA

Alexis Meza Mitacc*

El gran avance que ha tenido el Comercio Internacional en las últimas décadas ha sido –y es– impresionante. Para lograr ello fue de vital importancia la presencia y el rol que asumieron los organismos internacionales, pues de esa manera se obtuvo una mejor comunicación entre los Estados comerciantes.

El presente artículo destaca la labor positiva que tuvieron estas organizaciones en el desarrollo del Comercio Internacional, las recomendaciones para su práctica efectiva, y el desarrollo en las investigaciones que ayudaron a grandes avances de modernización en este sector.

* Abogado. Miembro del Staff del Estudio García Bustamante, Salas Rizo Patrón y Margary Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

Si revisamos los datos estadísticos publicados por la Organización Mundial del Comercio en “Estadísticas del Comercio Internacional 2012”, respecto del comercio mundial de mercancías, se tiene que en el año 1948 se registró 121 mil millones de dólares americanos entre importaciones y exportaciones, en tanto que en el año 2011 se alcanzó 32,893 mil millones de dólares americanos. Es decir, en dicho período, el comercio mundial del año 2011 se ha incrementado 270 veces más que la de 1948. Es más, no solo se trata del crecimiento del valor de las mercancías importadas y exportadas a nivel mundial sino también de una mayor cantidad de países, tipos de mercancías y operadores que hacen del Comercio Internacional un escenario dinámico y característico de la economía mundial.

Una serie de factores contribuyeron a este crecimiento, vinculados al movimiento de las mercancías, la tecnología, los capitales, las personas y la logística vinculada a la distribución física internacional y, como parte de ello, el rol de los organismos gubernamentales y no gubernamentales vinculados al Comercio Internacional, que vienen desplegando esfuerzos en forma independiente o conjunta con el propósito de reducir barreras al comercio, eliminar sobrecostos de transacción y disminuir los tiempos de demora en el tráfico internacional de las mercancías.

Creemos que la incorporación como normas vinculantes de las disposiciones emanadas por diversos organismos internacionales y la difusión de sus recomendaciones con el concurso de otros organismos internacionales intergubernamentales, han influido decisivamente en el tratamiento normativo y la incorporación en los procedimientos a nivel de cada uno de los países. Esto es, muchos de los avances en materia de política comercial y de la normatividad aduanera que se viene aplicando en cada país, se explican por la adopción de los compromisos asumidos en los convenios multilaterales.

Al respecto, podemos mencionar la labor de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y su antecedente, el General Agreement of Tariffs and Trade (GATT); la Organización Mundial de Aduanas (OMA); la Comisión de

las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); la Organización Marítima Internacional (OMI); la Organización Internacional de Aviación Civil (OACI); y, tratándose de organismos privados, como la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), entre otros.

Particularmente, en lo que respecta a la facilitación del Comercio Internacional, cabe destacar el trabajo de dos organismos internacionales: La Organización Mundial del Comercio y la Organización Mundial de Aduanas. El trabajo de estos dos organismos nos servirá de base para el análisis en el presente artículo, el que nos permita conocer la situación actual en materia de facilitación del comercio. Es cierto que, a nivel de los compromisos asumidos por los Estados a través de los Tratados de Libre Comercio, se pueden apreciar medidas sumamente claras e importantes referentes a la facilitación del Comercio Internacional; sin embargo, en ésta oportunidad no lo abordaremos dada la amplitud de sus disposiciones.

Una de las dificultades que se presenta, a fin de identificar los avances en materia de facilitación del comercio, es precisamente conceptualizar o de alguna forma delimitar sus alcances. Esto, en el entendido que el Comercio Internacional es un asunto que comprende aspectos complejos, fenómenos diversos y múltiples partícipes; siendo así, es comprensible que nos enfrentemos ante un objeto de análisis que nos muestra un mayor grado de dificultad para abordarlo. Si bien encontraremos diversas posiciones sobre el particular, también podemos señalar que existen aspectos comunes vinculados a asuntos aduaneros, normas técnicas, aspectos logísticos, servicios vinculados a las transacciones comerciales y procedimientos operativos en el tráfico internacional de las mercancías.

Bajo este alcance, cuando se hace referencia a la facilitación del comercio —en esencia— se trata de la acción de simplificación, y armonización de las regulaciones y aspectos procedimentales en las transacciones internacionales de las mercancías de manera que se logre el crecimiento del Comercio Internacional. Esto es, se trata de las acciones que simplifiquen el proceso en el tráfico internacional de mercancías y lograr

su crecimiento; aunque, para ser precisos, debemos señalar que esta relación de causalidad reduce el alcance del propósito de lo que se entiende por facilitación del comercio y solamente asumimos esta posición para efectos de una mejor comprensión del asunto que nos ocupa. Esto, porque la perspectiva del verbo **facilitar** bajo el término **simplificar** tiene que ver con la práctica operacional y los resultados empíricos que nos ofrece; pero, en sí es más que ello, pues significa también armonizar o normalizar políticas y más precisamente voluntades, sobre todo de las entidades reguladoras, que se traduzcan en acción para desarrollar el Comercio Internacional.

Debemos tener en cuenta que la facilitación del Comercio Internacional se enfoca en el ámbito del comercio legal y seguro. Muchas veces, encontraremos posiciones que pretenden poner como propósitos contrapuestos la acción de control y la facilitación del comercio. Sin embargo, conviene precisar que las acciones que propugnan la facilitación, en modo alguno significan relajar o menoscabar las acciones de control de las autoridades, pues precisamente un control eficiente y eficaz permitirá distinguir el comercio legal del ilegal, y de esa manera se logrará concentrar la acción de control en las operaciones que no cumplen con los requisitos y formalidades exigidas.

Creemos que el “control por el control” afecta el comercio legal y seguro; por ello, las regulaciones deben establecerse con la debida transparencia y en la medida que resulten necesarias; de otro modo, se generan barreras burocráticas, requisitos innecesarios, y se distraerían recursos que finalmente afectarían el libre flujo de las mercancías que efectivamente cumplen con las formalidades exigidas.

Cuando pretendemos especificar los aspectos y/o problemática vinculada a la facilitación del comercio, es posible que se haga referencia a diversos temas, pero en lo que todos concuerdan es que los asuntos aduaneros son un tema central en materia de facilitación del comercio. Sin perjuicio de lo anterior –y sin ánimo de señalar una lista definitiva de asuntos vinculados a la facilitación–, además de los asuntos aduaneros, podemos mencionar las normas técnicas, las medidas sanitarias y fitosanitarias, el transporte internacional en sus diversas modalidades y la infraestructura, la propiedad intelectual,

servicios vinculados al comercio, el comercio electrónico, servicios asociados a los pagos, y los seguros relacionados con las transacciones internacionales, entre otros.

II. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO

No cabe duda que la Organización Mundial del Comercio, desde sus antecedentes del General Agreement on Tariffs and Trade, viene cumpliendo un rol y soporte fundamental para la facilitación del comercio. Una de las razones para ello es que la Organización Mundial del Comercio es una instancia de negociación de alcance mundial, siendo sus decisiones vinculantes para los países miembros; y, dado que el tráfico internacional de mercancías no conoce fronteras, de una manera u otra, ha involucrado a todos los países del orbe.

Podemos decir que los resultados de las diversas rondas de negociación del General Agreement on Tariffs and Trade, y luego la Organización Mundial del Comercio, tuvieron y tienen repercusión en materia de facilitación del Comercio Internacional.

Sin embargo, es en 1996, en la Conferencia Ministerial de Singapur, que se da inicio a una acción estructurada e intencionada a fin de alcanzar acuerdos sobre facilitación del Comercio Internacional. En ese entonces se encarga al Consejo del Comercio de Mercancías (CCM) de la Organización Mundial del Comercio la realización de trabajos de investigación y análisis sobre la materia que nos ocupa. Se constituyeron cuatro grupos de trabajo para abordar los temas de transportes, aduanas, requisitos financieros para el comercio, y la utilización de medios electrónicos y automatizados para el intercambio de información comercial. Todo esto teniendo en cuenta la identificación de los siguientes problemas: Requisitos de documentación excesivos; insuficiente automatización y escaso uso de tecnologías de información; poca transparencia, y requisitos para la importación y exportación ambiguos y no especificados; procedimientos inadecuados, especialmente los referidos a lo precario de los controles de auditorías y de técnicas de evaluación de riesgos; y falta de modernización de las aduanas y de otros organismos gubernamentales, además de poca cooperación y coordinación entre ellos.

En la reunión del Consejo del Comercio de Mercancías de septiembre de 1998 se trataron temas relacionadas a los procesos en la importación y exportación de mercancías, las acciones de control en las fronteras, entre otros.

Posteriormente, en diciembre de 1998, se consideró los temas relacionados al transporte y libre tránsito, los procedimientos de pagos, seguros y requisitos financieros relacionados al tráfico internacional de mercancías.

La siguiente reunión de la Comisión fue en abril de 1999. En ésta oportunidad se abordaron aspectos relacionados al uso de las tecnologías de información y su importancia en la facilitación del comercio internacional. Asimismo, aspectos vinculados a la cooperación y asistencia técnica para alcanzar la simplificación de los procedimientos comerciales. Posteriormente, en junio de 1999, tuvo como objetivo evaluar la posibilidad de establecer normas en la Organización Mundial del Comercio en la esfera de la facilitación del comercio a partir de los trabajos analíticos realizados.

La Conferencia Ministerial de Seattle de la Organización Mundial del Comercio se realizó en los días 1, 2 y 3 de diciembre de 1999, no habiéndose concretado ningún avance en dicha oportunidad.

El Consejo del Comercio de Mercancías de la Organización Mundial del Comercio realizó tres reuniones informales sobre el tema de la facilitación del comercio durante el año 2000, las que fueron celebradas en los meses de junio, julio y octubre. En estas reuniones participaron las secretarías de la Organización Marítima Internacional, de la Cámara de Comercio Internacional, de la United Nations Conference on Trade and Development y de la Organización Mundial de Aduanas.

A partir del año 2001, en la Organización Mundial del Comercio se dio un mayor énfasis a asuntos relacionados a los programas de asistencia técnica otorgados por los distintos organismos internacionales en materia de facilitación del comercio, dirigidos en su mayoría a los países en desarrollo.

Durante el año 2002, el Consejo del Comercio de Mercancías se reunió en cuatro oportunidades abordando aspectos relacionados a los Artículos V (libertad de

tránsito), VIII (derechos, y formalidades referentes a la importación y a la exportación) y X (publicación y aplicación de los reglamentos comerciales) del General Agreement on Tariffs and Trade, las necesidades de los países miembros en materia de facilitación del comercio, y la asistencia técnica.

El Grupo de Negociación sobre la Facilitación del Comercio formalizó la primera versión del Texto de Negociación en Diciembre del 2009. Desde entonces, se tiene en la actualidad la versión revisada número quince, del 27 de marzo del 2013, respecto del cual comentaremos brevemente los aspectos más importantes:

- La necesidad de publicar y disponer la disponibilidad de información sobre la reglamentación en materia de importación, exportación y tránsito a través de medios como Internet. Al promulgar dichas regulaciones se busca que se contemple un mecanismo de consultas previas a fin de facilitar la opinión de las partes interesadas y los operadores del comercio.
- La legislación de cada país contemple la posibilidad de expedir resoluciones anticipadas emitidas por las administraciones aduaneras en materia de clasificación arancelaria de la mercancía, valoración aduanera, origen de las mercancías, entre otros asuntos.
- Se considere el procedimiento en materia de impugnación de los actos administrativos, considerando los recursos administrativos y jurisdiccionales. En el mismo se debe establecer un debido procedimiento en materia sancionadora, teniendo en cuenta con precisión los hechos materia de infracción y la proporcionalidad en la sanción aplicada.
- Establecer un procedimiento que contemple el levante o despacho aduanero, mediante la tramitación previa a la llegada, remitiendo información y documentación mínima necesaria para tal fin, de manera que se agilice el proceso de despacho; en este caso, se recomienda contemplar la utilización del sistema de garantías previas.

- En este propósito de agilizar el tiempo del despacho aduanero, como un mecanismo de control, se considera la posibilidad de establecer y publicar los plazos promedio de levante.
- El control aduanero en la importación, exportación y tránsito, adoptando las medidas de control en el despacho aduanero en base a un sistema de gestión de riesgo.
- Se consideren regulaciones mediante las cuales se adopten medidas de facilitación para los operadores que cumplan determinadas condiciones de fiabilidad y solvencia, de manera que tengan un trato especial en el procedimiento aduanero de importación, exportación y tránsito de las mercancías. Se considera la posibilidad que este mecanismo permita tener un reconocimiento mutuo con otros países.
- Se implemente un mecanismo de levante rápido para la carga aérea de los envíos de entrega rápida, contemplando la presentación de la información antes de la llegada de los envíos mediante la presentación de un manifiesto único de los envíos de bajo valor los cuales estén inafectos de los tributos a la importación. Se busca que el tratamiento de los envíos de entrega rápida sea en un plazo razonable, sin considerar límite de peso ni valor y con la aplicación de un sistema de gestión de riesgo.
- No contemplar en las regulaciones alguna exigencia que implique cumplir con formalidades para certificar la documentación comercial mediante el servicio consular.
- Se contempla y fomenta la necesidad de cooperar y coordinar actividades de control de los organismos responsables del control en las fronteras de las administraciones aduaneras de los países fronterizos, de manera que se logre compatibilizar horarios de atención, formalidades, el uso de servicios comunes, etcétera.
- Establecer mecanismos que permitan reducir al mínimo, y dentro de lo necesario, las formalidades de importación, exportación y tránsito.
- Disponer de una ventanilla única que permita a los comerciantes presentar la documentación y/o información exigidas para la importación, la exportación o el tránsito de mercancías en un lugar común.
- Que se considere y evalúe la pertinencia de no exigir la participación obligatoria de los agentes de aduana en los procedimientos de despacho aduanero.
- Establecer condiciones que faciliten y permitan la libertad de tránsito, incluso mediante infraestructuras fijas.
- Constituir un Comité de Facilitación del Comercio con participación abierta de todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio, así como un comité nacional para facilitar la coordinación interna y la aplicación del Acuerdo.
- Para efectos de la aplicación del texto negociado se consideran disposiciones relativas al trato especial y diferenciado, así como se establecen categorías para el período de aplicación del Acuerdo: Categoría A, de aplicación inmediata; Categoría B, de aplicación en una fecha posterior a un período de transición; Categoría C, además de la postergación de un período de aplicación que se realicen actividades de asistencia técnica y apoyo a las capacidades de los países menos adelantados.

Lo antes reseñado, en términos de una apreciación general, considerando los avances logrados a través de los compromisos asumidos por nuestro país mediante la suscripción de los Tratados de Libre Comercio, nos permite afirmar que el texto desarrollado por el Grupo de Negociación de Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio estaría sistematizando y formalizando las disposiciones señaladas en dichos Tratados, y que gran parte de los cuales se viene cumpliendo.

III. LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS Y LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO INTERNACIONAL

El ámbito aduanero de la facilitación del Comercio Internacional viene siendo abor-

dado por la Organización Mundial de Aduanas. Al respecto, debemos señalar que en la década de los noventa del siglo pasado apreciamos una corriente importante de las administraciones aduaneras para lograr su modernización, profesionalización, y conducta ética y transparente de los funcionarios aduaneros.

Debemos destacar que la Organización Mundial de Aduanas es el principal propulsor de un instrumento sustancial e importante en materia de armonización de la legislación aduanera, la que se tiene en el conocido Convenio Simplificación y Armonización de Procedimientos Aduaneros de la Organización Mundial de Aduanas –Convenio de Kioto, en sus diversas versiones revisadas. En este Convenio se establecen los criterios sustanciales del procedimiento aduanero y la aplicación de los regímenes aduaneros.

Otro de los aportes actuales de la Organización Mundial de Aduanas, en materia de facilitación de comercio, está referido al mecanismo del Operador Eco-nómico Autorizado. En junio de 2005, el Consejo de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), en su periodo de sesiones en Bruselas, aprobó normas destinadas a garantizar y facilitar la circulación cada vez mayor de mercancías que se observa en el Comercio Internacional, considerando los criterios de seguridad en la cadena de suministro en la parte correspondiente de la logística del comercio internacional. Las normas emitidas por la Organización Mundial de Aduanas están contenidas en el denominado Marco Normativo SAFE (“Marco SAFE”), documento básico que contiene los principios fundamentales con respecto a la seguridad y facilitación de la cadena mundial de suministro.

Siguiendo estos criterios diversas administraciones aduaneras, entre ellas la peruana, han implementado la certificación de manera progresiva del Operador Económico Autorizado (OEA).

La **Ventanilla Única de Comercio Exterior** es un sistema integrado que permite a las partes involucradas en el comercio exterior y transporte internacional gestionar a través de medios electrónicos, y por un solo punto, los trámites requeridos por las entidades de control competentes para el tránsito, ingreso o salida del territorio nacional de mercancías. Este sistema

permite la información electrónica en un punto de contacto, reduciendo los costos y el tiempo en el trámite aduanero, y generando mayor certidumbre en el cumplimiento de los requisitos especialmente de las mercancías restringidas. Esta propuesta está vinculada al Modelo de Datos de la Organización Mundial de Aduanas.

Otro de los aspectos en los cuales interviene la Organización Mundial de Aduanas, está referido a la gestión de la destinación aduanera de las mercancías con anterioridad a la llegada de las mercancías, y la posibilidad de utilizar los mecanismos de garantía previa como formas de facilitar el flujo de las mercancías y reducir los tiempos de liberación de las mercancías.

En este sentido, se propugna el uso de las plataformas electrónicas y sistema de información que privilegian la información electrónica en la destinación aduanera de las mercancías. Al respecto, se ha venido incorporando el uso del Sistema Electrónico de Intercambio de Datos, las facilidades del pago electrónico, así como la posibilidad que ofrece la factura electrónica –se tiene en proyecto, a instancias de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional, la implementación de la Guía Aérea electrónica–, así como la posibilidad de la digitalización de los documentos que sustentan las Declaraciones.

En este punto cabe mencionar el importante crecimiento del comercio electrónico y sobre todo la participación de los usuarios finales en este tipo de comercio, constituyéndose en un segmento de gran potencial de desarrollo a nivel del Comercio Internacional.

Debemos mencionar también el importante trabajo de la Organización Mundial de Aduanas, en cuanto a la gestión y aplicación del Sistema armonizado de designación y codificación de mercancías de manera que la posición arancelaria a nivel de los seis dígitos permita clasificar la mercancía de manera común en todos los países que utilizan este Sistema. En este campo especializado, también se tiene la legislación relacionada al sistema de valoración aduanera que en la actualidad viene aplicándose siguiendo lo establecido por el Artículo VII del Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio.

La Organización Mundial de Aduanas, teniendo como base los criterios señalados en

la Declaración de Arusha, ha desarrollado trabajos relacionados a los códigos de conducta de los funcionarios aduaneros, que incluyen mecanismos de transparencia en el trabajo de los funcionarios aduaneros mediante políticas e instrumentos de regulación nacional que incluya la participación del sector privado.

Finalmente, podemos mencionar que la mayoría de las administraciones aduaneras vienen gestionando el control previo, concurrente o posterior, considerando procedimientos de procesamiento previo de información, perfiles de riesgo y la verificación de las mercancías de mayor riesgo. A este respecto, conviene señalar la necesidad de incorporar una importante fuente de información como es la proveniente de inteligencia comercial como parte integrante del sistema de gestión de riesgo.

IV. CONCLUSIONES

Consideramos que debemos entender la facilitación del Comercio Internacional bajo dos perspectivas:

- a. Como voluntad política y como criterio de política comercial de los Estados, esto es, un propósito permanente para contribuir al crecimiento del comercio, alcanzar menores costos y mayor rapidez en el flujo de las transacciones comerciales, y lograr un comercio legal y seguro.
- b. Como práctica, a fin de simplificar los procedimientos operativos y el proceso logístico del Comercio Internacional, involucrando el interés, y la participación directa e indirecta de todos los operadores del Comercio Internacional, a nivel de autoridades gubernamentales y de las organizaciones privadas.

Por ello, el propósito permanente a nivel de política comercial, y la urgente necesidad de una práctica comercial sencilla y rápida son los soportes sustanciales de una acción integral en materia de facilitación del Comercio Internacional.



VEINTE AÑOS DESPUÉS:
¿REFORMA CONSTITUCIONAL?

Nuevos Alcances de la Libre
Competencia y Propiedad Intelectual



**1er ENCUENTRO DE ESTUDIANTES
DE DERECHO LABORAL** SPTSS



**DERECHOS HUMANOS HOY:
NUEVAS PERSPECTIVAS Y RETOS**



**LEY GENERAL DEL TRABAJO:
EN BÚSQUEDA DE UNA
REGULACIÓN LABORAL UNIFORME**



**CONSULTA PREVIA:
DE LA NORMA A LA REALIDAD**



CÓDIGO CIVIL 1984:
Perspectivas y propuestas de reforma

LAS ISLAS Y SUS EFECTOS PARA LA DELIMITACIÓN MARÍTIMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA Y DEL TRIBUNAL INTERNACIONAL DEL DERECHO DEL MAR*

Pablo Moscoso de la Cuba**

Resolver temas limítrofes siempre ha implicado asomarse por terrenos escabrosos, debido a la complejidad de la materia y la sensibilidad que se requiere para dictar una medida equitativa y acorde a Derecho. El Derecho Internacional, así como varias ramas del Derecho que recurren a otras materias para tratar de perfeccionar su sistema aplicativo, necesita –entre otros– de conceptos geológicos y geográficos, a fin de reservar un mejor desarrollo jurisprudencial y doctrinal de cara a eventuales conflictos limítrofes.

En esta oportunidad, el autor ha desarrollado un curioso e interesante estudio sobre el tema limítrofe marítimo de las islas que, por sus cualidades geográficas, pretende quitarnos mucho análisis y reflexión.

* Este artículo ha sido escrito a título estrictamente personal y no representa o compromete la opinión o posición de ninguna entidad estatal. Las traducciones son libres.

** Abogado. Magíster en Derecho Internacional Público por la Universidad de Leiden, Países Bajos. Docente del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente trabaja en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Mar contemporáneo contiene una definición de “isla”, establece con qué zonas marítimas cuenta y diferencia entre las islas en general y una subcategoría de las mismas que no cuenta con la totalidad de esas zonas marítimas. Igualmente, establece normas y principios para delimitar los espacios marítimos de cualquier territorio terrestre que genere tales espacios, incluidas las islas, pero no establece criterios únicos sobre cómo efectuar esas delimitaciones.

La Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar han resuelto diversos casos sobre delimitación marítima entre Estados, en los cuales han tenido que considerar repetidas veces qué efectos otorgar a la presencia de una isla para la delimitación, o efectuar la delimitación en sí de las zonas marítimas que genera una isla. El propósito de este trabajo es determinar cuáles son esos efectos y cómo se efectúan tales delimitaciones.

Con ello en mente, el trabajo comenzará con un análisis de la definición legal de isla y de sus elementos. Seguidamente, se evaluará el efecto de la ausencia de un régimen especial para la atribución de zonas marítimas a las islas. Luego, se plantearán los escenarios en los que una isla podría tener efectos para la delimitación. Finalmente, se analizarán los casos de delimitación pertinentes y se culminará con una parte dedicada a las conclusiones.

II. DEFINICIÓN LEGAL DE ISLA

De acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CONVEMAR) de 1982 una “isla” se define legalmente como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se

encuentra sobre el nivel de ésta en pleamar”¹. Esta definición de origen convencional ha alcanzado también carácter consuetudinario². Puede afirmarse entonces que son cuatro los elementos de la definición legal de isla: Que sea una extensión de tierra, que tenga un origen natural, que esté rodeada de agua y que se encuentre sobre el nivel del agua en pleamar³. Veamos a continuación y separadamente estos cuatro elementos:

A. Una extensión de tierra

La CONVEMAR emplea el término “tierra” en su definición de “isla”, pero no en su acepción de “[m]aterial desmenuzable de que principalmente se compone el suelo natural”, sino tierra entendida como la “[p]arte superficial del planeta Tierra no ocupada por el mar”⁴. En otras palabras, para los efectos de esta definición es tierra todo aquello no ocupado por el mar, al margen del material del cual se componga.

En su sentencia de noviembre de 2012 sobre la controversia de *Nicaragua v. Colombia*, la Corte Internacional de Justicia debía decidir acerca de si una formación natural de coral llamada “QS 32” podía ser considerada una isla. Al respecto, señaló lo siguiente:

“La afirmación de Nicaragua, que QS 32 no puede ser considerada como una isla dentro del marco de definición establecida por el Derecho Internacional consuetudinario, por estar compuesta de restos de coral, no tiene mérito. El Derecho Internacional define una isla en referencia a si es una ‘extensión natural’ y si se encuentra sobre el nivel del mar en pleamar, no en referencia a su composición geológica. La evidencia fotográfica muestra que QS 32 está compuesta de material sólido, adherido al sustrato, y no de residuos sueltos. El hecho que la formación esté compuesta de coral es irrelevante”⁵.

¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. 1982. artículo 121.1 y “Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua”. 1958. artículo 10.1.

² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre y marítima (*Nicaragua v. Colombia*)”. Sentencia del 19 de noviembre de 2012. párrafo 139. En: <http://www.icj-cij.org/docket/files/124/17164.pdf>.

³ TANAKA, Yoshifumi. “The International Law of the Sea”. Cambridge: Cambridge University Press. 2012. pp. 63-64.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. “Diccionario de la Lengua Española”. Vigésima segunda edición. Tercera y segunda acepción de la palabra “tierra”. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=tierra>.

⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Op. cit. párrafo 37. Esta isla fue calificada por la Corte más adelante como roca.

No existe una extensión mínima, o máxima, con la que deba necesariamente contar una extensión de tierra para que sea considerada como isla. Gran Bretaña, Groenlandia y Madagascar están, por tanto, comprendidas en esta definición y son legalmente islas⁶.

Pero la Convención del Mar señala que “[s]alvo lo dispuesto”⁷ para las “rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia”⁸, “una isla” contará con mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental “de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres”⁹. De ello se deriva que tales “rocas” constituyen una clase particular de islas, una “excepción parcial”¹⁰ del régimen que se les aplica ya que “no tendrán zona económica exclusiva ni plataforma continental” como señala la Convención¹¹, pero sí, consecuentemente, mar territorial y zona contigua. Todas las rocas, entonces, son islas, pero no todas las islas son rocas.

No existe una definición legal de “islote”, ni de “cayo”, términos que se utilizan varias veces en la jurisprudencia que será analizada. Una formación así denominada será una “isla” si cumple con la definición legal de la misma. Será una “roca” si además se verifican en ella los criterios arriba señalados.

Vale la pena notar que las Convenciones de Ginebra de 1958 que fueron elaboradas durante la Primera Conferencia de las Na-

ciones Unidas sobre el Derecho del Mar no hacían esta distinción entre islas en general y “rocas” que gozan de menos espacios marítimos. Según la Convención sobre Mar Territorial y Zona Contigua de ese año todas las islas contaban con un mar territorial, pero de una anchura sin especificar ya que la propia Convención no estableció tal anchura para ningún caso¹². Por su parte, la Convención sobre Plataforma Continental les otorgaba a todas las islas una plataforma pero tal como estaban definidas las plataformas continentales en ese tratado, es decir “hasta una profundidad de 200 metros, o más allá de este límite, hasta donde la profundidad de las aguas suprayacentes permita la explotación de los recursos naturales”¹³.

En este contexto, se puede entender que la creación de la subcategoría legal de “rocas” en la Convención de 1982 fue la fórmula que se encontró para mantener sin modificaciones el concepto legal general de isla de 1958, pero a su vez evitando que todas las islas, sin excepción, puedan gozar de la extensa plataforma continental y zona económica exclusiva consagradas en la CONVEMAR¹⁴. Ello hubiese sido considerado excesivo y hubiese reducido considerablemente la alta mar y la zona internacional de los fondos marinos, que es patrimonio común de la humanidad¹⁵. Así, aunque algunas delegaciones se opusieron –como es el caso de Argelia y Turquía–, el artículo 121 se llegó a aprobar como una “solución sencilla y de buen sentido”¹⁶.

⁶ CHURCHILL, Robin y Vaughan LOWE. “The law of the sea”. Tercera edición. Manchester: Manchester University Press. 1999. p. 49.

⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 121.2.

⁸ *Ibíd.* artículo 121.3.

⁹ *Ibíd.* artículo 121.2.

¹⁰ CHURCHILL, Robin y Vaughan LOWE. Op. cit. Loc. cit.

¹¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 121.3. Para la Corte “incluso una isla que cae en la excepción indicada en el artículo 121 párrafo 3 de la CONVEMAR tiene derecho a un mar territorial”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. Op. cit. párrafo 176.

¹² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua”. 29 de abril de 1958. artículo 10.

¹³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de Ginebra sobre la Plataforma Continental”. 1958. artículo 1.

¹⁴ CRAWFORD, James. “Brownlie’s Principles of Public International Law”. Octava edición. Oxford: Oxford University Press. 2012. p. 262; REMIRO BROTONS, Antonio. “Derecho Internacional. Curso General”. Valencia: Tirant lo Blanch. 2010. p. 535.

¹⁵ TANAKA, Yoshifumi. Op. cit. p. 62.

¹⁶ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”. Decimoquinta edición. Madrid: Tecnos. 2011. p. 396.

B. De origen natural

De acuerdo a su definición legal, una isla debe ser necesariamente una formación natural. Sólo de esa manera una superficie no cubierta por el mar podrá gozar de las zonas marítimas que el Derecho Internacional atribuye a las islas.

Ello no implica que no se haya previsto legalmente la existencia de islas artificiales; por el contrario, la propia CONVEMAR las prevé y regula respecto de las diferentes zonas marítimas¹⁷. Pero estas “no poseen la condición jurídica de islas”, por lo que “[n]o tienen mar territorial propio” y, más aún, “su presencia no afecta la delimitación del mar territorial, de la zona económica exclusiva o de la plataforma continental”¹⁸.

C. Rodeada de agua

La definición legal de “isla” recoge en este aspecto un elemento central de su definición corriente¹⁹. Como se sabe, el hecho que una isla esté completamente rodeada de agua es lo que diferencia a una isla de una península, la cual está unida a una extensión mayor de tierra²⁰. Las penínsulas, sin embargo, no han merecido una regulación jurídica particular, ni cuentan con una definición legal de carácter convencional. No ha sido necesario, ya que para todos los propósitos se les aplica el régimen legal de cualquier espacio terrestre que genera zonas marítimas sobre las que un Estado puede ejercer competencias.

De acuerdo a este elemento de la definición, una isla puede perder tal condición si deja de estar rodeada de agua, por causas naturales o artificiales, como la construcción de una vía que la conecte al continente²¹.

D. Que se encuentre sobre el nivel del agua en pleamar

La pleamar es el nivel más alto de la marea. Es lo opuesto a la bajamar, la cual es empleada para trazar las líneas de base de los Estados ribereños²². En tanto una isla debe encontrarse permanente sobre el nivel del agua, se distingue de las elevaciones en bajamar, las cuales sólo quedan sumergidas en la pleamar²³.

El régimen legal de tales elevaciones difiere considerablemente del que se aplica a las islas. Estas elevaciones no generan por sí solas zonas marítimas, pero sí pueden utilizarse para establecer las líneas de base del Estado ribereño, siempre que se encuentren a menos de doce millas marinas de sus costas. Si se encuentran más allá de esas doce millas no se pueden utilizar para ese propósito. La CONVEMAR señala que en esos supuestos no contarán con “mar territorial propio”²⁴, vale decir, que no podrán ser utilizadas para establecer líneas de base y proyectar el mar territorial y otras zonas marítimas que corresponden a su Estado.

III. LA AUSENCIA DE UN RÉGIMEN LEGAL ESPECIAL PARA LA ATRIBUCIÓN DE ZONAS MARÍTIMAS A LAS ISLAS

Tal como se ha indicado, salvo el caso de las “rocas”, la Convención del Mar indica que las islas cuentan con espacios marítimos “de conformidad con las disposiciones de esta Convención aplicables a otras extensiones terrestres”²⁵. Igualmente, es un hecho que durante la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no tuvieron éxito algunas propuestas iniciales para diferenciar la atribución de espacios marítimos de las islas de acuerdo a su tamaño,

¹⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 11 (en el mar territorial), 60.1.a (en la zona económica exclusiva), 80 (sobre la plataforma continental) y 87.1.d (en altamar).

¹⁸ *Ibid.* artículo 60.8.

¹⁹ REALACADEMIA ESPAÑOLA. Op. cit. Primera entrada de la palabra “isla”. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=isla>.

²⁰ *Ibid.* Única entrada del término “península”. En: <http://lema.rae.es/drae/?val=peninsula>.

²¹ TANAKA, Yoshifumi. Op. cit. p. 64.

²² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 5 y 7.

²³ *Ibid.* artículo 13.1.

²⁴ *Ibid.* artículo 13.2.

²⁵ *Ibid.* artículo 121.2.

población, contigüidad al territorio principal o por ubicarse sobre la plataforma continental de otro Estado, entre otros²⁶.

En tal sentido, no se llegó a crear un régimen diferenciado para las islas, separado del régimen general de los demás espacios terrestres. Por tal motivo, puede afirmarse que “todas las islas, tal como están definidas [legalmente], cuentan como territorio terrestre”²⁷.

La Corte Internacional de Justicia ha llegado a la misma conclusión. En su sentencia sobre el fondo del asunto en el caso sobre delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin (en el año 2001) la Corte señaló que:

“De acuerdo con el artículo 121, párrafo 2, de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982, el cual refleja el Derecho Internacional consuetudinario, las islas, sin importar su tamaño, en este aspecto disfrutan del mismo estatuto, y, por consiguiente, generan los mismos derechos marítimos, que otros territorios terrestres”²⁸. Ya que en términos generales, salvo para las “rocas”, no se distingue entre las zonas marítimas que generan las islas y las zonas marítimas que generan otros espacios terrestres; ¿cuál es la necesidad de contar con una definición legal de isla? ¿No hubiese bastado con distinguir entre las “rocas” no aptas para mantener vida humana o una vida económica propia y todos los demás espacios terrestres?

La respuesta parece ser que la Convención del Mar emplea el término “isla” en diferentes

escenarios y para propósitos diversos, por lo que era conveniente brindar una definición de qué constituye exactamente una isla para esos otros propósitos de la Convención²⁹.

IV. ISLAS Y DELIMITACIÓN MARÍTIMA

Toda isla genera entonces, por lo menos, un mar territorial. Si esa u otra zona marítima que proyecta una isla se superpone a la zona o zonas marítimas que genera cualquier territorio de otro Estado, entonces surge la necesidad de delimitar o establecer un límite marítimo entre Estados. Tal como señaló el Tribunal Internacional del Derecho del Mar en 2012, “la delimitación presupone un área de derechos que se superponen”³⁰ por lo que “la tarea de delimitar consiste en resolver los derechos que se superponen mediante el trazado de una línea de separación entre las áreas marítimas involucradas”³¹.

Debe tenerse en cuenta que el hecho de que las islas puedan proyectar zonas marítimas no significa que necesariamente las vayan a mantener intactas en caso se superpongan a las zonas que proyecta otro Estado. Por el contrario, la delimitación implica necesariamente un reparto de la zona de superposición.

Respecto del mar territorial, la delimitación se efectúa, en principio, mediante el empleo de “una línea media” (salvo acuerdo en contrario, derechos históricos, o por otras circunstancias especiales)³², en el caso de la zona económica exclusiva y la plataforma continental, la delimitación deberá tener como objeto “llegar a una solución equitativa”³³,

²⁶ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. Op. cit. pp. 395-396.

²⁷ CRAWFORD, James. Op. cit. p. 295.

²⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Sentencia de Fondo. 2001. p. 97, párrafo 185.

²⁹ Existen, por ejemplo, disposiciones sobre las líneas de base de islas situadas en atolones o islas bordeadas por arrecifes (artículo 6), sobre las líneas de base rectas en caso de una franja de islas a lo largo de la costa (artículo 7.1), sobre cómo medir una bahía en caso existan islas (artículo 10.3), sobre la presencia de elevaciones en bajamar cercanas a una isla (artículo 13), sobre la no existencia de un derecho de paso en tránsito en un estrecho formado por una isla de un estado ribereño del estrecho cuando haya otra ruta de alta mar (artículo 38.1), sobre islas como parte de la definición de los Estados archipelágicos (artículo 46), entre otras.

³⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia concerniente a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (*Bangladesh v. Myanmar*)”. Sentencia de 14 de marzo de 2012. párrafo 397.

³¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre y marítima (*Nicaragua v. Colombia*)”. Op. cit. párrafo 141.

³² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 15.

³³ *Ibid.* artículos 74 y 83.

sin especificar el tipo de línea que se debe emplear. En ambos casos, la línea media o la solución equitativa puede significar recortar considerablemente las zonas marítimas que la isla genera. Exactamente lo mismo ocurre con cualquier otro espacio terrestre que genere zonas marítimas que se superponen a las de otro Estado.

Pero la Convención del Mar no especifica de qué forma se debe llegar a esa solución equitativa o qué “circunstancias especiales” pueden afectar el trazado de la línea media que delimita un mar territorial. Ello depende de la voluntad de las partes o, de ser el caso, de la Corte o Tribunal Internacional que efectúa la delimitación.

La Corte Internacional de Justicia ha desarrollado un método de delimitación, empleado también por el Tribunal del Mar, cuyos aspectos principales se han venido utilizando al margen de qué espacio marítimo se esté delimitando. Ese método consiste en aplicar tres pasos separados y según la Corte fueron “explicados a grandes rasgos en el caso concerniente a la **Plataforma Continental**” entre Libia y Malta y que “han sido en décadas recientes especificados con precisión”³⁴. A continuación los detallamos:

“Primero, la Corte establece una línea de delimitación provisional utilizando métodos que son geográficamente objetivos y además apropiados para la geografía del área en la que la delimitación tiene lugar. En lo que se refiere a la delimitación entre costas adyacentes, una línea equidistante será trazada a menos que existan razones imperiosas que hagan esto impracticable en el caso concreto [...] En lo que se refiere a costas opuestas, la delimitación provisional consistirá en una línea media entre las dos costas”³⁵.

Nótese que la Corte prefiere el término “línea equidistante” para costas adyacentes y “línea media” para costas situadas frente a frente. Luego del anterior paso, se

debe tener en cuenta en cuenta que: “La orientación de la línea final debe lograr una solución equitativa (artículos 74 y 83 de la CONVEMAR). Por lo tanto, la Corte en el siguiente paso, considerará si existen factores que requieran el ajuste o cambio de la línea equidistante provisional para llegar a una solución equitativa [...]”³⁶.

Por último, “en un tercer paso, la Corte verificará que la línea (una línea equidistante provisional que puede o no haber sido ajustada tomando en cuenta las circunstancias relevantes) no conduzca, tal como se encuentra, a un resultado inequitativo debido a una marcada desproporción en la relación de las respectivas longitudes de costa y la proporción entre el área marítima relevante de cada Estado en referencia a la línea de delimitación [...]”³⁷.

Si se toma como referencia este método de delimitación jurisprudencial, el efecto a otorgar a una isla en una delimitación podría evaluarse en razón a qué papel tuvo la isla en esos pasos. Para los propósitos de este trabajo, nos interesan en particular los dos primeros pasos, ya que el tercer paso es una verificación *a posteriori* y la desproporción de costas en sí es tomada en cuenta en el segundo paso como una forma de ajustar la línea provisional. Entonces, el efecto de la isla se podrá determinar en base a si fue empleada para el trazado de la línea provisional (primer paso) o si, más bien sirvió o no para ajustar tal línea (segundo paso).

V. ANÁLISIS DE CASOS

A la fecha (abril de 2013), la Corte Internacional de Justicia y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar han resuelto el fondo de doce casos sobre delimitación marítima entre Estados. La totalidad de tales casos ha involucrado a islas, por lo que todas las sentencias sobre el fondo se han pronunciado de una u otra forma sobre el tema. Tales casos serán vistos a continuación en orden cronológico.

³⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima en el Mar Negro (*Rumanía v. Ucrania*)”. Sentencia de 3 de febrero de 2009. p. 101, párrafo 116.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibid.* párrafo 120.

³⁷ *Ibid.* p. 103, párrafo 122.

A. Casos de la plataforma continental del Mar del Norte (*República Federal de Alemania v. Dinamarca, y República Federal de Alemania v. Países Bajos*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de febrero de 1969

En estos dos casos, unidos a petición de las partes en un solo procedimiento y una sola sentencia, a la Corte no se le pidió que establezca un límite, sino que determine qué “principios y normas de Derecho Internacional son aplicables a la delimitación entre las partes respecto a las áreas de plataforma continental en el Mar del Norte que corresponden a cada una de ellas”³⁸. La delimitación en sí quedaría a ser efectuada por las partes mediante un acuerdo sobre la base de esta decisión.

En la costa de los tres Estados sobre el Mar del Norte se encuentran las Islas Frisias o Islas Frisonas, una cadena de numerosas pequeñas islas que forman parte de los territorios de los tres Estados³⁹. Ni los acuerdos especiales celebrados entre las partes para someter la controversia a la Corte, ni la sentencia de ésta las mencionan expresamente. Sin embargo, en la sentencia se indica que tanto Dinamarca cuanto los Países Bajos argumentaron que las consideraban como “circunstancias especiales” para los efectos de la regla del artículo 6 de la Convención sobre Plataforma Continental de 1958: “[S]ólo la presencia de un accidente geográfico especial, menor en sí mismo –tal como un islote o una pequeña protuberancia– pero ubicado en tal lugar que produzca un desproporcionado efecto distorsionador en lo que de otra manera sería una línea limítrofe aceptable [...]”⁴⁰.

Si bien la Corte no desarrolló más esa noción y consideró que no podía aplicar la aludida regla de la Convención de 1958 por no formar parte del Derecho consuetudinario (Alemania Federal no era parte de ese tratado)⁴¹, sí determinó en la parte dispositiva de la sentencia que “la delimitación se deberá efectuar por acuerdo de conformidad con principios equitativos y tomando en consideración **todas las circunstancias relevantes**”⁴² [El énfasis es nuestro]. En tal sentido, la Corte indicó que “en el curso de las negociaciones, los factores a ser tomados en consideración incluyen: [...] La configuración general de las costas de las partes, así como la presencia de cualquier accidente geográfico especial o inusual”⁴³.

La Corte también señaló, a modo de precisión, que se debe distinguir entre la delimitación de plataformas continentales de Estados con costas adyacentes y de Estados con costas situadas frente a frente. En este segundo caso, la delimitación, afirmó, ofrece “menor dificultad”, por lo que se puede establecer una línea media “ignorando la presencia de islotes, rocas y proyecciones costeras menores, cuyo desproporcionado efecto distorsionador puede ser eliminado por otros medios”⁴⁴. Al margen que esta aclaración no tenía efectos prácticos en este caso, ella evidencia que la Corte vislumbraba por lo menos un caso expreso en el que tales accidentes geográficos pueden ser ignorados para establecer una línea media.

El 28 de enero de 1971 la República Federal de Alemania concluyó tratados separados con los dos Estados estableciendo los límites de sus plataformas continentales

³⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental del Mar del Norte”. Sentencia. 1969. p. 6. Ver los artículos 1 de los acuerdos especiales de 1967 entre Dinamarca y Alemania Federal, y entre Países Bajos y Alemania Federal.

³⁹ “Diccionario Enciclopédico Salvat”. Volumen 12. Barcelona: Salvat. 1985. pp. 1675-1676.

⁴⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental del Mar del Norte”. Op. cit. p. 20, párrafo 13. De acuerdo con el artículo 6.1 de la Convención sobre Plataforma Continental de 1958: “Cuando una misma plataforma continental sea adyacente al territorio de dos o más Estados cuyas costas estén situadas una frente a la otra, su delimitación se efectuará por acuerdo entre ellos. A falta de acuerdo, y salvo que circunstancias especiales justifiquen otra delimitación, ésta se determinará por la línea media [...]”. Debe tenerse en cuenta que no existe una definición legal de “islote” pero si uno así llamado cumple con los elementos de la definición legal entonces es considerado una isla.

⁴¹ *Ibid.* p. 25, párrafo 26 y p. 46, párrafo 83.

⁴² *Ibid.* p. 53, párrafo 101. En otro párrafo la Corte había usado la expresión “circunstancias especiales jurídicamente relevantes”. *Ibid.* p. 20, párrafo 14.

⁴³ *Ibid.* pp. 53-54, párrafo 101.

⁴⁴ *Ibid.* p. 36, párrafo 57.

en aplicación expresa de la sentencia⁴⁵. Ninguno de los tratados menciona qué valor se otorgó, de haber sido el caso, a las Islas Frisias para el establecimiento del límite⁴⁶.

B. Caso concerniente a la plataforma continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 24 de febrero de 1982

En este caso, las partes también solicitaron a la Corte que declare qué principios y normas del Derecho Internacional se deben aplicar para la delimitación de sus plataformas continentales, dejando la delimitación en sí a ser efectuada entre ellas mediante un acuerdo posterior que incorpore lo decidido por la Corte⁴⁷. Sin embargo, a diferencia del caso del Mar del Norte, en esta sentencia de la Corte se mencionó expresamente: “Ambas partes han por supuesto incluido entre los elementos que, afirman, deben ser tomados en cuenta como ‘circunstancias relevantes que caracterizan el área’, el factor que fue referido en la Sentencia de la Corte en los casos de la **Plataforma Continental del Mar del Norte** como ‘la configuración general de las costas de las partes, así como la presencia de cualquier accidente geográfico especial o inusual’ [...] En su petitorio, Túnez ha especificado como parte de las circunstancias relevantes la presencia de islas, islotes y elevaciones de bajamar que forman parte del frente costero oriental de Túnez [...]”⁴⁸.

La primera de esas formaciones es la isla de Djerba, situada muy cerca a la costa Tunesina, con una superficie de 514 kilómetros cuadrados y una considerable población permanente⁴⁹. Una segunda es el grupo

llamado islas de Kerkennah, que se encuentra más al norte, unas once millas al este de la costa continental de Túnez, a la altura del pueblo de Sfax. Ese grupo de islas tiene unos 180 kilómetros cuadrados de área y está rodeado de un cinturón de elevaciones de bajamar que tiene un ancho de entre nueve y veintisiete kilómetros⁵⁰.

La Corte no estuvo de acuerdo en excluir *a priori* esas islas, como lo solicitó Libia⁵¹, pero sí hizo una diferenciación importante entre ellas: “El método práctico para la delimitación a ser desarrollado por la Corte a continuación es tal que, en la parte del área a ser delimitada, en la que sería relevante la isla de Djerba, existen otras consideraciones que prevalecen sobre el efecto de su presencia; la existencia y posición de las islas de Kerkennah y las elevaciones de bajamar que las rodean, por otro lado, son pertinentes”⁵².

Djerba, al encontrarse tan cerca a la costa, y proyectando zonas marítimas sobre las áreas donde la costa continental tunesina limítrofe a Libia también se proyectaba, fue simplemente ignorada por la Corte⁵³. En cambio, las islas de Kerkennah, al estar ubicadas más al norte y algo más alejadas de la costa, sí fueron tomadas en cuenta. Pero la Corte redujo su efecto sobre la delimitación ya que otorgarles un efecto completo “significaría, en las circunstancias del caso, equivalente a darles un peso excesivo”⁵⁴.

La Corte consideró que ello era congruente con la práctica estatal, la cual muestra muchos casos “en los que sólo se ha dado un efecto parcial a las islas situadas cerca a la costa”. Así, la Corte decidió aplicar a las islas

⁴⁵ SCHULTE, Constanze. “Compliance with Decisions of the International Court of Justice”. Oxford: Oxford University Press. 2004. p. 139.

⁴⁶ Los tratados pueden ser consultados en: <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/STATEFILES/DEU.htm>.

⁴⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia)”. Sentencia. 1982. pp. 21-22, párrafos 1-2.

⁴⁸ *Ibid.* p. 62, párrafo 76.

⁴⁹ TANAKA, Yoshifumi. “Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation”. Oxford: Hart Publishing. 2006. p. 192.

⁵⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (Túnez v. Jamahiriya Árabe Libia)”. *Op. cit.* p. 89, párrafo 128.

⁵¹ *Ibid.* p. 63, párrafo 79.

⁵² *Ibid.* p. 64, párrafo 79.

⁵³ *Ibid.* p. 85, párrafo 120.

⁵⁴ *Ibid.* p. 89, párrafo 128.

de Kerkennah el método del “medio efecto”⁵⁵, presente en la práctica estatal, y así lo señaló en su sentencia. Las partes finalmente establecieron el límite mediante un tratado concluido en agosto de 1988⁵⁶.

Se desprende del caso que el efecto a otorgar a una isla o grupo de islas en una delimitación estaría vinculado a su posición geográfica en relación a las demás costas de su Estado y del otro Estado. Ese efecto no tiene que ser completo, puede ser parcial.

C. Caso concerniente a la delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine (*Canadá v. Estados Unidos de América*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 12 de octubre de 1984

Este fue el primer caso en el que se solicitó a la Corte que establezca el límite marítimo, en lugar de tan sólo indicar los principios y normas aplicables a la delimitación; y fue el primer caso que involucró no sólo la plataforma continental, sino también la delimitación del agua que la cubre, denominada en este caso “zona de pesquería”. Ello está vinculado a la aparición de nuevos espacios marítimos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, adoptada en 1982, pero no todavía en vigor. Por otro lado, al igual que los dos casos anteriores, fue sometido a la Corte de común acuerdo mediante la notificación del “compromiso” o acuerdo especial de las partes (artículo 40, inciso 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Las costas del Golfo de Maine son notables por la presencia de un gran número de pequeñas islas y rocas cercanas a la costa. Al respecto, la sentencia llega a resaltar “las desventajas inherentes a cualquier método que emplee pequeñas islas, rocas inhabitadas o elevaciones en bajamar, a veces ubicadas a una distancia considerable de la tierra firme, como puntos de base para el trazado de una línea” que reparta una zona, ya que “[s]i cualquiera de esos accidentes geográficos posee algún grado de importancia, nada impide que sub-

secuentemente se les conceda un limitado efecto correctivo”⁵⁷.

Así, la Corte decidió trazar una primera línea de delimitación, una línea media, con carácter provisional, la cual no tomó en cuenta a los referidos accidentes geográficos. Luego la Corte tomó nota de “la presencia, frente a Nueva Escocia, de la isla de la Foca y ciertos islotes cercanos a ella”, determinando que: “La isla de la Foca (junto con su vecina menor, la isla Mud), por razones tanto de sus dimensiones y, más aún, de su posición geográfica, no puede ser ignorada para el presente propósito [corregir la línea media provisional]. De acuerdo con la información disponible [...] tiene unas dos millas y media de extensión, se eleva a una altura de cincuenta pies sobre el nivel del mar y está habitada todo el año. Es aún más pertinente observar que, como resultado de su situación frente al Cabo Sable, a sólo unas nueve millas de la línea de cierre del Golfo, la isla ocupa una posición imponente en la entrada del Golfo”⁵⁸.

Debido a lo anterior, la Corte otorgó “medio efecto” a la isla de la Foca, modificando la línea media provisional consecuentemente. Si bien no se detalla exactamente por qué otorgar “medio efecto” a esta isla, en lugar de algún otro tipo de efecto (lo mismo ocurrió en *Túnez v. Libia*), ni tampoco se va más allá en el examen de la práctica estatal, se puede observar que va emergiendo un patrón: En un primer momento se traza una línea media o equidistante sin tener en cuenta accidentes geográficos que puedan generar una distorsión en la línea y, seguidamente, se modifica esa línea para darle algún efecto a aquellos accidentes geográficos como islas que requieran ser tomadas en cuenta.

D. Caso concerniente a la plataforma continental (*Jamahiriyá Árabe Libia v. Malta*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de junio de 1985

La República de Malta es un Estado compuesto por las islas de Malta (con un área de

⁵⁵ *Ibíd.* p. 89, párrafo 129.

⁵⁶ SCHULTE, Constanze. *Op.cit.* p. 162.

⁵⁷ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación de la frontera marítima en el área del Golfo de Maine”. Sentencia. 1984. pp. 329-330, párrafo 201.

⁵⁸ *Ibíd.* pp. 336-337, párrafo 222.

246 kilómetros cuadrados), Gozo (sesenta y seis kilómetros cuadrados), Comino (2,7 kilómetros cuadrados) y Cominotto (menos de un kilómetro cuadrado). Además cuenta con la roca inhabitada de Filfla, pocos kilómetros al sur de la isla de Malta⁵⁹. A pesar de su configuración, Malta no se ha declarado en ningún momento como “Estado archipelágico” para los efectos del moderno Derecho del Mar⁶⁰.

La entonces llamada Jamahiriya Árabe de Libia se encuentra en el Norte de África, y cuenta con una extensa costa a lo largo del Mediterráneo Central⁶¹. La distancia entre el punto más al sur de Malta y el punto más cercano de Libia es de unos 340 kilómetros (183 millas marinas)⁶². Por ello, si los dos Estados proyectasen plataformas continentales de hasta doscientas millas marinas de extensión, éstas necesariamente se superpondrían.

El asunto fue sometido conjuntamente a la Corte Internacional de Justicia, en virtud a un acuerdo especial de mayo de 1976⁶³. Adviértase que el caso sólo involucró la delimitación de plataformas continentales (los mares territoriales de las partes no se superponían) y las partes no habían proclamado aún zonas económicas exclusivas⁶⁴. El Derecho aplicable era la Costumbre Internacional⁶⁵.

La Corte tomó nota que las “partes están de acuerdo en que los derechos sobre la plataforma continental son los mismos para una isla que para el territorio continental”⁶⁶. También indicó que el hecho que Malta constituye un “Estado insular” le otorgue un “estatus especial en relación a sus derechos sobre una plataforma continental [...]”

Simplemente, ya que Malta es independiente, la relación de sus costas con las costas de sus vecinos es diferente de lo que sería si fuese parte del territorio de uno de ellos. En otras palabras, bien podría ser que los límites marítimos en esta región serían diferentes si las islas de Malta no constituyeran un Estado independiente”⁶⁷.

Para la determinación de la línea de delimitación, la Corte una vez más partió por establecer una línea media de carácter provisional. Pero, para el trazado de esa línea provisional, la Corte ignoró la roca inhabitada de Filfla ya que debía cuidarse de “eliminar el efecto desproporcional” que ella generaba. En tal sentido, consideró que “es equitativo no tener en cuenta a Filfla en el cálculo de la línea media provisional entre Malta y Libia”⁶⁸.

La Corte luego tomó en cuenta que la costa relevante libia tenía 192 millas de extensión y la costa relevante de Malta, veinticuatro. Esa “diferencia es tan grande”, señaló la Corte, “que justifica el ajuste de la línea media para atribuir una mayor área de plataforma a Libia”⁶⁹. Para establecer cuánto modificar la línea provisional, la Corte tomó en cuenta que tan sólo a cuarenta y tres millas marinas al norte de Malta⁷⁰ se encuentra la mucho más extensa isla de Sicilia, que forma parte de Italia. La Corte Internacional de Justicia indicó lo siguiente: “Supóngase, en aras de la discusión, que las islas maltesas fueran parte del territorio italiano y que se estuviesen delimitando las plataformas continentales de Libia e Italia [...] Por lo menos alguna consideración se tendría de las islas de Malta e, incluso si se les diera un efecto mínimo, el límite de las plataformas continentales entre Italia y Libia se encontraría algo más al sur de la línea media entre las

⁵⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (*Jamahiriya Árabe Libia v. Malta*)”. Sentencia. 1985. p. 20, párrafo 15.

⁶⁰ TANAKA, Yoshifumi. “The International Law of the Sea”. Op.cit. p. 109.

⁶¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Plataforma continental (*Jamahiriya Árabe Libia v. Malta*)”. Op. cit. p. 20, párrafo 15.

⁶² *Ibid.* pp. 20-21, párrafo 16.

⁶³ *Ibid.* pp. 15-16, párrafos 1-2.

⁶⁴ *Ibid.* p. 22, párrafo 17.

⁶⁵ *Ibid.* p. 29, párrafo 26 y p. 55, párrafo 77.

⁶⁶ *Ibid.* p. 42, párrafo 52.

⁶⁷ *Ibid.* p. 42, párrafo 53.

⁶⁸ *Ibid.* p. 48, párrafo 64.

⁶⁹ *Ibid.* p. 50, párrafo 68.

⁷⁰ *Ibid.* p. 20, párrafo 16.

costas de Sicilia y Libia. Ya que Malta no es parte de Italia, sino un Estado independiente, no puede ser el caso que, respecto de sus derechos sobre la plataforma continental, se encuentra en una peor posición debido a su independencia. Por tanto, es razonable asumir que un límite equitativo entre Libia y Malta debe ubicarse al sur de la hipotética línea media entre Libia y Sicilia [...]”⁷¹.

De esta forma, la presencia de Sicilia, un factor geográfico ajeno a Libia y Malta, determinó que la línea a trazar no se acerque tanto a Malta como para perjudicarla por ser un Estado independiente. En base a la decisión de la Corte las partes concluyeron un tratado el 10 de noviembre de 1986⁷².

El hecho que la Corte haya ignorado la roca llamada “Filfla” para el establecimiento de la línea equidistante provisional muestra que no se tienen que emplear necesariamente las líneas de base establecidas por el Estado ribereño en un proceso de delimitación marítima. Por otro lado, que Malta sea un “Estado insular” sólo se tomó en cuenta para determinar que por ello no se perjudique al contar con costas menos extensas que las costas relevantes de Libia.

E. Caso concerniente a la controversia terrestre, insular y marítima (*El Salvador v. Honduras; Nicaragua interviniente*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 11 de septiembre de 1992

En este asunto, la Corte tuvo que determinar el curso del límite terrestre entre El Salvador y Honduras, establecer a qué Estado correspondía la soberanía sobre ciertas islas en el Golfo de Fonseca y determinar la condición jurídica de los espacios marítimos correspondientes. La Corte determinó que el Golfo de Fonseca constituía una bahía histórica y que, hasta que las partes dispongan algo distinto, la soberanía sobre sus aguas

debía ser disfrutada de forma conjunta por El Salvador, Honduras y Nicaragua (este último había sido admitido como Estado interviniente en el caso), salvo una estrecha franja de tres millas marinas a lo largo del litoral de cada uno de los Estados⁷³.

Debido a lo especial de este caso, las zonas marítimas que proyectan las islas ubicadas dentro del Golfo de Fonseca tienen un *status* muy particular y su delimitación no serviría como antecedente para otros casos que involucren islas en circunstancias normales.

F. Caso concerniente a la delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen (*Dinamarca v. Noruega*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 14 de junio de 1993

Este caso, iniciado por una demanda de Dinamarca, fue el primer caso presentado en el que sólo se tenían que delimitar las zonas marítimas de dos islas. Curiosamente, ambas islas eran dependencias de Estados que se encuentran alejados y no había otras proyecciones marítimas de ellos o terceros a tener en cuenta. El Derecho aplicable para la delimitación de la plataforma continental era la Convención de 1958 sobre la materia; la Costumbre Internacional se aplicaba para la delimitación de la “zona de pesquería”, correspondiente a las aguas entre ambas islas⁷⁴. Es de notar que la aplicación de ambos regímenes produjo el mismo resultado.

Las dos islas, ubicadas en el Océano Atlántico al norte de Islandia, están separadas por unas 250 millas marinas de mar⁷⁵. Las costas de cada una que proyectan zonas marítimas que se superponen –las “costas relevantes” para los efectos de la delimitación– presentan una marcada desproporción. Mientras que Jan Mayen tiene 57,8 kilómetros de costas relevantes orientadas hacia Groenlandia, esta segunda cuenta con 524 kilómetros, siendo la relación de uno a 9,2 en favor de Groenlandia⁷⁶.

⁷¹ *Ibíd.* p. 51, párrafo 72.

⁷² SCHULTE, Constanze. *Op. cit.* p. 181.

⁷³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre, insular y marítima (*El Salvador v. Honduras; Nicaragua interviniente*)”. Sentencia. 1992. pp. 616-617, párrafos 431-432.

⁷⁴ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima en el área entre Groenlandia y Jan Mayen”. Sentencia. 1993. p. 52, párrafo 31 y p. 57, párrafo 42.

⁷⁵ *Ibíd.* p. 44, párrafo 11.

⁷⁶ *Ibíd.* p. 65, párrafo 61.

La Corte partió por establecer una línea media provisional, a ser modificada por la presencia de “circunstancias relevantes” que lo hagan necesario. Uno de los temas en discusión fue si se le debía otorgar efecto pleno a Jan Mayen, teniendo en cuenta las grandes diferencias entre ella y Groenlandia (no tenía una población permanente, sino un equipo técnico de veinticinco personas que habitaba y trabajaba temporalmente ahí)⁷⁷. Si bien Dinamarca no llegó a alegar que Jan Mayen calificase como una “roca”, sí se oponía a darle efecto pleno para la delimitación. La Corte encontró que “no hay razón para considerar la naturaleza limitada de la población de Jan Mayen o factores socio-económicos como circunstancias a ser tomadas en cuenta”⁷⁸ para la delimitación.

La sentencia confirma que Jan Mayen, por el simple hecho de poseer costas, tenía derecho a proyectar zonas marítimas: “La Corte observa que la atribución de zonas marítimas al territorio de un Estado, la cual, por su naturaleza, está destinada a ser permanente, es un proceso legal basado únicamente en la posesión de una costa por parte del territorio concernido”⁷⁹.

En este caso se puede observar cómo cuando se delimitan sólo zonas marítimas provenientes de islas, la delimitación se efectúa como la de cualquier otro espacio terrestre con acceso al mar; la condición jurídica de isla pierde toda relevancia y lo que se toma en cuenta son criterios exclusivamente geográficos como la extensión y proporción de las costas relevantes.

G. Caso concerniente a la delimitación marítima y otras cuestiones territoriales (Qatar v. Baréin), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 16 de marzo de 2001

Este fue un caso complejo que involucró una gran cantidad de islas, rocas y elevaciones en bajamar, pertenecientes a dos pequeños

Estados, uno de los cuales está completamente compuesto por tales formaciones (Baréin), siendo el territorio principal del otro la península de Qatar. Las proyecciones marítimas de ambos se superponían en una zona relativamente pequeña del Golfo Pérsico, que estaba, a su vez, rodeada por las proyecciones marítimas de otros Estados. Debido a las cortas distancias entre las costas correspondientes en la zona donde se ubican las pequeñas islas y otras formaciones mencionadas, en esa zona sólo se delimitaron mares territoriales⁸⁰.

El Derecho aplicable era el Derecho consuetudinario en tanto ninguno de los dos Estados era parte de la Convención de Ginebra de 1958 sobre Mar Territorial y sólo Baréin había ratificado la CONVEMAR⁸¹.

Es de notar que Baréin llegó a afirmar ante la Corte que si bien no se había declarado un Estado archipelágico para los efectos de la Parte IV de la Convención del Mar, *de facto* lo era y esto era un factor que la Corte debía tomar en cuenta⁸². Al margen de si tal situación podía ser oponible a Qatar, que no era parte de la Convención del Mar, las consecuencias de tal determinación hubieran podido afectar considerablemente el resultado de la delimitación. Ello porque los Estados archipelágicos pueden trazar “líneas de base archipelágicas” que unan los puntos de las islas y los arrecifes más alejados del archipiélago, proyectando sus mares territoriales y demás zonas marítimas a partir de esas líneas⁸³. La Corte Internacional de Justicia, sin embargo, consideró que no tenía por qué determinar si Baréin era un Estado archipelágico ya que no era un punto formal del petitorio que se le había presentado, por lo que procedió a delimitar sin tener en cuenta esa potencial situación. El Estado de Baréin, por cierto, no se ha declarado archipelágico con posterioridad a la sentencia⁸⁴.

⁷⁷ Ibid. p. 46, párrafo 15.

⁷⁸ Ibid. p. 74, párrafo 80.

⁷⁹ Ibid. p. 74, párrafo 80.

⁸⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Op. cit. p. 91, párrafo 169.

⁸¹ Ibid. p. 91, párrafo 167.

⁸² Ibid. p. 96, párrafo 181.

⁸³ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 47.1 y 48.

⁸⁴ TANAKA, Yoshifumi. “The International Law of the Sea”. Op. cit. p. 109.

Además de las costas principales de las partes, la delimitación involucró al grupo de islas Hawar, a la isla Janan y a la isla Qit'at Jaradah, entre otras formaciones menores. Las islas Hawar, territorio de Baréin, se encuentran a unas diez millas marinas de la principal isla de ese Estado pero muy cerca de la península de Qatar, a unos 250 metros de distancia de su punto más cercano⁸⁵. Respecto a ellas, la Corte determinó que el límite debía pasar “entre las islas Hawar y la península de Qatar”⁸⁶ [El énfasis es nuestro], por lo que se entiende que les otorgó efecto pleno (no las ignoró) para el trazado de la línea media provisional, ni las enclavó en las aguas de Qatar.

El mismo efecto se le dio a la isla Janan, correspondiente a Qatar, de 700 metros de longitud y ubicada a 1,6 millas marinas de la principal isla del grupo Hawar de Baréin⁸⁷. Respecto a esta isla, la Corte trazó también una línea media entre ella y las islas Hawar⁸⁸. En cambio, la Corte no tomó en cuenta a la pequeña isla de Qit'at Jaradah, correspondiente a Baréin pero con una superficie en pleamar de doce por cuatro metros⁸⁹. Debido a su ubicación y tamaño, la Corte no la tomó en cuenta para el trazado de la línea provisional, pues consideró que si lo hacía “un efecto desproporcionado se estaría dando a un accidente marítimo insignificante”⁹⁰. Trazada así la línea media provisional, la Corte determinó que ninguna circunstancia hacía necesaria su modificación.

De este caso resalta que las pequeñas islas y grupos de islas correspondientes a las partes recibieron un tratamiento diferenciado en razón a su extensión y ubicación relativa respecto a los territorios principales de sus Estados. El hecho de que el principal territorio de Baréin sea también una isla (pero mucho más extensa que las demás

formaciones mencionadas) no tuvo ningún efecto a favor o en contra de ese Estado en el establecimiento del límite. La discusión sobre el “efecto de las islas” giró más bien en torno a las formaciones menores, que según su ubicación y extensión podían o no generar un “efecto desproporcionado” de ser tomadas en cuenta para el establecimiento de la línea media entre las partes.

H. Caso concerniente a la frontera terrestre y marítima (*Camerún v. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 10 de octubre de 2002

En este caso, las partes presentaron visiones muy distintas sobre qué efecto dar en la delimitación a la isla de Bioko, ubicada frente a las costas de Camerún pero parte del territorio de un tercer Estado (Guinea Ecuatorial). La Corte indicó que “las islas han sido a veces tomadas en consideración como una circunstancia relevante en la delimitación cuando tales islas se ubican en la zona a ser delimitada y se encuentran bajo la soberanía de una de las partes”. Y ya que la isla de Bioko no es territorio de las partes, su efecto “sobre la proyección marítima del frente costero de Camerún es un tema entre Camerún y Guinea Ecuatorial y no entre Camerún y Nigeria, y no es relevante para el asunto de delimitación ante la Corte”⁹¹. Por tal motivo, no se le consideró una circunstancia relevante a tener en cuenta para modificar la línea equidistante que la Corte trazó.

I. Caso concerniente a la controversia territorial y marítima en el Mar Caribe (*Nicaragua v. Honduras*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 8 de octubre de 2007

El Derecho aplicable en este caso fue el contenido en la Convención del Mar de 1982,

⁸⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Op. cit. p. 52, párrafo 35; TANAKA, Yoshifumi. “Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation”. Op. cit. p. 204.

⁸⁶ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima y otras cuestiones territoriales entre Qatar y Baréin”. Op. cit. p. 109, párrafo 222.

⁸⁷ *Ibíd.* p. 85, párrafo 149.

⁸⁸ *Ibíd.* p. 109, párrafo 222.

⁸⁹ *Ibíd.* p. 99, párrafos 195-197.

⁹⁰ *Ibíd.* pp. 104-109, párrafo 219.

⁹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Frontera terrestre y marítima entre Camerún y Nigeria (*Camerún v. Nigeria; Guinea Ecuatorial interviniente*)”. Sentencia. 2002. p. 446, párrafo 299.

ya que, al momento de la sentencia, ambos Estados la habían ratificado y se encontraba en vigor entre ellos⁹².

Cinco islas se ubicaban en el área relevante para la delimitación y, por tanto, su efecto fue evaluado para el trazado del límite marítimo. Esas islas se llamaban Cayo Bobel, Cayo Savanna, Cayo Port Royal, Cayo Sur y Cayo Edimburgo. Los cuatro primeros se encontraban bajo soberanía de Honduras; el último bajo la de Nicaragua. Todos se ubican más allá de los mares territoriales continentales de Nicaragua y Honduras, y cada uno de ellos no está separado por más de veinticuatro millas marinas de los demás. Los cuatro primeros se ubican más al sur de la línea de delimitación que solicitaba Nicaragua (una línea bisectriz desde la costa continental) pero más al norte de la pedida por Honduras (un paralelo de latitud)⁹³.

La particularidad de estas formaciones, que la Corte no dudó en calificar como islas, es que sólo generaban mares territoriales. Ello no porque la Corte las haya calificado como “rocas”, sino que simplemente tomó nota que las partes coincidían en que ellas “tienen derecho a generar sus propios mares territoriales en beneficio del Estado ribereño. La Corte recuerda que respecto de las islas en disputa, ninguna parte ha reclamado zonas marítimas distintas al mar territorial”⁹⁴. Así, sin un mayor análisis, la Corte se conformó con delimitar sólo lo que las partes reclamaban para sus islas.

Como estas islas no generaban zonas más allá de mares territoriales de doce millas marinas de extensión, la Corte diferenció entre las zonas de superposición de las áreas marítimas de las islas y la de las costas continentales⁹⁵. Las proyecciones marítimas de los dos Estados desde el continente

se extendían por 200 millas marinas e incorporaban toda la zona ocupada por las islas. En cambio, éstas últimas sólo generaban zonas que se superponían entre sí. La Corte decidió, entonces, hacer una diferencia entre el límite de los espacios proyectados desde el continente y el límite a ser trazado entre las islas. Como la primera línea fue trazada en dirección noreste (excepcionalmente una línea bisectriz en lugar de una línea equidistante) y pasaba por encima de las zonas de las islas, entonces se trazó una línea única que, partiendo de cerca del continente, se uniese a la de las islas al llegar a ellas y luego continúe al dejarlas atrás.

En lo que respecta a las islas, la Corte trazó un límite en base al artículo 15 de la Convención del Mar, una línea media, que separó las zonas de las cuatro islas hondureñas de la nicaragüense. La Corte no encontró que alguna circunstancia especial esté presente como para establecer un límite distinto⁹⁶.

Esta sentencia muestra cómo “cada delimitación es única”, pero también el “pragmatismo y la subjetividad”⁹⁷ inherentes a la delimitación marítima. En este caso, además que el límite de las zonas marítimas generadas por el territorio continental fue, por motivos que no pueden desarrollarse aquí, una bisectriz y no una línea equidistante, las islas fueron tratadas de manera completamente separadas y distintas a cómo se venían empleando; ellas no se utilizaron para trazar la inexistente línea media o equidistante ni para corregirla en tanto circunstancias especiales. Las islas sólo tuvieron un valor para la Corte en tanto entre ellas generaban mares territoriales que se superponían entre sí. El límite final fue entonces un añadido de dos límites trazados en base a distintos criterios.

⁹² CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el Mar Caribe (*Nicaragua v. Honduras*)”. Sentencia. 2007. p. 738, párrafo 261.

⁹³ *Ibid.* p. 702, párrafo 136 y pp. 738-739, párrafos 262-263.

⁹⁴ *Ibid.* pp. 738-739, párrafo 262.

⁹⁵ *Ibid.* p. 749, párrafo 299.

⁹⁶ *Ibid.* p. 760, párrafo 321 y p. 752, párrafo 304.

⁹⁷ CONDE PÉREZ, Elena. “Una bisectriz equidistante o la equidistancia a través de la bisectriz. El asunto de la controversia territorial y marítima entre Nicaragua y Honduras en el mar Caribe (*Nicaragua v. Honduras*). Sentencia de la CIJ de 8 de octubre de 2007”. En: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis Ignacio; QUEL LÓPEZ, Francisco Javier y Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN (Editores). “El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)”. Bilbao: Universidad del País Vasco. 2010. p. 635.

J. Caso concerniente a la delimitación marítima en el Mar Negro (*Rumanía v. Ucrania*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2009

En este asunto las partes discutieron qué efecto otorgar para la delimitación a la isla de las Serpientes, territorio de Ucrania, ubicada unas veinte millas marinas al este del delta del Danubio, en el Mar Negro. Ella tiene una superficie aproximada de 0,17 kilómetros cuadrados y una circunferencia de aproximadamente 2000 metros⁹⁸. Los dos Estados eran partes de la Convención del Mar, por lo que sus disposiciones fueron el Derecho aplicable para la delimitación marítima.

Ucrania buscaba que la isla antes mencionada sea empleada como punto de base para el establecimiento de la línea equidistante provisional. Ello hubiera generado que Ucrania ganase todas las aguas entre sus costas continentales y la isla, a unas veinte millas marinas de distancia⁹⁹, y el límite se trace entre ella y la costa rumana. Rumanía buscaba que de ninguna manera se le otorgue a esa isla menor tal efecto para la delimitación. La Corte consideró que: “Contar a la isla de las Serpientes como parte relevante del litoral, equivaldría a insertar un elemento externo en la costa ucraniana; la consecuencia sería una remodelación judicial de la geografía, lo cual ni el Derecho ni la práctica de la delimitación marítima autoriza”¹⁰⁰.

La Corte había reconocido que la isla de las Serpientes generaba un mar territorial de doce millas marinas de extensión en virtud a un acuerdo previo entre las partes y notó que el arco generado por la isla se encontraba 2,5 millas marinas al norte de la línea equidistante provisional¹⁰¹. La cuestión era entonces determinar si también generaba plataforma continental y zona económica exclusiva que deban tomarse en cuenta para modificar tal línea provisional. Rumanía

ciertamente había argumentado que era una roca y que, por tanto, no generaba ninguna de esas zonas.

La Corte, sin embargo, evitó pronunciarse sobre si era una roca y, en lugar, afirmó que debido a la configuración particular de las costas y lo limitado del espacio sobre el cual podían generarse zonas marítimas, cualquier posible proyección de la isla más allá del mar territorial estaba subsumida en las proyecciones generadas por las costas continentales de Ucrania. Debido a ello, “la Corte concluye que la presencia de la isla de las Serpientes no genera la necesidad de ajustar la línea equidistante provisional”¹⁰².

K. Controversia concerniente a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala, Sentencia del Tribunal Internacional del Derecho del Mar de 14 de marzo de 2012

Éste, el primer y único caso de delimitación marítima hasta el momento resuelto por el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, es también de interés pues muestra cómo el Tribunal basó su sentencia en la jurisprudencia previa de la Corte Internacional de Justicia y consideró a la isla presente en el caso en atención a los mismos criterios que venía empleando la Corte.

El hecho de que la sentencia provenga del Tribunal del Mar es ya una indicación de que el Derecho aplicable a las partes es el contenido en la CONVEMAR; en tanto, en principio, el Tribunal es competente para resolver controversias de los Estados partes respecto de la Convención (artículos 20 y 21 del Estatuto del Tribunal). En este caso, ambos Estados además habían aceptado la competencia del mismo¹⁰³.

La isla de San Martín, parte del territorio de Bangladesh, tiene un área de ocho kilómetros

⁹⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Delimitación marítima en el Mar Negro (*Rumanía v. Ucrania*)”. Op. cit. pp. 68-70, párrafo 16.

⁹⁹ *Ibíd.* p. 122, párrafo 187.

¹⁰⁰ *Ibíd.* p. 110, párrafo 149.

¹⁰¹ *Ibíd.* p. 110, párrafo 150.

¹⁰² *Ibíd.* pp. 122-123, párrafo 187.

¹⁰³ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia concerniente a la delimitación de la frontera marítima entre Bangladesh y Myanmar en la Bahía de Bengala (*Bangladesh v. Myanmar*)”. Op. cit. párrafos 46-47.

cuadrados y una población permanente de alrededor de siete mil personas. Se ubica casi a la misma distancia de las costas de los dos Estados, pero directamente al frente de la costa continental de Myanmar¹⁰⁴.

Debido a que la distancia entre la isla y Myanmar es menor a veinticuatro millas marinas, correspondía trazar entre ellas un límite exclusivamente para sus mares territoriales. Respecto al efecto que darle a la isla para tal límite, el Tribunal concluyó que: “[E]n las circunstancias de este caso, no existen razones imperiosas que justifiquen tratar a la isla de San Martín como una circunstancia especial para los propósitos del artículo 15 de la Convención o que eviten que el Tribunal le otorgue a la isla efecto pleno para el trazado de la línea de delimitación del mar territorial entre las partes”¹⁰⁵.

Consecuentemente, se trazó una línea equidistante que partió de las costas continentales de los dos Estados, giró y se ubicó entre la isla y la costa de Bangladesh y luego volvió a girar en torno a la isla y hasta el punto donde los mares territoriales de los dos Estados dejaron de superponerse¹⁰⁶.

El efecto de la isla respecto al límite de la zona económica exclusiva y la plataforma continental fue, sin embargo, muy distinto. Ya que se encuentra ubicada inmediatamente al frente del continente, al lado de Myanmar, del término del límite terrestre, su utilización para trazar la línea provisional “resultaría en una inmerecida distorsión de la línea de delimitación”, pues bloquearía la proyección de las costas de Myanmar¹⁰⁷.

Luego se evaluó si podría constituir una circunstancia relevante para modificar la línea provisional a favor de Bangladesh. Al respecto: “El Tribunal observa que el efecto a ser dado a una isla en la delimitación de la frontera marítima de la zona económica

exclusiva y la plataforma continental depende de las realidades geográficas y las circunstancias del caso específico. No existe una regla general al respecto. Cada caso es único y requiere un tratamiento específico, cuyo objetivo último es llegar a una solución equitativa”¹⁰⁸.

Si bien la isla es “un accidente importante que podría ser considerado como circunstancia relevante” para modificar la línea provisional de estas zonas, debido a su ubicación el Tribunal descartó esa posibilidad porque también “causaría una distorsión inmerecida de la línea de delimitación”, bloqueando la proyección de Myanmar¹⁰⁹.

L. Caso concerniente a la controversia territorial y marítima (*Nicaragua v. Colombia*), Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 19 de noviembre de 2012

La delimitación marítima a ser efectuada por la Corte, en este caso, involucraba al conjunto de islas que conforman el archipiélago de San Andrés, así como una serie de rocas y elevaciones en bajamar correspondientes a Colombia, frente a las costas continentales de Nicaragua y una serie de islas y rocas vecinas de ese Estado.

La cercanía del archipiélago a Nicaragua hacía que las zonas marítimas proyectadas por Nicaragua, hasta una distancia de 200 millas marinas, cubran al archipiélago e incluso lo pasen y continúen en dirección al este. Las proyecciones marítimas del archipiélago se superponían a prácticamente la totalidad de las de Nicaragua, en todas direcciones. Colombia no es parte de la CONVEMAR por lo que era aplicable sólo el Derecho consuetudinario¹¹⁰.

La Corte consideró que las tres principales islas del archipiélago, San Andrés, Providencia y Santa Catalina, generan mares

¹⁰⁴ *Ibid.* párrafos 143 y 149.

¹⁰⁵ *Ibid.* párrafo 152.

¹⁰⁶ *Ibid.* párrafo 164.

¹⁰⁷ *Ibid.* párrafo 265.

¹⁰⁸ *Ibid.* párrafo 317.

¹⁰⁹ *Ibid.* párrafo 318.

¹¹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. “Controversia terrestre y marítima (*Nicaragua v. Colombia*)”. Op. cit. párrafo 137.

territoriales, zonas económicas exclusivas y plataformas continentales¹¹¹. Por su parte, las islas colombianas de Roncador, Serrana, los Cayos Albuquerque y los Cayos Este-Sudeste cuentan cada uno con por lo menos un mar territorial, pero la Corte no consideró necesario abordar la cuestión de “si cada una de estas islas cae en el marco de la excepción” prevista para las rocas en la CONVEMAR, ya que “cualquier derecho a espacios marítimos que puedan generar en el área relevante (fuera del mar territorial) se superpondría completamente al derecho a una plataforma continental y zona económica exclusiva generadas” por las tres islas principales del archipiélago¹¹².

Finalmente, la Corte determinó que una formación denominada Quitasueño, que corresponde también a Colombia, cuenta con una roca principal, llamada QS 32, que sólo proyecta un mar territorial por ser precisamente una roca. Sin embargo, a su alrededor hay una serie de elevaciones en bajar a menos de doce millas marinas de distancia, lo cual “significa que contribuyen a las líneas de base desde las que se mide la anchura del mar territorial” de la mencionada roca, de acuerdo con la norma reflejada en el artículo 13 de la Convención del Mar¹¹³.

Por otro lado, frente a las costas nicaragüenses existe una serie de islas y rocas bajo su soberanía, que incluyen las islas del Maíz en el sur y los cayos Miskitos en el norte. Las primeras se encuentran a unas veintiséis millas marinas de la costa continental pero entre los dos hay una cadena de “islotos” y “cayos” que generan “una cadena continua de mar territorial”. Los cayos Miskitos se ubican a diez millas marinas del litoral¹¹⁴. Por tales motivos, la Corte fue rápida en determinar que “las islas adyacentes a la costa nicaragüense son parte de la costa relevante y contribuyen a las líneas de base desde las que se miden” todas las zonas marítimas de Nicaragua¹¹⁵.

La Corte trazó la línea media provisional tomando en cuenta las islas nicaragüenses y colombianas más externas situadas frente a frente. Para este propósito sólo ignoró a la formación llamada Quitasueño, confirmando una vez más que la línea provisional puede ignorar puntos y líneas de base con los que cuenta cualquier isla para medir la anchura de su mar territorial¹¹⁶.

Seguidamente, la Corte consideró que las circunstancias relevantes para la modificación de la línea media provisional eran la disparidad en la extensión de las costas relevantes de las partes (que en una proporción de uno a 8,2 favorecía a Nicaragua) y “el contexto geográfico general, en el que la costa relevante colombiana consiste en una serie de islas, la mayoría de ellas muy pequeñas y ubicadas a distancias considerables unas de otras”¹¹⁷.

La Corte Internacional de Justicia determinó que no podía aceptar el pedido nicaragüense de enclavar cada isla colombiana en un pequeño mar territorial, menor incluso a las doce millas marinas, ya que “traería desafortunadas consecuencias para el manejo ordenado de los recursos marinos, la vigilancia y el orden público en general, todo lo cual estaría mejor servido con una más simple y coherente división del área relevante”¹¹⁸. Pero la Corte no agrupó a todas las islas juntas, sino que excluyó a Quitasueño y Serrana de las zonas marítimas compartidas por las principales islas colombianas, ya que “incluir estas islas y las aguas que las rodean permitiría que pequeños, aislados accidentes geográficos, que están localizados a una distancia considerable de las más extensas islas colombianas, tengan un efecto desproporcionado en el límite. La Corte, por tanto, considera que el uso de enclaves logra la solución más equitativa en esta parte del área relevante”¹¹⁹.

¹¹¹ *Ibíd.* párrafo 168.

¹¹² *Ibíd.* párrafo 180.

¹¹³ *Ibíd.* párrafo 183.

¹¹⁴ *Ibíd.* párrafo 143.

¹¹⁵ *Ibíd.* párrafo 201.

¹¹⁶ *Ibíd.* párrafos 201 y 202.

¹¹⁷ *Ibíd.* párrafo 229.

¹¹⁸ *Ibíd.* párrafo 230.

¹¹⁹ *Ibíd.* párrafo 238.

De esa forma, Colombia recibió tres grupos de zonas marítimas en el área de superposición, uno que agrupa a las principales islas del archipiélago y dos más al norte que forman enclaves de doce millas de diámetro para Quitasueño y Serrana. El límite del grupo principal fue ajustado, por cierto, hacia el este; para otorgar una mayor zona a Nicaragua, en atención, principalmente, de la disparidad de las costas relevantes.

VI. CONCLUSIONES

El análisis de casos que se ha efectuado permite realizar los siguientes grupos de afirmaciones generales.

A. Una isla podrá generar un efecto especial para la delimitación, siempre que no se trate del territorio principal cuyas proyecciones marítimas se están delimitando

Cuando la isla ha sido el territorio principal cuyas proyecciones marítimas se están delimitando, entiéndase porque es el único territorio terrestre que las genera para su Estado en el caso, o por ser el área terrestre de mayor extensión de su Estado en el caso, su condición de isla se vuelve irrelevante. Tal fue el caso de la isla de Malta, de Groenlandia y Jan Mayen, así como de la isla de Baréin. A ellas no se les dio ningún tipo de tratamiento especial. En el caso de Malta, es más, el hecho que junto con sus otras principales islas constituya un “Estado insular” no significó un trato distinto y preferente, sino que simplemente se entendió que esa condición no debía perjudicarla.

En el caso *Nicaragua v. Colombia*, la Corte tomó en cuenta que las principales islas del archipiélago de San Andrés, fuente principal de las proyecciones marítimas de Colombia en el caso, constituyen un archipiélago; y evitó separar sus proyecciones marítimas para que no queden enclavadas entre aguas nicaragüenses. Entendió que así se conseguía un resultado equitativo. Pero ello fue consecuencia de las particularidades geográficas del caso y de cómo la costa nicaragüense proyectaba zonas marítimas alrededor de las islas. Fue entonces un caso excepcional que no altera la afirmación general hecha previamente.

En cambio, cuando una isla –incluidas las rocas–, no es el territorio principal que genera

las zonas marítimas que se están delimitando, ésta podrá generar efectos particulares y distintos para la delimitación. Es que entonces la isla, dependiendo de dónde se ubique, de su extensión y de qué zonas marítimas genere, será un importante factor geográfico adicional a tener en cuenta.

La isla puede ubicarse entre las costas principales de las partes (Isla de las Serpientes), o directamente en frente de la costa del otro Estado (Isla de San Martín), o más alejada y generando proyecciones marítimas inesperadas a su Estado (islas de Kerkennah) y entonces, de pronto, la geografía del caso se complica y se vuelve necesario evaluar cómo tratar y qué valor dar o no a las zonas marítimas que estos espacios generan en la delimitación.

B. Para el trazado de la línea media o equidistante provisional, las islas podrán ser ignoradas si, por su ubicación, considerarlas les otorgaría un efecto desproporcionado a su importancia relativa en el caso

La jurisprudencia muestra muchos casos en los que no se ha otorgado ningún valor a una isla para el establecimiento de la línea media o equidistante provisional, según sea el caso, cuando esa isla no ha sido el territorio principal a delimitar (recuérdense las pequeñas islas del Golfo de Maine, la roca Filfla en Libia/Malta, Qit’at Jaradah en *Qatar v. Baréin*, la Isla de las Serpientes en el caso del Mar Negro, la Isla de San Martín para las zonas distintas al mar territorial en *Bangladesh v. Myanmar* y Quitasueño en *Nicaragua v. Colombia*).

Como se recuerda, el establecimiento de una línea media o equidistante provisional es el primer paso en la delimitación marítima según el método que ha desarrollado y consolidado la jurisprudencia internacional. Es un método completamente inventado por esa jurisprudencia, que incluso ha sido dejado de lado cuando en el caso particular se ha considerado inconveniente o impracticable emplearlo (piénsese en la línea bisectriz de *Nicaragua v. Honduras*).

Entonces, no existen normas que determinen cómo efectuar ese primer paso, ni mucho menos que ese paso se debe necesariamente efectuar. Pero cuando se emplea –que ha sido casi siempre– la Corte o Tribunal ha

considerado las circunstancias geográficas particulares del caso y frecuentemente ha ignorado cualquier accidente geográfico que de ser tomado en cuenta alteraría la línea provisional de una manera indeseada y desproporcional al accidente en sí.

Se puede afirmar entonces que el efecto de una isla para el trazado de la línea media o equidistante provisional responde a las circunstancias y factores principalmente geográficos de cada caso. Lo mismo ocurre con otros accidentes geográficos como una pequeña península en la costa o una escotadura en la misma.

Cada caso será distinto. En *Qatar v. Baréin* la Corte no ignoró a las Islas Hawar, muy próximas a la península de Qatar y alejadas de la Isla de Baréin, por lo que tuvieron un efecto importante en el establecimiento del límite. Otras alternativas posibles e igualmente válidas hubieran sido no tomarlas en cuenta para la línea provisional pero después considerarlas circunstancias que ameriten la modificación de esa línea para incorporarlas o incluso enclavarlas. En *Nicaragua v. Colombia*, la Corte tuvo en cuenta a las muchas pequeñas islas nicaragüense frente al litoral de su Estado. Pudo haberlas ignorado y luego igual modificado la línea media provisional para dar mayor valor a las mayores costas de Nicaragua. La Corte y el Tribunal cuentan entonces con un gran margen de maniobra para, según las circunstancias del caso y con el propósito de lograr un resultado equitativo, emplear o ignorar a una isla en el trazado de la línea provisional.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que considerar o no a una isla para el establecimiento de un punto de base sobre el cual trazar la línea media o equidistante provisional en un proceso de delimitación es una operación distinta y separada del establecimiento de puntos y líneas de base para medir las zonas marítimas de esa isla. La Corte puede o no emplear los puntos y líneas de base establecidos por un Estado en una isla pero ello no los invalida para los que el

estado los creó. Piénsese en la roca Filfla de Malta, ignorada para efectos de la línea media provisional sin que afecte el hecho que Malta la emplea para trazar líneas de base rectas alrededor de sus islas.

C. De acuerdo a las circunstancias del caso, la presencia de una isla puede ser considerada como una circunstancia especial o relevante que haga necesaria la modificación de la línea media o equidistante provisional

Para la delimitación de mares territoriales la norma convencional y consuetudinaria establece que salvo “circunstancias especiales” (o derechos históricos, o acuerdo en contrario) el límite deberá ser una “línea media”¹²⁰. La presencia de una isla puede constituir tal circunstancia especial. En *Qatar v. Baréin*, la Corte Internacional de Justicia evaluó esa posibilidad pero no encontró que alguna de las islas amerite establecer una línea distinta. En *Nicaragua v. Honduras*, ninguna circunstancia de ese tipo fue detectada en torno a las islas. En *Bangladesh v. Myanmar*, la Isla de San Martín fue descartada como circunstancia especial.

Respecto de la delimitación de plataformas continentales y zonas económicas exclusivas, la norma sólo señala que se deberá “llegar a una solución equitativa”¹²¹. La jurisprudencia es la que ha desarrollado el concepto de “circunstancias relevantes” que hagan necesario el ajuste de la línea media o equidistante provisional. Las islas siempre han sido consideradas como potenciales circunstancias relevantes. Piénsese en la isla de la Foca en el caso del Golfo de Maine, que generó la modificación de la línea, o de la isla de las Serpientes en el caso del Mar del Norte y de la isla de San Martín en *Bangladesh v. Myanmar*, que no ameritaron un ajuste similar.

Una vez más, las islas podrán generar este efecto dependiendo de las circunstancias particulares del caso, sobre todo de factores geográficos como la ubicación de la isla y el

¹²⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículo 15.

¹²¹ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. “Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar”. Op. cit. artículos 83 y 74, respectivamente.

tamaño relativo a las demás costas de las partes.

Nótese que parece existir una tendencia a que si la isla fue tomada en cuenta para el trazado de la línea provisional, entonces la presencia de la isla en sí ya no podrá ser una

circunstancia especial o relevante, aunque sí podrá serlo una desproporción en las extensiones de las costas relevantes de las partes, incluidas las de las islas, o el hecho que la isla forme parte de un archipiélago, como ocurrió con las islas colombianas principales del archipiélago de San Andrés.

MANDATARIOS AL BANQUILLO: LOS LEGADOS DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES *AD HOC* Y DESAFÍOS ACTUALES PARA LA CORTE PENAL INTERNACIONAL EN EL JUZGAMIENTO DE LOS JEFES DE ESTADO EN FUNCIONES

Michelle Reyes Milk*

En el presente artículo, la autora analiza el fenómeno político e internacional contemporáneo que ha empezado a darse de forma acelerada desde el final de Guerra Fría y con el reciente proceso denominado “la Primavera Árabe”: Los juicios realizados contra autócratas y dictadores incluso antes de ser derrocados, las implicancias que esos procesos han tenido en la jurisprudencia internacional y el impacto de estos mismos juicios en el funcionamiento de las instituciones judiciales, así como su legitimidad para proceder y sus alcances.

*Sobre el particular, la autora contrapone dos modelos institucionales que se retroalimentan pero, a su vez, son propensos a entrar en conflicto respecto de estos mismos casos: Los Tribunales *ad hoc* y la Corte Penal Internacional.*

* Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Coordinadora para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI).

I. LAS SITUACIONES DE DARFUR (SUDÁN) Y LIBIA: EL ROL DEL CONSEJO DE SEGURIDAD EN LA REMISIÓN A LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 26 de febrero de 2011, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante, Consejo de Seguridad) adoptó, de forma unánime, la Resolución 1970 (2011); la cual, entre otras acciones, “decide remitir la situación imperante en la Jamahiriya Árabe Libia desde el 15 de febrero de 2011 al Fiscal de la Corte Penal Internacional”¹. Tan sólo unos días después, el 3 de marzo del mismo año, el entonces Fiscal de la Corte Penal Internacional (en adelante, la Corte), el argentino Luis Moreno Ocampo, decidió abrir formalmente una investigación en Libia por los presuntos crímenes cometidos en el territorio de aquel Estado desde el 15 de febrero de aquel año, y que caerían bajo la competencia de la Corte. Así, sin mucha dilación, Libia se convirtió en la sexta situación ante la Corte Penal Internacional², y la Fiscalía procedió a identificar los presuntos responsables de los crímenes bajo competencia de la Corte³. El 16 de mayo de aquel año, Moreno Ocampo solicitó a los jueces de la Corte la emisión de tres órdenes de arresto contra quienes consideró albergaban la mayor responsabilidad penal por los crímenes internacionales cometidos en Libia en el contexto de la llamada Primavera Árabe: El entonces Presidente libio Muammar Gaddafi, su hijo Saif al-Islam Gaddafi, y su jefe de inteligencia Abdullah al-Senussi. En concreto, la Fiscalía solicitó la emisión de órdenes de

detención contra los tres individuos en torno a los cargos de homicidio y persecución, ambos como crímenes de lesa humanidad, según lo estipulado en el artículo 7 del Estatuto de Roma –el tratado fundacional de la Corte. El 27 de junio siguiente, la Sala de Cuestiones Preliminares I atendió la solicitud de la Fiscalía de modo favorable y emitió dichas órdenes de detención contra ambos Gaddafi (padre e hijo) y al-Senussi⁴.

Si bien Libia no es un Estado parte del Estatuto de Roma, la remisión de la situación de Libia por parte del Consejo de Seguridad brindó luz verde para activar la jurisdicción de la Corte Penal Internacional sobre los presuntos crímenes internacionales cometidos en Libia. La Corte, al igual que la mayoría de los tribunales nacionales, ejerce su jurisdicción, de manera ordinaria, en torno a los principios de territorialidad y nacionalidad, por lo que podrá ejercer su competencia por aquellos crímenes internacionales regulados en el Estatuto de Roma que se cometen en el territorio de un Estado parte o por el nacional de un Estado parte⁵. Estos conectores no tienen que operar conjuntamente, lo cual resulta en que la Corte, por ejemplo, pueda ejercer competencia por los crímenes cometidos por un nacional de un Estado no parte pero en el territorio de un Estado parte al Estatuto, y viceversa, según lo estipulado en el artículo 12 del Estatuto⁶.

Cabe aclarar que si bien la Corte Penal Internacional no es un órgano de las Naciones Unidas y que, además, se constituye como una orga-

¹ CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución 1970 de fecha 26 de febrero de 2011.

² A la fecha, la Corte Penal Internacional ha abierto 8 investigaciones en los siguientes países: República Democrática del Congo (abierta en el 2004), Uganda (abierta en el 2004), Darfur, Sudán (abierta en el 2005), República Centroafricana (abierta en el 2007), Kenia (abierta en el 2010), Libia (abierta en el 2011), Costa de Marfil (abierta en el 2011) y Mali (abierta en el 2013).

³ Adoptado el 17 de julio de 1998, y en vigor desde el 1 de julio de 2002, el Estatuto de Roma –el tratado fundacional de la Corte Penal Internacional– dota a dicha Corte la capacidad de juzgar a aquellos **individuos** presuntamente responsables por la comisión del crimen de genocidio, de crímenes de lesa humanidad, de crímenes de guerra y del crimen de agresión, según lo estipulado en el artículo 5 de dicho tratado internacional. La Corte Penal Internacional no es retroactiva y, por lo tanto, únicamente puede ejercer su jurisdicción a partir del 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del Estatuto.

⁴ Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Muammar Mohamed Abu Minyar Gaddafi, 27 June 2011. Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Saif al-Islam Gaddafi, 27 June 2011. Pre Trial Chamber I, Warrant of Arrest for Abdullah Al-Senussi, 27 June 2011.

⁵ A la fecha, el Estatuto de Roma cuenta con 122 Estados parte, lo cual se traduce en casi dos tercios de la totalidad de Estados en la Comunidad Internacional. Cabe resaltar que Sudamérica constituye la única región donde todos los Estados han reconocido la competencia de la Corte. En el caso de la Unión Europea, todos sus Estados miembros también son parte del Estatuto, aunque, en términos geográficos, no toda Europa occidental se encuentra representada, ya que Mónaco aún no ha ratificado el Estatuto.

⁶ Artículo 12.- “Condiciones previas para el ejercicio de la competencia

a. El Estado que pase a ser parte en el presente Estatuto acepta por ello la competencia de la Corte respecto de los crímenes a que se refiere el artículo 5.

nización internacional por sí misma, desde sus orígenes ha tenido una relación estrecha con la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU). Ello se manifiesta en el Acuerdo de Relación firmado por ambas organizaciones en el 2004, que afianza la cooperación entre ambas organizaciones. La Corte y la ONU están dotadas de mandatos específicos en torno a la justicia internacional, aunque ello no significa que no haya coordinaciones frecuentes entre ambas organizaciones⁷. Una de esas coordinaciones radica, justamente, en el rol asignado al Consejo de Seguridad en el propio Estatuto de Roma, en torno a la capacidad del Consejo de Seguridad de remitir situaciones (y no casos concretos) a la Corte para su investigación, según los términos del artículo 13.b. Dicha remisión puede darse sin atender los conectores de territorialidad ni de nacionalidad⁸.

La relación entre el Consejo de Seguridad y el sistema instaurado por el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional responde a un fuerte contenido axiológico, en la medida que el Estatuto de Roma termina por consolidar y reafirmar la relación intrínseca entre dos valores esenciales para la convivencia internacional: La paz y la justicia. Lo que otrora se consideró (y, en ciertos escenarios, se sigue considerando) como dos intereses que no podían conciliarse mutuamente –pensemos en quienes alegaban que la investigación de la Corte en Sudán afectaría el proceso de paz en aquel país africano–, hoy se traduce en una creciente tendencia hacia la aceptación de que no existirá una paz duradera sin una justicia efectiva. Este vínculo esencial fue lo que justificó el establecimiento de los tribunales

militares internacionales tras la Segunda Guerra Mundial (Nuremberg y Tokio) pero, sobre todo, lo que justificó el establecimiento de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda en la década de los noventa.

De este modo, cabe recordar que el rol asignado al Consejo de Seguridad en el Estatuto de Roma se condice con el mandato fundacional de la propia ONU: La promoción de la paz y seguridad internacional. De acuerdo al capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, esta tarea le corresponde por excelencia al Consejo de Seguridad. Así, ante la barbarie cometida en Ruanda y la ex Yugoslavia durante la década de los noventa en el marco de los conflictos armados que se produjeron en cada uno de estos espacios, el Consejo de Seguridad se vio ante la urgente tarea de explorar qué medidas tomar para frenar aquellos actos, catalogados como crímenes internacionales, que arrojaron un número exorbitante de víctimas, pero también para prevenir la futura comisión de tales crímenes y para abordar los mismos desde un plano judicial. Fue así como el vínculo entre la paz y la justicia dejó de considerarse desde un plano teórico o utópico para incorporar una discusión con efectos empíricos y pragmáticos. Pues si bien no existía duda sobre el rol del Consejo en términos de paz y seguridad internacional, no existe un mandato específico para el Consejo de Seguridad, en torno al establecimiento de tribunales penales internacionales. La solución adoptada por el Consejo en 1993 y 1994 –establecer el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda a través de una resolución del Consejo de

- b. En el caso de los apartados a ó c del artículo 13, la Corte podrá ejercer su competencia si uno o varios de los Estados siguientes son partes en el presente Estatuto o han aceptado la competencia de la Corte de conformidad con el párrafo 3:
- (i) El Estado en cuyo territorio haya tenido lugar la conducta de que se trate, o si el crimen se hubiere cometido a bordo de un buque o de una aeronave, el Estado de matrícula del buque o la aeronave;
 - (ii) El Estado del que sea nacional el acusado del crimen.
- c. Si la aceptación de un Estado que no sea parte en el presente Estatuto fuere necesaria de conformidad con el párrafo 2, dicho Estado podrá, mediante declaración depositada en poder del Secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate. El Estado aceptante cooperará con la Corte sin demora ni excepción de conformidad con la Parte IX”.

⁷ Al respecto, puede revisarse el siguiente enlace: <http://www.coalitionfortheicc.org/?mod=unicc&lang=es>.

⁸ Artículo 13.- “Ejercicio de la competencia

La Corte podrá ejercer su competencia respecto de cualquiera de los crímenes a que se refiere el artículo 5 de conformidad con las disposiciones del presente Estatuto, si:
[...]

b. El Consejo de Seguridad, actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, remite al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios de esos crímenes [...]”.

Seguridad— significó un precedente inigualable en el Derecho Penal Internacional y reafirmó la teoría de las competencias implícitas de la propia ONU y del Consejo de Seguridad: La capacidad de tomar las medidas necesarias para cumplir con su mandato⁹: En este caso, el establecer los tribunales penales *ad hoc* en favor de la paz y la seguridad internacional, bajo los parámetros del artículo 41 de la Carta de la ONU (medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada)¹⁰.

Al respecto, cabe aludir a lo precisado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso de Milosevic, al responder a la objeción preliminar presentada por la defensa del ex presidente yugoslavo en torno a la ilegalidad de la creación del tribunal: “In the Chamber’s view, the establishment of the International Tribunal with power to prosecute persons responsible for serious violations of international humanitarian law in the former Yugoslavia [...] is, in the context of the conflict in the country at that time, pre-eminently a measure to restore international peace and security”¹¹.

La remisión de la situación de Libia a la Corte Penal Internacional por parte del Consejo de Seguridad no constituiría la primera vez que el Consejo hiciera uso de dicha facultad. En efecto, si bien aquella remisión fue la primera en contar con un acuerdo unánime entre los 15 miembros del Consejo —incluyendo a sus cinco miembros permanentes¹²—, aquel órgano de la ONU ya había hecho uso de

aquella facultad en el año 2005, al decidir remitir la situación de Darfur, Sudán (por los graves crímenes cometidos en esa zona) a la Corte¹³.

Ahora bien, los términos del Estatuto de Roma establecen claramente el mandato del Consejo de Seguridad de remitir una situación, mas no un caso concreto. Ello significa que le corresponde a la Fiscalía realizar la investigaciones correspondientes para poder identificar quiénes podrían ser objeto de una orden de comparecencia o una orden de detención (dependiendo de si existe el riesgo de que la persona no comparezca ante la Corte, ponga en peligro la investigación o para impedir que la persona siga cometiendo un crimen bajo la competencia de la Corte)¹⁴. Ello reafirma no sólo la independencia de la Fiscalía, sino que constituye una salvaguardia para impedir una politización de los casos concretos ante la Corte.

II. LOS CASOS DE BASHIR Y GADDAFI Y LA DESESTIMACIÓN DE INMUNIDADES ANTE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El 14 de julio de 2008, el antiguo Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte que emita una orden de detención contra el Presidente de Sudán, Omar Hasan al Bashir, por su presunta responsabilidad en la comisión de crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y el crimen de genocidio¹⁵. La Sala de

⁹ La competencia del Consejo de Seguridad para establecer un tribunal penal internacional derivado de sus competencias implícitas fue analizado detenidamente por la Sala de Apelación del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en su Decisión Relativa a la Apelación de la Defensa concerniente a la Excepción Prejudicial de Incompetencia, emitida el 2 de octubre de 1995. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. 2 de octubre de 1995. párrafos 33-36.

¹⁰ El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia fue establecido mediante la Resolución 827 (1993) del Consejo de Seguridad, adoptada el 25 de mayo de 1993. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue establecido mediante la Resolución 955 (1994) del Consejo de Seguridad, adoptada el 8 de noviembre de 1994. Cabe precisar que fue el propio Estado ruandés el que solicitó al Consejo de Seguridad el establecimiento de dicho tribunal.

¹¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Decisión del 8 de noviembre del 2001 (decisión sobre objeciones preliminares). párrafo 7.

¹² Cabe recordar que de los 5 miembros permanentes al Consejo de Seguridad, sólo 2 de ellos, el Reino Unido y Francia, son Estados partes al Estatuto de Roma.

¹³ La remisión de la situación de Darfur, Sudán a la Corte Penal Internacional tiene como antecedente legal la adopción de la Resolución 1593 (2005) del Consejo de Seguridad, emitida el 31 de marzo de 2005. En aquella ocasión, si bien no se contó con la unanimidad de todos los Estados Miembros, ningún miembro permanente utilizó su derecho al veto.

¹⁴ Véase el artículo 58 del Estatuto de Roma.

¹⁵ Summary of the Case, Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest under Article 58 against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, adoptada el 14 de julio de 2008. Véase en: www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf. Véase

Cuestiones Preliminares I emitió, en el año 2009, una orden de detención por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra¹⁶ y, tras analizar con detenimiento la evidencia presentada por la Fiscalía, emitió una segunda orden de detención por el crimen de genocidio¹⁷. En dichas órdenes de detención, a Bashir se le acusa, como autor mediato o coautor, por cinco cargos de crímenes de lesa humanidad (asesinato, exterminio, traslado forzoso de población, tortura y violación), dos cargos de crímenes de guerra (el crimen de dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades, y el crimen de saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto), y tres cargos de genocidio (matanza de miembros de grupo; lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; y sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial)¹⁸.

Si bien Omar al Bashir continúa, a la fecha, en su cargo como Presidente de Sudán, permaneciendo como un prófugo de la justicia internacional (dado que la Corte no lleva a cabo juicios *in absentia*), el caso de al Bashir permanece como un referente inevitable en el proceso de evolución del principio de inmunidad. Si bien los tribunales nacionales aún son reticentes al momento de desestimar el principio de inmunidad de Jefes de Estado extranjeros (en funciones)

ante la comisión de crímenes internacionales –a pesar de importantes excepciones–, la inmunidad como defensa ante los tribunales penales internacionales ha sido rechazada desde las primeras experiencias en el Derecho Penal Internacional. En efecto, los Estatutos de los Tribunales Militares Internacionales ya rechazaban la inmunidad de los altos funcionarios estatales como defensa, aun cuando se tratara de Jefes de Estado en actividad (aunque ello no alcanzó, por razones políticas, al Emperador Hirohito de Japón), pero serían los Estatutos y la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda los que brindarían un mayor desarrollo a este principio esencial del Derecho Internacional Público¹⁹. La desestimación al principio de inmunidad también ha sido establecida en el Estatuto para el Tribunal Especial para Sierra Leona²⁰. Finalmente, el Estatuto de Roma contempla dicha excepción en su artículo 27, al contemplar lo siguiente:

Artículo 27.- “Improcedencia del cargo oficial
1. El presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea Jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá per se motivo para reducir la pena.

también: Public Redacted Version of Prosecution’s Application under Article 58 filed on 14 July 2008, adoptada el 12 de septiembre de 2008. Véase en: www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-157-ENG.pdf.

¹⁶ CORTE PENAL INTERNACIONAL. *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad al Bashir*. Warrant of Arrest for Omar Hassan al Bashir. 4 de marzo de 2009.

¹⁷ *Ibíd.* Second Warrant of Arrest for Omar Hassan al Bashir. 12 de julio de 2010.

¹⁸ Para un resumen del caso Bashir, así como los documentos relevantes, véase: http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/Pages/icc02050109.aspx.

¹⁹ Artículo 7 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia:

[...]

b. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, o como alto funcionario, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena.

[...].”

Artículo 6 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda

[...]

b. La categoría oficial de un acusado, ya sea como Jefe de Estado o de Gobierno, no le exonera de su responsabilidad penal y no es motivo de disminución de la pena [...].”

²⁰ Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona

“Article 1.- The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear the greatest responsibility for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, **including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone**” [El énfasis es nuestro].

2. Las inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho Internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella”.

Si bien el artículo 27 deberá leerse a la luz del artículo 98.1 del Estatuto²¹, lo cierto es que existen posiciones divergentes en la doctrina en torno al alcance de este último artículo, en la medida que algunos consideran que todo Estado parte deberá garantizar la judicialización de un sospechoso, provenga o no de un Estado parte al Estatuto, mientras que otros consideran que el alcance de ese artículo variará si se está ante el nacional de un Estado no parte.

El artículo 98 tiene como objetivo evitar el conflicto de intereses entre los Estados al momento en que la Corte requiera la cooperación de un Estado para poder ejercer su competencia²². Ello responde al hecho de que los Estados pueden celebrar tratados bilaterales o multilaterales, en los cuales acuerden reconocer las inmunidades *ratione personae* o *ratione materiae* de sus funcionarios. Asimismo, muchas de estas inmunidades tienen su origen en obligaciones internacionales consuetudinarias. Por lo tanto, al momento de ratificar el Estatuto, un Estado podrá verse sometido ante obligaciones concurrentes derivadas de dichos acuerdos o dichas obligaciones.

Es importante enfatizar el hecho de que el Estatuto de Roma **no prevé** situaciones en que se pueda invocar el principio de inmunidad ante la Corte. De este modo, el artículo 98 **no** se presenta como una excepción al principio de inmunidad, sino que plantea un requisito procedimental y de jurisdicción: La renuncia a la inmunidad de un funcionario estatal por parte de un tercer Estado²³. Por lo tanto, no reduce los efectos del artículo 27 (el cual resulta aplicable para efectos de la emisión de una orden de detención y para el desarrollo del proceso en sí, al desestimar el principio de inmunidad en ambos contextos), pero puede surtir efectos al momento en que un tercer Estado deba entregar a un extranjero ante la Corte²⁴.

Son dos las interpretaciones que podrán hacerse del artículo 98.1²⁵. La primera de ellas consiste en llevar a cabo una interpretación literal, por lo que surge un problema de coordinación y compatibilidad con el artículo 27. Sobre la base de esta interpretación, la Corte solamente podrá dar curso a una solicitud de entrega una vez que haya obtenido la renuncia a la inmunidad por parte del Estado requirente, **al margen de que el Estado requirente sea o no un Estado parte**. En este sentido, bajo esta interpretación, el término “tercer Estado” contemplado en el artículo 98.1 no alude a un Estado que no es parte del Estatuto, sino que se plantea en oposición al Estado requerido. Por lo tanto, “el tercer Estado” vendría a ser el Estado requirente, nacional del sospechoso. De este modo, bajo esta primera interpretación, la renuncia a la inmunidad por un tercer Estado

²¹ Artículo 98.- “Cooperación con respecto a la renuncia a la inmunidad y consentimiento a la entrega

1. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad.

2. La Corte no dará curso a una solicitud de entrega en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga un acuerdo internacional conforme al cual se requiera el consentimiento del Estado que envíe para entregar a la Corte a una persona sujeta a la jurisdicción de ese Estado, amén que ésta obtenga primero la cooperación del Estado que envíe para que dé su consentimiento a la entrega”.

²² TRIFFTERER, Otto. “Article 27”. En: TRIFFTERER, Otto. “Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article”. Baden-Baden: Verlagsgesellschaft. 1999. p. 513.

²³ Véase SCHABAS, William. “An Introduction to the International Criminal Court”. Cambridge: Cambridge University Press. 2001. p. 64.

²⁴ Véase al respecto PROST, Kimberly y Angelika SCHLUNCK. “Article 98”. En: TRIFFTERER, Otto. Op. cit. p. 1132.

²⁵ Véase GAETA, Paola. “Official Capacity and Immunities”. En: CASSESE, Antonio; GAETA, Paola y John JONES. “The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary”. Volumen I. Nueva York: Oxford University Press. 2002. p. 962 y siguientes.

constituiría siempre una *conditio sine qua non* para la ejecución de una orden de detención y solicitud de traslado con respecto a individuos que gozan de inmunidades personales según el Derecho Internacional. Según Akande²⁶, esta primera interpretación no anula del todo el efecto del artículo 27, pero le deja poco alcance al mismo.

Por lo tanto, coincidimos plenamente con Gaeta al considerar que esta primera interpretación es incoherente con el objeto y fin del tratado²⁷. Precisamente, al admitir que la renuncia de la inmunidad será siempre necesaria, más allá de que el Estado requirente sea o no un Estado parte, estaríamos admitiendo que, en efecto, el artículo 27.2 resulta bastante inútil. Pues, como bien señala Akande, el artículo 27.2 resultaría efectivamente inútil si no se prevé supuesto alguno en que los individuos que gocen de las inmunidades personales puedan ser llevados ante la Corte²⁸.

Para dotar no sólo de utilidad, sino también de sentido al artículo 27, será necesario acudir a una interpretación más realista e integradora del artículo 98.1, precisamente aquella que guarde coherencia con el objeto y fin del tratado. En este sentido, Gaeta²⁹ es de la posición que el artículo 98.1 solamente exigirá la renuncia de la inmunidad, como *conditio sine qua non* para que la Corte emita una orden de detención, cuando el Estado requerido haya contraído una obligación internacional con un Estado que no es parte del Estatuto de Roma. Solamente en este supuesto es que el Estatuto de Roma mantiene las inmunidades personales establecidas en el Derecho Internacional consuetudinario de aquellos funcionarios de los Estados que no hayan ratificado el Estatuto³⁰. En opinión de Akande:

“A more compelling argument in support of the view that article 98.1 benefits only non-parties is that an interpretation that allows officials of states parties to rely on international law immunities when they are in other states would deprive the statute of its stated purpose of preventing impunity and ensuring that the most serious crimes of international concern do not go unpunished”³¹.

Por lo tanto, para que sea aplicable el supuesto previsto en el artículo 98.1, el tercer Estado –bajo esta segunda interpretación, deberá entenderse al término “tercer Estado”, como Estado no parte al Estatuto³²– en la relación triangular (el Estado requirente) deberá ser un Estado no parte al Estatuto que no tenga una obligación de cooperar con la Corte y que no esté obligado bajo el principio de complementariedad³³. En efecto, la lógica detrás de esta segunda interpretación radica en el hecho de que el tercer Estado (que no es parte al Estatuto), al no estar vinculado con la Corte, no tiene la obligación, ante ésta, de juzgar a un nacional suyo del cual se sospecha haya cometido algún crimen dentro de la competencia de la Corte. Por consiguiente, el Estado requirente, que no ha ratificado el Estatuto de Roma, no tiene una relación vertical para con la Corte, y se deberá honrar las obligaciones internacionales contraídas entre el Estado requerido, que es parte del Estatuto, y el Estado requirente que no es parte del Estatuto, por lo que la Corte deberá esperar, en esta situación, a que se dé una renuncia a la inmunidad del agente por parte del Estado requirente para poder proceder con la orden de detención. Esta situación tiene una excepción: La remisión de un caso por el Consejo de Seguridad, donde se activa el artículo 103 de la Carta de la ONU, por lo que todos los Estados miembros de la ONU tendrán la obligación

²⁶ AKANDE, Dapo. “International Law Immunities and the International Criminal Court”. En: American Journal of International Law 98. Tomo III. 2004. p. 424.

²⁷ GAETA, Paola. Op. cit. p. 993.

²⁸ AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 425.

²⁹ GAETA, Paola. Op. cit. p. 994.

³⁰ Ello siempre y cuando la Corte no obtenga, previamente, una renuncia de inmunidad por parte del Estado no parte al Estatuto.

³¹ AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 423.

³² Véase GAETA, Paola. Op. cit. Loc. cit.

³³ El principio de complementariedad, recogido tanto en el Preámbulo del Estatuto de Roma como en los artículos 1 y 17 del mismo, establece que los Estados tienen jurisdicción primaria para investigar y enjuiciar a los presuntos autores de crímenes internacionales. Dado ello, según este principio, la Corte Penal Internacional únicamente ejercerá su competencia cuando los Estados no quieran (falta de voluntad) o no puedan (falta de capacidad) llevar a cabo tales procesos.

de cooperar en la entrega y/o detención del acusado, más allá del consentimiento de los Estados implicados³⁴. Este es el caso tanto de Omar al Bashir como, en su momento, de Muammar Gaddafi (antes de su fallecimiento), dado que tanto la situación en Darfur cuanto la situación en Libia se derivan de remisiones por parte del Consejo de Seguridad (en el cual no entra en juego los conectores de territorialidad ni de personalidad).

Tal como podemos apreciar, la derogación de las inmunidades planteada en el artículo 27 del Estatuto no sólo opera a nivel vertical (entre la Corte y el Estado requerido) sino que opera también a nivel horizontal en las relaciones *vis-à-vis* entre los Estados parte al Estatuto de Roma³⁵. Precisamente, si el Estado requerido se encuentra obligado *vis-à-vis* con un Estado parte del Estatuto, no se requiere una renuncia previa a la inmunidad por parte del Estado requirente, para que la Corte pueda emitir una orden de detención o traslado de aquellos individuos que, en las relaciones internacionales entre el Estado requerido y el Estado requirente gozan de inmunidades. Después de todo, aquel Estado requirente que haya ratificado el Estatuto de Roma tiene también la obligación de cooperar con la Corte. En este sentido, en virtud del artículo 98.1 así como la obligación de cooperación con la Corte plasmada en los artículos 86 y siguientes del Estatuto de Roma, el Estado requerido se encuentra obligado a acatar una solicitud de entrega de la Corte aún si el Estado requirente –siempre y cuando sea un Estado parte al Estatuto o en su defecto haya habido una remisión por el Consejo– no tenga la intención de renunciar a la inmunidad del acusado. Ello, claro está, debe analizarse a la luz del principio de complementariedad, en la medida que si el Estado requirente tiene la intención (y pueda hacerlo) de juzgar al sospechoso, entonces el

Estado requerido podrá entregarlo al Estado requirente.

Atendiendo a ello, podemos afirmar que el Estatuto de Roma que crea la Corte no deroga las inmunidades generales del Derecho Internacional, sino tan sólo las deroga para efectos de la entrega ante la Corte, tanto a nivel vertical, cuanto a nivel horizontal en las relaciones internacionales entre los Estados parte al Estatuto³⁶.

Es atendiendo al artículo 27 que la Fiscalía solicitó a la Sala de Cuestiones Preliminares I una orden de detención contra el ex Presidente Libio, Muammar Gaddafi, la cual fue emitida por esta Sala el 27 de junio de 2011. En dicho orden de detención, a Muammar Gaddafi se le imputaron dos cargos de crímenes de lesa humanidad como coautor mediato: Asesinato como crimen de lesa humanidad y persecución (de un grupo o colectividad con identidad propia) como crimen de lesa humanidad.

Por otro lado, cabe referirnos al caso contra el antiguo presidente de Costa de Marfil, Laurent Gbagbo, quien ya se encuentra en La Haya a la espera de la apertura del juicio contra su persona ante la Corte Penal Internacional. El 23 de junio de 2011, el entonces Fiscal de la Corte, Luis Moreno Ocampo, solicitó a los jueces de la Corte autorización para la apertura de una investigación en Costa de Marfil, acudiendo a sus facultades de iniciar una investigación de *proprio motu*, según lo estipulado en el artículo 15 del Estatuto. Dicha solicitud se hizo con el fin de investigar presuntos crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad cometidos en aquel país desde el 28 de noviembre de 2010. La decisión del Fiscal se basó en los acontecimientos ocurridos en el marco de la violencia post electoral de 2010, la cual dejó

³⁴ LIROLA DELGADO, Isabel y Magdalena MARTÍN MARTÍNEZ. “La Corte Penal Internacional, Justicia vs. Impunidad”. Barcelona: Ariel. 2001. p. 146.

³⁵ Si bien Gaeta afirma, en la página 996 de la obra citada, que “Indeed the derogation from customary (and treaty) law provided for in the Statute only operates within the framework of vertical relations [...] By contrast, that derogation does not operate at the horizontal level, i.e. at the level of relations between **States Parties** to the Statute” [El énfasis es nuestro], la autora se corrige en la página 1000, al precisar que “Thus, an important derogation from customary international law is provided for in the Statute. However, this derogation only operates (i) at the vertical level [...] and (ii) by virtue of Article 98(1), only in the reciprocal relationships between States Parties to the Statute” [El énfasis es nuestro]. Véase GAETA, Paola. Op. cit. pp. 996 y 1000. Asimismo, sobre la relación vertical y horizontal entre los Estados y el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Blaskić (subpoena)*. Decisión del 29 de octubre de 1997 (Cámara de Apelaciones). párrafo 47.

³⁶ Véase al respecto AKANDE, Dapo. Op. cit. p. 424.

un saldo de 3000 muertos, 72 desaparecidos y 520 personas privadas de su libertad arbitrariamente, según las cifras presentadas por la Fiscalía en su solicitud.

Si bien Costa de Marfil no era, a la fecha, un Estado parte al Estatuto, tanto el propio Gbagbo cuanto su sucesor, Alassane Ouattara, habían solicitado a la Corte la apertura de una investigación en Costa de Marfil, haciendo uso del artículo 12.3 del Estatuto, el cual permite a un Estado no parte al Estatuto solicitar a la Corte que ejerza competencia sobre un crimen contemplado en el Estatuto de Roma (mientras que Gbagbo había solicitado que la investigación se remonte al año 2003, Ouattara solicitó que la misma se remontara a noviembre 2010)³⁷.

El 3 de octubre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III autorizó al Fiscal abrir la investigación en Costa de Marfil por hechos acaecidos desde el 28 de noviembre de 2010 y, el 22 de febrero de 2012, la misma Sala expandió el ámbito de investigación para incluir también crímenes cometidos entre el 19 de setiembre de 2002 y el 28 de noviembre de 2010, por crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad presuntamente cometidos tanto por las fuerzas de Gbagbo cuanto por fuerzas de su rival político Ouattara. Dichos crímenes incluirían asesinato, violación sexual, desaparición forzada, saqueos, tortura, privación arbitraria de la libertad y ataques contra la población civil. El 23 de noviembre de 2011, la Sala de Cuestiones Preliminares III emitió una orden de detención contra Laurent Gbagbo, acusándolo, bajo coautoría mediata, de cuatro crímenes de lesa humanidad: Asesinato, violación y otras formas de violencia sexual, persecución y otros actos inhumanos. Gbagbo fue transferido a La Haya en noviembre de 2011 y la audiencia para la confirmación de cargos se inició el 19 de febrero del presente año.

Cabe precisar que, si bien a la fecha de confirmación de cargos Gbagbo ya no era presidente

en funciones, la Fiscalía ha precisado que investigará los presuntos crímenes cometidos tanto por los simpatizantes de Gbagbo cuanto por los simpatizantes de Ouattara, por lo que tocará estar atentos a si la Fiscalía determina algún grado de responsabilidad del actual Presidente de Costa de Marfil.

En lo que se refiere a la situación de Kenia, el 8 de marzo de 2011, la Corte emitió una orden de comparecencia contra el actual Presidente de Kenia, Uhuru Kenyatta (en ese entonces se desempeñaba como vice primer ministro), junto con otras 5 personas de nacionalidad keniana³⁸. Al momento de la orden de comparecencia, los seis individuos ocupaban altos cargos gubernamentales. A la fecha, únicamente tres de ellos –Uhuru Kenyatta, William Ruto (actual vicepresidente de Kenia) y Joshua Sang– continúan en juicio, ya que la Corte no confirmó los cargos contra dos de los sospechosos (Mohammed Hussein Ali y Henry Kiprono Kosgey) y, seguidamente, retiró los cargos contra un tercer sospechoso (Francis Muthaura). La fase formal del juicio se iniciaría el 28 de mayo de 2013 para Ruto y Sang, y el 9 de julio de 2013 para Kenyatta (a la fecha sólo se ha procedido con la confirmación de cargos)³⁹.

En la confirmación de cargos contra Kenyatta, emitida el 23 de enero de 2012, se le acusa, en calidad de coautor mediato, por cinco cargos de lesa humanidad, a saber, asesinato, deportación o traslado forzoso de población, violación sexual, persecución y otros actos inhumanos.

Finalmente, cabe destacar que la Corte Penal Internacional también ha emitido órdenes de detención contra otros altos funcionarios que gozaban (o continúan gozando) de inmunidades: El entonces Ministro del Interior (hoy Ministro de Asuntos Humanitarios) de Sudán, Ahmad Harun; el antiguo vicepresidente de la República Democrática del Congo, Jean Pierre Bemba; el actual Ministro de Defensa de Sudán, Abdel Raheem Hussein;

³⁷ Sobre la situación en Costa de Marfil, véase: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/ICC0211/Pages/situation%20index.aspx.

³⁸ La situación de Kenia fue abierta por el antiguo Fiscal de la Corte Penal Internacional, Moreno Ocampo, en marzo de 2010 para investigar los presuntos crímenes bajo la competencia de la Corte, cometidos tras la violencia que se suscitó en el 2007 y 2008 después de las elecciones generales de diciembre de 2007.

³⁹ Sobre la situación de Kenia, véase la sección relevante en el portal de la Corte Penal Internacional: http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200109/Pages/situation%20index.aspx.

el antiguo Jefe de Inteligencia de Libia, Abdel al-Senussi; así como los altos funcionarios kenianos mencionados.

III. LOS PRECEDENTES DE LOS TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES *AD HOC*

Tal como mencionamos en líneas anteriores, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales que antecedieron a la Corte brindó importantes luces en la desestimación del principio de inmunidad de Jefes de Estado en funciones. En este sentido, un referente inevitable es el caso contra el ex presidente yugoslavo, Slobodan Milosevic.

En su decisión sobre objeciones preliminares en el caso Milosevic, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el principio de inmunidad, atendiendo al hecho de que el ex presidente había presentado una objeción preliminar alegando la falta de competencia del tribunal debido a su cargo oficial⁴⁰. Si bien este argumento no fue explícitamente alegado por el acusado, el hecho de que el *amici curiae* haya hecho alusión a la falta de jurisdicción del tribunal sobre la persona del Presidente Milosevic llevó al tribunal a pronunciarse sobre el artículo 7.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia⁴¹. En este sentido, este Tribunal precisó que no existía razón alguna para objetar la validez del artículo 7.2, y señaló que dicha disposición reflejaba una regla de Derecho Internacional Consuetudinario⁴², precisando que “the customary character of the rule is further supported by its incorpora-

tion in a wide number of other instruments, as well as case law”⁴³, haciendo alusión, de este modo, al artículo IV de la Convención contra el Genocidio, al Principio III de los Principios de Nuremberg, al artículo 7 del Estatuto de Nuremberg, al artículo 6 del Estatuto de Tokio, al artículo 6 del Tribunal del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, al artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Especial para Sierra Leona, al artículo 27 del Estatuto de Roma, y al artículo 7 del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad⁴⁴. El Tribunal hizo especial hincapié en estos dos últimos instrumentos, precisando que “[t]he Chamber cites these two modern instruments as evidence of the customary character of the rule that a Head of State cannot plead his official position as a bar to criminal liability in respect of crimes over which the International Tribunal has jurisdiction”⁴⁵.

En este sentido, en los diversos casos seguidos contra Milosevic, se acusó al mismo de ser responsable penalmente por haber planificado, instigado a cometer, ordenado, cometido o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, según lo dispuesto por el artículo 7.1 de dicho instrumento, el cual regula la responsabilidad penal individual. Asimismo, se le acusó de ser responsable penalmente por los actos u omisiones de sus subordinados, teniendo en cuenta el cargo oficial que ostentaba, según lo estipulado en el artículo 7.3 del Estatuto⁴⁶. Cabe precisar que entre los acusados en el caso IT-99-37

⁴⁰ Cabe precisar que una de las decisiones relativas a la apertura de instrucción (*Indictment*), precisamente la decisión del 24 de mayo de 1999, fue emitida cuando Milosevic continuaba desempeñando su cargo como Presidente de la República Federal de Yugoslavia, teniendo en cuenta que el mismo dejó su cargo el 6 de octubre del año 2000. Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic (“Kosovo”), Milan Milutinovic, Nikola Sianovic, Dragoljub Ojdanic, Vljako Stojiljkovic*. Caso IT-99-37. Decisión del 24 de mayo de 1999 (apertura de instrucción). Milosevic fue Presidente de la República Federal de Yugoslavia entre el 23 de julio de 1997 y el 6 de octubre del 2000. Anteriormente, ocupó el cargo de Presidente de la República de Serbia, entre el 8 de mayo de 1989 y julio de 1997, ocupando dicho cargo en dos ocasiones (fue reelecto el 20 de diciembre de 1992).

⁴¹ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*. Decisión del 8 de noviembre del 2001 (decisión sobre objeciones preliminares). párrafo 26.

⁴² “There is absolutely no basis for challenging the validity of Article 7, paragraph 2, which at this time reflects a rule of customary international law”. *Ibid.* párrafo 28.

⁴³ *Ibid.* párrafo 29.

⁴⁴ *Ibid.* párrafos 29-30.

⁴⁵ *Ibid.* párrafo 31.

⁴⁶ La última apertura de instrucción, o *indictment*, fue presentada contra Milosevic el 19 de diciembre del 2006. Sin embargo, el Tribunal nunca llegó a pronunciarse de manera definitiva sobre la responsabilidad del mismo

se encontraba el entonces Presidente de Serbia, Milan Milutinovic, quien ejerció dicho cargo entre el 21 de diciembre de 1997 y diciembre del 2005. Como presidente de Serbia, el mismo gozaba de la autoridad *de jure* y *de facto* sobre numerosas instituciones esenciales para, o relacionadas a, la comisión de los crímenes por los que fue acusado, por lo que no solamente se le acusó de ser responsable personalmente por algunos de los crímenes bajo la competencia del Tribunal, según lo estipulado en el artículo 7.1 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, sino también de ser responsable por los actos u omisiones cometidos por sus subordinados, según lo estipulado en el artículo 7.3 del mismo instrumento normativo⁴⁷.

Finalmente, cabe traer a colación el caso de Radovan Karadzic, capturado en el 2008, después de casi una década viviendo en la clandestinidad⁴⁸. Karadzic ocupó, entre el 1 de julio de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, el cargo de Presidente de la presidencia de la República Serbia⁴⁹, y ejerció poderes y control formales y *de facto* sobre las fuerzas bosnio-serbias y otras autoridades gubernamentales⁵⁰. El 17 de diciembre se desintegró la presidencia de la República de Serbia y Karadzic fue elegido Presidente único de la República de Serbia (Republika Srpska). Como tal, Karadzic era Comandante en Jefe de las fuerzas armadas de Serbia. En esta medida, en la apertura de instrucción (*amended indictment*) contra su persona, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia estableció que Karadzic tenía conocimiento, o debió tener conocimiento, de que las fuerzas bajo su mando se encontraban cometiendo

crímenes internacionales. En la apertura de instrucción, Karadzic fue acusado por la comisión de crímenes de lesa humanidad, genocidio, y crímenes de guerra, entre ellos la masacre de Srebrenica. De este modo, el tribunal estableció lo siguiente:

“Radovan Karadzic, both through the formal positions alleged above, and pursuant to his *de facto* power, also had the authority to punish or to initiate the investigations or proceedings against any persons or members of the armed forces under his command who were believed to have committed crimes on the territory of the Serbian republic”⁵¹.

“Therefore, between 1 July 1991 and 30 November 1995, both through the formal positions alleged above, and pursuant to his *de facto* power, Radovan Karadzic knew or had reason to know that Bosnian Serb forces under the Bosnian Serb leadership direction and control; were committing the crimes alleged in this indictment or had done so, and failed to take necessary and reasonable measures to prevent such acts or punish the perpetrators thereof”⁵².

Asimismo, cabe precisar que en la moción para enmendar la primera apertura de instrucción enmendada (Motion to Amend the First Amended Indictment), el Procurador del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia solicitó al tribunal establezca que Karadzic participó en estos hechos “en concierto” con otros acusados, por lo que se aplicó la figura de responsabilidad por *Joint Criminal Enterprise* (empresa criminal conjunta)⁵³. El Tribunal aceptó esta moción⁵⁴.

teniendo en cuenta que Milosevic fue encontrado sin vida el 11 de marzo del 2006, en su celda en el centro de detención del tribunal en la Haya, donde se encontraba detenido.

⁴⁷ Se trataba de una Presidencia colegiada. Véase al respecto TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Milan Milutinovic* (Third Amended Indictment). Caso IT-99-37-PT. Decisión del 5 de septiembre del 2002 (apertura de instrucción). párrafos 29-36.

⁴⁸ El Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia anunció su captura el 21 de julio de 2008. A su vez, la primera presencia de Karadzic ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia se realizó el 31 de julio de 2008.

⁴⁹ Se trataba de una presidencia tri-partita, que contaba a su vez con un Presidente.

⁵⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Radovan Karadzic* (Amended Indictment). Caso IT-95-5/18-I. Sentencia del 31 de mayo de 2000. párrafos 60-61.

⁵¹ *Ibid.*, párrafo. 64.

⁵² *Ibid.*, párrafo 65.

⁵³ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Radovan Karadzic* (Motion to Amend the First Amended Indictment). Caso IT-95-5/18-I. Sentencia del 22 de septiembre de 2008. párrafo 10.

⁵⁴ *Ibid.* Sentencia del 5 de noviembre de 2008.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda también se ha pronunciado sobre la desestimación del cargo oficial, y ha llegado incluso a condenar a un ex Jefe de Gobierno por los delitos de genocidio, conspiración para cometer genocidio, incitación al genocidio, complicidad en el genocidio, crímenes contra la humanidad (asesinato), y crímenes contra la humanidad (exterminio). En efecto, en su sentencia del 4 de setiembre de 1998, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó al ex Primer Ministro de Ruanda, Jean Kambanda, a cadena perpetua por la comisión de estos seis crímenes (donde Kambanda admitió su culpabilidad ante las seis acusaciones).

Jean Kambanda fue Primer Ministro de Ruanda del gobierno interino⁵⁵, entre el 8 de abril y el 17 de julio de 1994, día en que abandonó el territorio de Ruanda. Como Primer Ministro, era el Jefe de Gobierno, según lo establecido por la Constitución de Ruanda del 10 de junio de 1991, en vista de que el Jefe de Estado era el Presidente de la República. En tal calidad, Kambanda proponía los distintos ministros ante el Presidente de la República, establecía las funciones de dichos ministros, controlaba la política nacional del gobierno, administraba las fuerzas armadas, y nombraba a los prefectos, quienes eran las personas encargadas de mantener la paz y el orden dentro de cada prefectura y quienes, se ha demostrado, cumplieron un rol activo en la masacre de la población tutsi⁵⁶. Asimismo, Jean Kambanda ejercía un poder *de jure* y *de facto* sobre las altas jerarquías militares así como gubernamentales. La responsabilidad penal individual de Kambanda, según lo estipulado en el artículo 6.1 del estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, fue también demostrada teniendo en cuenta que él mismo presidió diversos consejos de ministros, donde se discutió las masacres

cometidas contra la población civil, en su mayoría tutsis pero también hutus moderados. En este sentido, el tribunal precisó que, en su capacidad de Primer Ministro, Kambanda falló en proveer seguridad al pueblo ruandés. Ello también queda demostrado por el hecho de que, durante sus sendas visitas a las distintas prefecturas, Kambanda tomó conocimiento, o debió tomar conocimiento, de las masacres contra la población tutsi⁵⁷. Asimismo, Kambanda pronunció algunos discursos incitando a la población a que cometieran masacres contra la población tutsi, como fue el discurso pronunciado el 21 de abril de 1994 en la Radio Télévision Libre des Mille Collines, a sabiendas que dicha radio incitaba a la matanza y exterminio del pueblo, y donde señaló expresamente que dicha radio constituía “an indispensable weapon in the fight against the enemy”⁵⁸. Entre otros actos cometidos u ordenados por Kambanda cabe precisar la orden de eliminar a aquellos niños que se encontraban en algunos hospitales ruandeses y que habían sobrevivido a las masacres, la orden de instaurar garitas de control que permitieran identificar a la población tutsi para efectos de su exterminio, así como la distribución de armas y municiones para la realización de las masacres (y a sabiendas que las mismas serían utilizadas para estos efectos)⁵⁹.

El propio Kambanda reconoció su responsabilidad por dichos actos⁶⁰, y la defensa pretendió utilizar este factor como una causa atenuante para la sentencia final, alegando que con ello se buscaba incentivar a otros presuntos responsables a entregarse y declarar ante el tribunal, y promover de este modo la reconciliación en Ruanda⁶¹. Sin embargo, ello no prosperó, teniendo en cuenta, según lo estipulado por el tribunal, el carácter especialmente grave de las ofensas, el hecho de que Kambanda cometió dichos actos

⁵⁵ Tras el asesinato, el 6 de abril de 1994, del presidente Juvenal Habyarimanas, el 7 de abril de 1994 el ejército ruandés convocó una reunión en el Ministerio de Defensa para formar un gobierno interino, el cual fue formado el 8 de abril, y donde se designó a Jean Kambanda como Primer Ministro. Dicho gobierno interino juramentó el 9 de abril.

⁵⁶ Véase TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Jean Kambanda* (Indictment). Caso ICTR-97-23-DP. Decisión del 16 de octubre de 1997 (apertura de instrucción), párrafos 3.6-3.7. Véase también: *Ibíd.* Sentencia del 4 de setiembre de 1998. párrafos 39(ii) y 39(iii).

⁵⁷ Véase *Ibíd.* Decisión del 16 de octubre de 1997 (apertura de instrucción). párrafos 3.8-3-11.

⁵⁸ *Ibíd.* párrafo 3.12

⁵⁹ *Ibíd.* párrafos 3.15, 3.17 y 3.18.

⁶⁰ *Ibíd.* Sentencia del 4 de setiembre de 1998. párrafo 39.

⁶¹ *Ibíd.* párrafos 46-61

de manera premeditada (lo que demuestra la intención detrás de los mismos) y finalmente, atendiendo al cargo que desempeñaba⁶². El tribunal enfatizó esta última razón, y consideró que, precisamente, dicho cargo implicaba un agravante ya que “Jean Kambanda, as Prime Minister of Rwanda was entrusted with the duty and authority to protect the population and he abused this trust”⁶³. En efecto, con respecto al abuso del cargo que ostentaba, el tribunal precisó lo siguiente:

“The crimes were committed during the time when Jean Kambanda was Primer Minister and **he and his government were responsible for maintenance of peace and security. Jean Kambanda abused his authority and the trust of the civilian population.** He personally participated in the genocide by distributing arms, making incendiary speeches and presiding over cabinet and other meetings where the massacres were planned and discussed. He failed to take necessary and reasonable measures to prevent his subordinates from committing crimes against the population. Abuse of positions of authority or trust is generally considered an aggravating factor”⁶⁴ [El énfasis es nuestro].

Ahora bien, si bien las masacres cometidas en Ruanda fueron principalmente cometidas por miembros de la milicia *Interahamwe*, lo cierto es que, tal como se demostró en *Kambanda*, así como en otros casos tales como el caso *Bizimungu*, muchas de las masacres fueron cometidas bajo la anuencia del gobierno interino dirigido por Kambanda, e, incluso, ordenadas por altos mandos militares y funcionarios gubernamentales. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional

para Ruanda hizo alusión a una directiva emitida por Jean Kambanda el 25 de mayo de 1994, denominada **Directiva sobre Defensa Civil** (Directiva 024-0273), y dirigida a los distintos prefectos, en la cual se alentaba y refortalecía al *Interahamwe* que se encontraba cometiendo masacres contra la población tutsi en las distintas prefecturas. En este sentido, el propio Kambanda reconoció que, bajo esta directiva, el gobierno asumió la responsabilidad por las acciones del *Interahamwe*⁶⁵.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda ha dejado constancia de la participación de altos agentes estatales en el planeamiento, conspiración, comisión y suministro de órdenes para la comisión de masacres y genocidio contra la población civil, en su mayoría de origen tutsi. En este sentido, en el caso *Bizimungu*⁶⁶, el tribunal acusó, en su decisión de apertura de instrucción, a cuatro ex ministros⁶⁷ del gobierno interino por la comisión de estos actos. El tribunal hizo especial hincapié en el hecho de que los cuatro acusados permanecieron en sus puestos entre el 9 de abril de 1994 y mediados de julio, sin renunciar a ellos, a pesar de que la constitución de Ruanda permite la renuncia a los mismos. Durante este período, los cuatro acusados tampoco criticaron ni incumplieron las políticas criminales del gobierno interino. Los acusados participaron en el planeamiento de las masacres, incitaron al genocidio y a la violencia, participaron en la distribución de armamento y en el despido de autoridades gubernamentales, y ejercieron su poder sobre las autoridades locales y la milicia, incluyendo al *Interahamwe*. Atendiendo a estos actos, el

⁶² Ibíd. párrafo 61 (B).

⁶³ Ibíd. párrafo 61 (B) (vii).

⁶⁴ Ibíd. párrafo 44.

⁶⁵ Ibíd. párrafo 39(v). En este sentido, cabe precisar que dichos actos podrían acarrear, aparte de la responsabilidad penal individual de los autores, la responsabilidad internacional del Estado, según lo estipulado por el artículo 8 del Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En este sentido, dicha disposición establece que “[s]e considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento”.

⁶⁶ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Bizimungu*. Caso ICTR-99-50-I. Decisión del 7 de mayo de 1999 (apertura de instrucción).

⁶⁷ De este modo, se abrió instrucción contra Casimir Bizimungu, Ministro de Relaciones Exteriores y Ministro de Salud del gobierno interino; Justin Mugenzi, Ministro de Comercio del gobierno interino; Prosper Mugiraneza, Ministro de Trabajo y Ministro de Servicio Civil del gobierno interino; y Jérôme Bicamumpaka, Ministro de Relaciones Exteriores del gobierno interino. Los procesos contra los cuatro acusados (actualmente cuatro procesos distintos) aún no han culminado.

tribunal precisó, en la apertura de instrucción, la responsabilidad tanto directa como por omisión, así como la responsabilidad de mando, de los cuatro acusados. Asimismo, en su sentencia del 15 de julio del 2004, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda condenó al ex Ministro de Finanzas del gobierno interino, Emmanuel Ndingabahizi, (ministro entre abril y julio de 1994) a cadena perpetua por la comisión de crímenes de genocidio, exterminio y asesinato⁶⁸.

Por último, no deseamos dejar de mencionar el caso contra el ex Presidente de Liberia, Charles Taylor, quien, fue condenado por el Tribunal Especial de Sierra Leona en mayo de 2012 a una pena de 50 años por once cargos de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Al momento de la emisión de la orden de detención contra Taylor por parte de dicho tribunal, efectuada el 4 de junio de 2003, éste se desempeñaba aún como Jefe de Estado de Liberia⁶⁹.

De lo expuesto en estos casos, cabe destacar la atribución de responsabilidad a los altos funcionarios, sea por coautoría mediata (figura recogida en el Estatuto de Roma) o bajo la figura de la Empresa Criminal Conjunta (figura recogida en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, mas no contemplada en el Estatuto de Roma). Además, no podemos dejar de destacar la importancia que le atribuyen estos tribunales a la posición de los altos funcionarios y el deber de protección que tenían para con la población. Así, tras el intento de los abogados defensores de estos acusados (sobre todo ante los tribunales *ad hoc*) de lograr que los jueces consideren sus cargos oficiales como atenuantes de la pena (al no poder conseguir eximentes), destaca el razonamiento de los jueces de dichos tribunales, que se decantan, más bien, por considerar dichos cargos como un agravante.

De este modo, en el caso *Babic*, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia destacó el carácter agravante de la comisión de un crimen internacional por parte de un alto funcionario, al ser ello un claro abuso del cargo. En este sentido, en su sentencia del 18 de julio del 2005, precisó lo siguiente:

“The jurisprudence of the Tribunal accepts that a high-ranking position of leadership held by a person criminally responsible under Article 7(1) of the Statute may be taken into account **as an aggravating factor** [...] In the Krstic case, the Trial Chamber justified this proposition by stating that ‘the consequences of a person’s acts are necessarily more serious if he is at the apex of a military or political hierarchy and uses his position to commit crimes’ [...] Similarly, in the Mrdja case, Darko Mrdja pleaded guilty to the crime of murder and the Trial Chamber found that the fact that he was a policeman aggravated, to a limited extent, his sentence because ‘the commission of this type of crime undoubtedly violated the public authority invested in police officers’⁷⁰ [El énfasis es nuestro].

Similar argumentación ha sido presentada por la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. En su solicitud a los jueces para la emisión de una orden de detención contra Omar al Bashir, el ex Fiscal de la Corte, Moreno Ocampo, hizo especial hincapié en el empleo del cargo para la comisión de dichos crímenes, al precisar que “At all times relevant to this Application, Al Bashir has been President of the Republic of the Sudan, exercising both *de jure* and *de facto* sovereign authority, Head of the National Congress Party and Commander in Chief of the Armed Forces. He sits at the apex of, and personally directs, the state’s hierarchical structure of authority and the integration of the Militia/Janjaweed within

⁶⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. *Prosecutor v. Emmanuel Ndingabahizi*. Caso ICTR-2000-71-I. Sentencia del 15 de julio del 2004 (Cámara de Primera Instancia).

⁶⁹ Al momento de la emisión de la orden de detención, Taylor se encontraba en Ghana, y las autoridades ghanesas se rehusaron a entregarlo, alegando que dicha orden no estaba dirigida a ellas. La orden de detención fue adoptada por el Tribunal Especial de Sierra Leona el 7 de marzo de 2003, en el auto de apertura de instrucción. No obstante, por decisión de dicho tribunal, la apertura de instrucción y la orden de detención se mantuvieron selladas hasta el 4 de junio siguiente. Sobre el caso Taylor ante la Corte Especial de Sierra Leona véase KLINGBERG, Vanessa. “(Former) Heads of State Before International(ized) Criminal Courts: the Case of Charles Taylor Before the Special Court for Sierra Leone”. En: German Yearbook of International Law 46. 2003. pp. 537-564. Para una cobertura extensa del juicio y de la condena, véase: <http://www.hrw.org/news/2012/04/16/charles-taylor-qa-case-prosecutor-v-charles-ghankay-taylor-special-court-sierra-leon>.

⁷⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA. *Prosecutor v. Milan Babic* (Cámara de Apelaciones). Caso IT-03-72-A. Sentencia del 18 de julio del 2005. párrafo 59.

such structure. He is the mastermind behind the alleged crimes. He has absolute control”⁷¹.

A su vez, precisó que:

“Al Bashir controls and directs the perpetrators. The commission of those crimes on such a scale, and for such a long period of time, the targeting of civilians and in particular the Fur, Masalit and Zaghawa, the impunity enjoyed by the perpetrators, and the systematic cover-up of the crimes through public official statements, are evidence of a plan based on the mobilization of the state apparatus, including the armed forces, the intelligence services, the diplomatic and public information bureaucracies, and the justice system”⁷².

Por su parte, en la orden de detención emitida contra Muammar Gaddafi, la Sala de Cuestiones Preliminares I determinó que Gaddafi habría planeado y ordenado la comisión de crímenes internacionales en virtud de su posición como Jefe de Estado de Libia:

“Considering that, in light of the Materials, there are reasonable grounds to believe that Muammar Gaddafi, as the recognised and undisputed leader of Libya had, at all times relevant to the Prosecutor’s Application, absolute, ultimate and unquestioned control over the Libyan State apparatus of power, including the Security Forces, and that, by virtue of that position and in coordination with his inner circle, including his son Saif Al-Islam Gaddafi, he conceived and orchestrated a plan to deter and quell, by all means, the civilian demonstration against his regime [...]”⁷³.

IV. LA COOPERACIÓN DE LOS ESTADOS CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: LOS DESAFÍOS PARTICULARES ANTE LOS JEFES DE ESTADO

De los cuatro Jefes de Estado acusados ante la Corte Penal Internacional, sólo uno de

ellos (Laurent Gbagbo) se encuentra ya en La Haya a la espera del inicio de su juicio ante la Corte (aunque ya en su capacidad de ex Jefe de Estado). Uno de los acusados ya falleció (Gaddafi), otro se ha presentado voluntariamente a la Corte para su audiencia de confirmación de cargos (Kenyatta) y finalmente otro se encuentra prófugo de la justicia pero continúa en su cargo de presidente (Bashir).

El caso de Bashir plantea, sin duda, una serie de desafíos para la Corte Penal Internacional, y le corresponde a los Estados cooperar con la Corte para garantizar la entrega del mismo. Si bien todos los Estados parte al Estatuto se encuentran obligados a cooperar con la Corte, con arreglo a la Parte IX del Estatuto, debemos recordar que la situación de Darfur surge a partir de una remisión por parte del Consejo de Seguridad, donde este último órgano hace un llamado a todos los Estados a cooperar con la Corte respecto de este caso (aunque reconoce expresamente que los Estados no parte no tienen la obligación de cooperar con la Corte). Si bien existen posiciones que consideran que el Consejo debió haber incluido una obligación general de cooperación para todos los Estados miembros de la ONU en la situación de Darfur, lo cierto es que ya se han dado instancias en que Estados que sí son parte al Estatuto han infringido su obligación de cooperar con la Corte al recibir tanto a Bashir como a algunos de sus ministros requeridos por la Corte en sus territorios, sin proceder a una detención y subsiguiente entrega.

Un factor en esta falta de cooperación ha sido el rol jugado por la Unión Africana, que ha emitido una decisión de no cooperación con la Corte, ante la inacción del Consejo de Seguridad respecto a los pedidos de la Unión Africana de que el Consejo solicite a la Corte una suspensión de la investigación en el caso contra Bashir. La Unión Africana, alegando el artículo 98 de la Corte, ha precisado que el principio de inmunidad debe ser considerado y, bajo la influencia de Sudán, emitió, en

⁷¹ Summary of the Case. Prosecutor’s Application for Warrant of Arrest under Article 58 against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, adoptada el 14 de julio de 2008. Véase en www.icc-cpi.int/library/cases/ICC-02-05-152-ENG.pdf, párrafo 3.

⁷² *Ibid.* párrafo 40.

⁷³ CORTE PENAL INTERNACIONAL. Warrant of Arrest for Muammar Gaddafi. Sala de Cuestiones Preliminares I. Decisión del 27 de junio de 2011.

el 2009, una decisión determinando la no cooperación de la Unión Africana con la Corte, reiterada en el 2010⁷⁴. Si bien este no es el reflejo de la posición de los Estados africanos *per se* (a la fecha, 33 Estados africanos son parte al Estatuto), la posición de la Unión Africana presenta un desafío importante para la cooperación de los Estados parte en el continente africano frente a la Corte. Ello se puso en evidencia ante las invitaciones de Malawi y Chad —ambos Estados parte al Estatuto de Roma— al presidente Bashir (que se concretaron en tres visitas oficiales a Chad y una a Malawi), lo que llevó finalmente a que la Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte emitiera tres decisión sobre no cooperación de Chad y Malawi respecto a la detención y entrega de Bashir⁷⁵.

La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional resulta, por lo tanto, esencial para el efectivo funcionamiento de la Corte. Dicha obligación, cuyos elementos se mencionan con detalle en la Sección IX del Estatuto, no sólo implica la capacidad de arrestar y entregar a una persona requerida por la Corte, sino que también implica tomar las medidas necesarias para poder ejecutar las órdenes de detención a nivel nacional (donde resalta, en América Latina, los pasos en este sentido tomados por Brasil, Bolivia y Perú); poder brindar información y documentación en forma segura a la Corte; tomar medidas en torno a la protección de víctimas y testigos; ratificar el Acuerdo de Privilegios e Inmunidades que le permite a los funcionarios de la Corte realizar su labor de manera eficaz e independiente; celebrar acuerdos de ejecución de sentencias, de protección de testigos, de reubicación de personas absueltas, entre otros.

Al adentrarnos en el undécimo aniversario de la puesta en funcionamiento de la Corte, debemos reflexionar sobre los logros del sistema instaurado por el Estatuto de Roma a la fecha, pero también sobre los desafíos que deberá enfrentar la Corte en su segunda década de existencia: La creciente carga laboral ante la apertura de nuevos casos y situaciones debe conciliarse con un presupuesto que los Estados buscan limitar ante la crisis financiera internacional; el sistema de reparaciones a las víctimas y comunidades afectadas debe aún ser perfeccionado; se deben evitar situaciones de politización, que si bien son ajenas a la Corte, terminan reflejando sobre la misma (pensemos, por ejemplo, en el llamado de varios actores de la comunidad internacional a que el Consejo de Seguridad tome las medidas necesarias para referir la situación de Siria a la Corte). No obstante, el comienzo de una nueva década también presenta una oportunidad para destacar los avances del sistema del Estatuto de Roma: La inclusión de principios esenciales para la lucha contra la impunidad, como es la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, la desestimación de obediencia debida como defensa, y la desestimación del principio de inmunidad. Otros logros concretos han sido la primera condena emitida en el 2012 contra el líder guerrillero congolés Thomas Lubanga, así como el desarrollo en la participación de víctimas durante el proceso.

Sin duda hay una larga tarea por hacer, y le corresponde a los Estados adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los prófugos de la justicia internacional no permanezcan impunes.

⁷⁴ Véase: “Assembly of the African Union. Decision On The Progress Report Of The Commission On The Implementation Of Decision Assembly/Au/Dec.270(Xiv) On The Second Ministerial Meeting On The Rome Statute Of The International Criminal Court”. Assembly/AU/10(XV). Kampala, Uganda. 25-27 de julio de 2010.

⁷⁵ Véase: CORTE PENAL INTERNACIONAL. “Decision on the Non-compliance of the Republic of Chad with the Cooperation Requests Issued by the Court Regarding the Arrest and Surrender Omar Hassan Ahmad al-Bashir”. Decisión del 26 de marzo de 2013 de la Sala de Cuestiones Preliminares II. Véase también las decisiones anteriores sobre Chad del 13 de diciembre de 2011 y sobre Malawi del 12 de diciembre de 2012. http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200205/related%20cases/icc02050109/court%20records/chambers/Pages/index.aspx.

HERNÁNDEZ & CÍA.

A B O G A D O S

Av. Javier Prado Oeste 795
Magdalena del Mar • Lima • Perú
t (511) 611 5151
f (511) 628 8292



estudio@ehernandez.com.pe
www.ehernandez.com.pe

sociedad civil de responsabilidad limitada



Assurance | Tax | Transactions | Advisory

**Mayor confianza
Mejor desempeño
Menores riesgos**

Calidad e innovación para ayudar a alcanzar su potencial

Servicios de Tax:

- Asesoría tributaria
- Cumplimiento fiscal
- Precios de transferencia
- Asesoría laboral
- Aduanas
- Litigios

ey.com

 **ERNST & YOUNG**
Quality In Everything We Do

MISCELÁNEAS

¿ES EL *CODE CIVIL* LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE FRANCIA?*

Rémy Cabrillac**

Napoleón Bonaparte señalaba pretenciosamente que el Code Civil, debido a su sencillez, hizo más bien en Francia que todas las leyes que lo precedieron. No obstante la evidente intención del entonces emperador en realzar sus cualidades personales por su iniciativa en la creación de dicho cuerpo normativo, más que el contenido del mismo, ciertamente es indudable que el Code Civil marcó un hito en el Derecho francés, debido a la función ordenadora y unificadora que tuvo en la sociedad francesa.

Ahora bien, ¿este hecho es suficiente para concluir –como muchos– que el Code Civil es la verdadera constitución de Francia? En otras palabras, ¿acaso basta la dimensión sociológica para determinar el valor constitucional del Code Civil? El profesor francés, de ese modo, analiza y desarrolla el eterno debate acerca del posible valor constitucional del Code Civil.

* El presente artículo tiene como título original “Le Code Civil est-il la véritable Constitution de la France?”, publicado en *Revue Juridique Thémis* 39. Tomo 3. Québec. pp. 245 y siguientes. Agradecemos al autor por permitirnos su reproducción. La traducción fue realizada por José Luis Gabriel Rivera, abogado, miembro de la Asociación Henri Capitant.

** Abogado de origen francés. Profesor de Derecho Civil y Derecho comparado en la Universidad de Montpellier.

I. INTRODUCCIÓN

La interrogación que constituye el título del presente artículo encuentra su origen en una cita del decano Jean Carbonnier —recientemente fallecido, y sin quien nuestro *Code Civil* no sería sino una estructura en desuso—, gran maestro universitario y gran codificador, y a cuya memoria dedicamos la presente exposición.

Efectivamente, el decano Carbonnier señalaba en un muy famoso artículo consagrado al *Code Civil* que este último constituía la “verdadera constitución” de Francia¹.

Cronológicamente, la cuestión se inscribió en el seno de una disputa tan vieja como vana entre Derecho público y Derecho privado que se produjo desde el día siguiente de la Liberación^{II} y que originó —si bien bajo la pluma de voces altamente autorizadas— opiniones dignas de discursos militares. Pienso, en particular, en los artículos de Jean Rivero o de Henri Mazeaud.

En concreto, la cuestión referente al *Code Civil* cual verdadera constitución de Francia, se inscribe en el centro de una controversia entre los partidarios de la supremacía del Derecho Constitucional, quienes sostienen la constitucionalización del Derecho, como por ejemplo, el decano Favoreu², y los “codigólatras” [*codicolâtres*] quienes consideran que el basamento jurídico de Francia se encuentra en el *Code Civil*.

Esta reafirmación del *Code Civil* tuvo lugar durante la segunda mitad del siglo XX en el espíritu de los privatistas, quienes preocupados por la incontestable publicidad [*publicisation*] de su campo de investigación, esbozaron como

argumento en favor de la supremacía del Derecho privado la incomparable estabilidad del *Code Civil* a lo largo de los siglos XIX y XX, en comparación con los diversos regímenes políticos y constituciones que estuvieron vigentes durante este periodo. Como ha tenido ocasión de señalar Robert Badinter: “A la versatilidad de la sociedad política francesa podría oponerse la estabilidad de la sociedad civil”³.

El decano Carbonnier, en el artículo anteriormente evocado, buscando dar mayor precisión a la cita objeto de nuestras reflexiones, señala que “[m]aterialmente o sociológicamente él [esto es, el *Code civil*] tiene un significado [*sens*] de una Constitución ya que en él se reagrupan las ideas en torno a las cuales la sociedad francesa se constituyó al terminar la Revolución y continua constituyéndose aún en nuestros días, desarrollando estas ideas, transformándolas de ser el caso, sin renegar de ellas”⁴.

Esta cita del profesor Carbonnier ha conocido y conoce un éxito fulgurante. Es más, aquella ha vuelto a ser tomada en consideración —con ciertas modificaciones— por muchísimos autores. Uno de ellos —particularmente acucioso— señala que el *Code Civil* sería la “Constitución civil de Francia”⁵. Sin embargo, no se cuestiona el rigor de dicha expresión. Así pues, si, por un lado, todos los vocabularios o diccionarios jurídicos definen el término “Constitución”, por otro, ninguno de ellos se aventura a incluir el término “Constitución civil”.

Sin lugar a dudas, la fórmula del decano Carbonnier posee un alcance más sociológico que jurídico. Así pues, el profesor Carbonnier señala que: “[N]adie pretendería que dentro de la jerarquía actual de las normas escritas,

¹ Nota del Traductor: Las referencias al *Code Civil* entiéndanse por aquellas hechas al Código Civil francés de 1804, también conocido como *Code Napoléon*.

^I CARBONNIER, Jean. “Le Code Civil”. En: NORA, Pierre (director). “Les lieux de mémoire”. París: Gallimard. 1986. p. 39.

^{II} Nota del Traductor: Se hace referencia a la Liberación de París, que tuvo lugar durante el verano de agosto de 1944. Con el ingreso de las tropas aliadas en la capital parisina —ayudada por la resistencia francesa— prácticamente se recuperaba el control total del Estado francés que hasta ese momento se encontraba en manos del régimen nazi ayudado por el gobierno del General Pétain. Un hecho simbólico de esta Liberación constituyó el gran desfile que se organizó el 26 de agosto de 1944 en los Campos Elíseos.

² FAVOREU, Louis. “La constitutionnalisation du droit”. En: “L’Unité du droit : Mélanges en hommage à Roland Drago”. París: Économica. 1996. pp. 25 y siguientes.

³ BADINTER, Robert. “Le plus grand bien...”. París: Fayard. 2004. p. 13.

⁴ CARBONNIER, Jean. Op. cit. Loc. cit.

⁵ BADINTER, Robert. Op. cit. p. 74.

el *Code Civil* posea formalmente naturaleza constitucional”⁶.

Por ello, podemos afirmar, a través de una exposición bipartita que podría catalogarse como meros comentarios de las opiniones del decano Carbonnier, que si el *Code Civil* constituye sociológicamente la verdadera Constitución de Francia, jurídicamente no constituye la verdadera Constitución de Francia.

II. EL CODE CIVIL CONSTITUYE SOCIO-LÓGICAMENTE LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE FRANCIA

Mas allá de su dimensión jurídica, una Constitución posee incontestablemente una dimensión sociológica fundamental en el seno de la Nación que la adopta⁷. El *Code Civil* constituye sociológicamente la verdadera Constitución de Francia ya que, muy a pesar de la Constitución, el *Code Civil* unifica [*fedère*] la Nación y se identifica con la Nación.

A. El *Code Civil* unifica la Nación

El *Code Civil* fue deliberadamente concebido como el fundamento de la nueva sociedad⁸ por sus creadores, esto es, como el elemento unificador [*fedérateur*] de la Nación, tanto desde un punto de vista social cuanto desde un punto de vista geográfico.

El *Code Civil* francés ha contribuido a unificar socialmente poblaciones en lucha continua a raíz de la violencia originada por el fin del Antiguo Régimen y de la Revolución. Así pues, inscribiéndose en un periodo de profunda crisis social, estableciendo las nuevas reglas

jurídicas a consecuencia de los cambios de las relaciones interpersonales, el *Code Civil* asegura el reconocimiento de las pretensiones de la burguesía que dieron origen a la crisis, facilita el retorno a la calma y restablece la seguridad jurídica perturbada por el cuestionamiento de las reglas antiguas. Respecto del *Code Civil* se ha dicho: “[P]roducto de la razón, permitió dar por concluida la revolución”⁹.

El *Code Civil* sella el armisticio social, consolidándolo para el futuro en torno a valores que funden la nueva sociedad, revitalizándola, tranquilizándola. De esta manera, como ha sido felizmente señalado, el *Code Civil* forma parte “de aquellos bloques de granito [*masses de granit*]”¹⁰ que el Primer Cónsul quería instaurar sobre el suelo de Francia, a fin de reunir a los ciudadanos que se encontraban aislados cual granos de arena”¹⁰.

De la misma manera, el *Code Civil* aseguró incontestablemente la cohesión geográfica de la **nación** francesa. Ello, incluso, a pesar de un progresivo proceso de homogenización iniciado al menos desde el fin del Renacimiento, ya que la Francia del Antiguo Régimen aún constituía un mosaico de pueblos de usos muy distintos. Dicha disparidad fue ridiculizada de manera mordaz por Voltaire en una expresión muy célebre y que reza de la siguiente manera: “En Francia, un cartero que se desplaza a pie cambia de ley incluso más veces que de caballo”¹¹.

En el año 1804, la codificación reúne estas poblaciones tan dispares, en particular aquellas de *les pays de droit écrit* y *les pays de droit coutumier*¹¹ dentro de una misma amalgama

⁶ CARBONNIER, Jean. Op. cit. Loc. cit.

⁷ Confróntese: BEAUD, Olivier. “Constitution et droit constitutionnel”. En: ALLAND, Denis y Stéphane RIALS (directores). “Dictionnaire de la culture juridique”. París: PUF-Lamy. 2004.

⁸ GAUDEMET, Yves. “Le Code civil ‘constitution civil de la France’”. En: “1804-2004 Le Code civil: Un passé, un présent, un avenir”. París: Dalloz. 2004. p. 300.

⁹ TERRÉ, François y Anne OUTIN-ADAM. “Codifier est un art difficile” [à propos d’un code de commerce]”. En: “Recueil Dalloz”. 1994. pp. 99 y siguientes.

¹⁰ Nota del Traductor: Con la expresión “bloques de granito”, Napoleón resumía el conjunto de reformas que debían llevarse a cabo para poder fundar la nueva sociedad. Así pues, Napoleón estimaba que luego de destruir todo aquello perteneciente al Antiguo Régimen –símbolo de una sociedad dividida y fragmentada– era necesario volver a crear. Dentro de dicha creación, estos “bloques de granito” (1800-1808) constituían las nuevas instituciones, como por ejemplo, la banca francesa, los liceos educativos, la orden nacional de la Legión de Honor, la fijación del valor del franco y, sin lugar a dudas, el Code Civil.

¹⁰ HALPÉRIN, Jean-Louis. “L’impossible Code civil”. París: PUF. p. 265.

¹¹ VOLTAIRE. “Précis du Siècle de Louis XV”. p. 426.

¹¹ Nota del Traductor: La distinción entre *pays de droit écrit* (los pueblos regidos por el Derecho escrito) y de *pays de droit coutumier* (los pueblos regidos por el Derecho consuetudinario) grafica la división –y

jurídica. Como lo señaló Portalis, con el *Code Civil*: “No somos más [p]rovenzales, [b] retones o [a]lsacianos, sino [f]ranceses”¹². La unificación de las poblaciones constituye una de las mayores preocupaciones de los diversos proyectos de Código Civil por parte de la Revolución, especialmente aquel proyecto de 1793 que debía constituir una manifestación de la unidad de la República frente a la amenaza de los girondinos¹³ V.

Es sintomático que la adopción del régimen político más centralizado que ha conocido Francia en toda su historia, coincida con la adopción de un *Code Civil* único, aplicable uniformemente a todos ciudadanos dentro del territorio de la República.

Este rol unificador de las poblaciones geográficamente dispersadas en el seno de una misma nación no es propio del *Code Civil* francés pues, con frecuencia, la codificación acompaña o es la consecuencia de una reunificación de poblaciones ubicadas en el seno dentro de un mismo Estado¹⁴.

La Historia es rica en ejemplos. Es más, podríamos remontarnos hasta el Código de

Hammurabi, el cual materializó la fusión de las provincias de Acadia y de Sumeria incorporando Derechos de tradiciones diferentes. Podríamos pensar también en el Código teodosiano aplicable en todo el Imperio romano, el cual intentó —con poco éxito— reconstituir la unidad de un Imperio indefectiblemente fraccionado.

En tiempos más recientes, para ser más precisos, en el siglo XIX en Europa, la necesidad de nuevos Estados que uniesen poblaciones —hasta ese momento divididas— es acompañado de una codificación en Estados como Alemania, Italia, Rumanía, entre otros. El sociólogo alemán Max Weber señalaba al respecto que: “[L]a necesidad de pacificar las estructuras políticas étnicamente heterogéneas exigía imperativamente el establecimiento de un Derecho en vigor”¹⁵.

Pero el *Code Civil* francés —paroxismo de Código— condujo este objetivo unificador al extremo. Dicho objetivo perdura hasta la actualidad. Así, por ejemplo, podemos citar la inclusión de diversas disposiciones normativas relativas a la nacionalidad mediante ley del 22 de julio de 1993^{VI} en el *Code Civil*, que fue preferida a su inclusión dentro del Código de la nacionalidad^{VII} (cuerpo normativo independiente)¹⁶, traduce la voluntad

particular— existente en Francia hasta el arribo de la codificación. Así pues, los *pays de droit écrit* constituyen las ciudades y pueblos de la parte meridional de Francia (el sur), regidas por el Derecho romano por excelencia (el Derecho teodosiano en un primer momento y desde el siglo XII por el Derecho justiniano), donde las leyes y costumbres fueron positivizadas, esto es, escritas. Los *pays de droit coutumier* constituyen, a su vez, las ciudades y pueblos de la parte septentrional de Francia (el norte), donde dichas ciudades y pueblos poseen un Derecho local altamente germanizado que —en esta parte norte— encontró su forma de expresión en las costumbres (Mayores precisiones en: CAVANNA, Adriano. “Storia del diritto moderno in Europa”. Tomo I. Milán: Dott. A. Giuffrè Editore. 1982. pp. 391 y siguientes).

¹² PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. “Exposé des motifs du projet de loi relatif à la réunion des lois civiles en un seul corps de lois sous le nom de Code Civil des Français présenté le 26 ventôse an XII”. En: PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. “Écrits et discours juridiques et politiques”. Caén: PUC. 1989. p. 180.

¹³ HALPÉRIN, Jean-Louis. Op. cit. p. 180.

^V Nota del Traductor: Los girondinos constituyen los miembros del partido político del mismo nombre durante la Revolución Francesa. Deben su nombre al hecho que la mayoría de sus miembros, esencialmente burgueses, provenían del departamento de la Gironda (en esencial de Burdeos en el sur-occidente de Francia). Asumieron la dirección de la Asamblea Legislativa desde septiembre de 1792 hasta junio de 1793. Fueron acusados de conspirar conjuntamente con el general Dumouriez (quien propuso a los austriacos restablecer la monarquía) y guillotinado en 1793.

¹⁴ Confróntese: CABRILLAC, Rémy. “Les codifications”. En: “Droit, étique, société”. París: PUF. 2002. pp. 155 y siguientes.

¹⁵ WEBER, Max. “Sociologie du Droit”. Traducción de Jacques Grosclaude. París: PUF. 1986. p. 198.

^{VI} Nota del Traductor: Se hace referencia a la ley 93-933 de 22 de julio de 1993 que reforma el derecho de la nacionalidad y que entró en vigor el 1 de enero de 1994.

^{VII} Nota del Traductor: El Código de la nacionalidad francesa fue promulgado mediante Ordenanza 45/2447 de 19 de octubre de 1945, por el entonces presidente Charles De Gaulle, para erradicar la desorganización reinante de las normas relativas a la nacionalidad y para eliminar las injusticias del despojo de la nacionalidad francesa de ciudadanos de origen judío o de los casos del despojo de la nacionalidad francesa para quienes dejaron el territorio galo sin autorización del gobierno, entre otros casos más, durante el Régimen de Vichy dirigido por el General Pétain.

¹⁶ El derecho de la nacionalidad fue objeto de una ley de 10 de agosto de 1927 (externa respecto del *Code Civil*), luego de una Ordenanza de 19 de octubre de 1945 que creó un Código de la nacionalidad (Confróntese DEKEUWER-DEFOSSÉZ, Françoise. “Droit des personnes et de la famille”. En: Pouvoirs 107. 2004. pp. 37 y siguientes.

del legislador de poner por lo alto la atribución de la nacionalidad francesa, y mediante ello la integración de las diferentes comunidades que la componen, constituyéndose así ésta en una problemática fundamental.

Logrando unificar geográfica y socialmente la nación, el *Code Civil* viene a identificarse con ésta última.

B. El *Code Civil* se identifica con la nación

Un código es mucho más que el conjunto de artículos que lo componen. Así pues, el continente trasciende el contenido. Un código adquiere frecuentemente una dimensión simbólica que lo traspasa¹⁷. Mas allá de la materia civil que éste regula, el *Code Civil* se ha identificado progresivamente con la nación francesa, encontrándose el punto de quiebre, sin lugar a dudas, a finales del siglo XIX.

Las disputas políticas nacidas en torno a su adopción, la hostilidad de los nostálgicos del Antiguo Régimen como de los revolucionarios, se va atenuando a finales del siglo XIX. Paralelamente, el paso de los años contribuye a llenar del prestigio [*auréoler*] de los antiguos maestros algunos de sus artículos. Producto negado en un inicio por el Imperio, el *Code Civil* deviene progresivamente la figura consensual de la nación.

Dicho fenómeno se acentuó aún más cuando, en 1896, se adoptó el Código prusiano, que entraría en vigor el 1 de enero de 1900 dentro del contexto belicoso que todos conocemos. La madurez del *Code Civil* le permite aparecer como ilustre representante de espíritu jurídico francés, “al punto que el patriotismo lo tomará como segunda bandera”¹⁸, a veces incluso,alzada contra los prusianos. En el “*Libre du centenaire*”^{viii}, el profesor Albert

Sorel defiende la idea de la celebración del centenario como “justa y patriótica” considerando el *Code Civil* como “constituidor del territorio” adicionando, además, que “injertado sobre aquel árbol llamado Francia, su sabia regó la tierra francesa, la cual, finalmente, ha fructificado”¹⁹.

De esta manera, los manuales de Derecho Civil publicados a finales del siglo XIX y a inicios del siglo XX comenzaban –lo que era nuevo para la época– con elogiosos comentarios sobre el *Code Civil*. En dicho momento, el espíritu de los tiempos se graficaba en la revancha contra los prusianos y el espíritu de los juristas estaba en franca defensa del *Code Civil* contra la estrella fulgurante de la codificación denominada *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código alemán).

La recodificación del Derecho de las personas y de la familia emprendida bajo la dirección del decano Carbonnier en la segunda mitad del siglo XX ha contribuido a mantener esta fuerte dimensión simbólica del *Code Civil*, esto es, su identificación con la nación. Por ello, el *Code Civil*, ha sido consagrado en los años 80 como “un lugar de la memoria” de la nación, de la misma manera que el Palacio de Versalles o la Marsellesa²⁰.

La celebración del bicentenario del *Code Civil* –que, dicho sea de paso, ha dado lugar a muchísimos eventos– ha acentuado su sacralización y su identificación con la nación francesa. Así pues, el entonces Presidente de la República tuvo la ocasión de señalar que: “Después de dos siglos, el Código de Napoleón y de Portalis aún se encuentra presente, constituye la piedra angular de nuestro sistema jurídico, verdadera Constitución civil de nuestro país y embajador excepcional del Derecho francés”²¹. Además, una exposición

¹⁷ Confróntese: CABRILLAC, Rémy. “Le symbolisme des codes”. En: “L’avenir du droit: mélanges en hommage à Francois Terré”. París: PUF-Dalloz-Juris-Classeur. 1999. pp. 211 y siguientes.

¹⁸ TEISSIER-ESMINGER, Anne. “Les versifications du code civil: un paroxysme de nomophilie”. En: *Revue de la recherche juridique* 1. 1989. p. 162.

^{viii} Nota del Traductor: Le livre du centenaire (Libro del centenario, en castellano) constituyó el homenaje de carácter científico elaborado por la Société d’études Législatives (Sociedad de Estudios Legislativos, en castellano) para honrar el centenario de vida del Code Civil. La obra en mención fue publicada en dos tomos bajo los tipos del editor Arthur Rousseau en 1904 y entre las contribuciones se encuentran aquellas de autores de la talla y renombre de Adhemar Esmein, Raymond Saleilles, Henri Capitant, Marcel Planiol, François Geny, Eugène Gaudemet, Louis Josserand, Carl Crome, Josef Koller, Edith Müller, Gian Pietro Chironi, entre otros.

¹⁹ SOREL, Albert. “*Libre du centenaire*”. París: Arthur Rousseau Editeur. 1904. p. XV-XVI.

²⁰ CARBONNIER, Jean. Op. cit. Loc. cit.

²¹ CHIRAC, Jacques. “Les Annonces de la Seine”. 11 de marzo de 2004. p. 11.

fue organizada por la Asamblea Nacional bajo el provocador título “200 años de Código Civil: de leyes que nos unen”. Una expresión de Robert Badinter lo resume magistralmente: “[El *Code Civil*] es parte del patrimonio nacional”²².

La importancia fundamental y comparable de un Código Civil y de una Constitución como elementos unificadores de una nación se muestra claramente en los proyectos europeos actualmente en preparación. Como ha señalado el profesor Jean-Louis Halpérin, la anunciada adopción de una Constitución europea marcaría una etapa fundamental en la construcción de un Estado europeo²³. Empero, el debate sobre la oportunidad de un Código Civil europeo llama poderosamente la atención y la dimensión simbólica constituye, sin lugar a dudas, uno de los intereses esenciales. Un Código Civil común a todos los países europeos constituiría probablemente un símbolo elocuente de la construcción de una nación europea tal y como puede ser la creación de una bandera o una moneda común.

Más allá de la innegable dimensión sociológica. Tanto la Constitución cuanto el Código Civil son normas jurídicas sometidas a reglas estrictas que rigen el orden jurídico. De esta manera, podemos afirmar que el *Code Civil* no constituye jurídicamente la verdadera Constitución de Francia.

III. EL *CODE CIVIL* NO CONSTITUYE JURÍDICAMENTE LA VERDADERA CONSTITUCIÓN DE FRANCIA

Si algunas veces las disposiciones del *Code Civil* son integradas a la Constitución, no

podemos, a pesar de ello, considerar que el *Code Civil* constituya jurídicamente la verdadera Constitución de Francia, ya que dicho cuerpo normativo se encuentra siempre subordinado a la Constitución.

A. El *Code Civil* es integrado en algunas ocasiones a la Constitución

El prodigioso desarrollo del Derecho constitucional desde el año 1958 ha devenido un tema de referencia común entre los juristas, una especie de verdad manifiesta que deviene superfluo recordar, empleado para entretener inquietudes y controversias a propósito de una eventual instauración de un “gobierno de los jueces”^{IX}.

Un primer factor reside, sin lugar a dudas, en la reforma constitucional de 1974, que permitió el accionar del Consejo Constitucional por parte de seis diputados o senadores. Un accionar que hasta ese momento estaba reservado al Presidente de la República, al Primer Ministro y al Presidente de cada Asamblea.

Un segundo factor se encuentra en los métodos progresivamente puestos en práctica por el Consejo, en particular la técnica de las reservas de la interpretación. Consejo que también puede declarar la constitucionalidad de las disposiciones inferiores [*soumises*] –bajo reserva que la interpretación que será hecha corresponda a aquella dada en su decisión. Un testigo excepcional constituye una reciente decisión dictada a raíz de la ley de 15 de noviembre de 1999 relativa al pacto civil de solidaridad^X. Para el caso concreto, el

²² BADINTER, Robert. Op. cit. p. 13.

²³ HALPÉRIN, Jean-Louis. “L’Union européenne, un état en voie de constitution?”. En: “Recueil Dalloz”. 2004. p. 219.

^{IX} Nota del Traductor: Por “gobierno de los jueces” debe entenderse la expresión utilizada al inicio del siglo XX por estudiosos de orientación progresista para criticar la jurisprudencia de la magistratura americana, de tipo federal. Se trataba de una jurisprudencia que, aplicando de manera expansiva el principio del “justo proceso” en materia contractual, tendía a asegurar de una manera rigurosa los derechos de propiedad de las intervenciones públicas, especialmente de aquellas de naturaleza social. La expresión, utilizada ya por estudiosos americanos, debe mucho de su notoriedad al libro de un estudioso francés de Derecho comparado, Eduard Lambert que, luego de la primera guerra mundial, atacó vigorosamente las propuestas para introducir formas de control judicial de constitucionalidad en los ordenamientos de Europa continental. GUARNIERI, Carlo. “El gobierno de los jueces’ en Europa”. En: Revista Puente@Europa 1. 2005. <http://www.ba.unibo.it>.

^X Nota del Traductor: La ley 99-944 del 15 de noviembre de 1999, relativa al pacto civil de solidaridad, constituyó la incorporación dentro del ordenamiento jurídico francés de los denominados PAC’S, esto es, del contrato celebrado entre dos personas mayores –del mismo o diferente sexo– a fin de organizar su vida común. Puede ser celebrado incluso por un extranjero. Se establecen limitaciones, como que el PAC’S no

Consejo se permitió sugerir muchas interpretaciones al Poder Judicial, llegando incluso a reescribir la ley²⁴.

Finalmente, y sobre todo, un último factor reside en la jurisprudencia del Consejo instaurada por su célebre decisión de 16 de julio de 1971^{XI}, que evaluó la conformidad de la norma que le es sometida con relación al conjunto del bloque de constitucionalidad, permitiendo así una “transformación cualitativa de la naturaleza del control del Consejo Constitucional”²⁵.

Desde ese momento, las normas de referencia que debe respetar la ley se extienden a numerosos derechos y libertades fundamentales inscritas en la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 y en el Preámbulo de la Constitución de 1946. Esta ampliación favorece la intromisión [*l'intrusion*] y el flo-

recimiento del Derecho constitucional en numerosas materias de Derecho privado, y más particularmente, en el Derecho Civil, como por ejemplo el derecho de propiedad, el derecho de la responsabilidad o el derecho al respeto de la vida privada.

Así pues, el Consejo Constitucional ha afirmado el 16 de enero de 1982^{XII} el valor constitucional del derecho de propiedad, estableciendo las condiciones dentro de las cuales los poderes públicos pueden proceder a la nacionalización²⁶. De la misma manera, el Consejo Constitucional ha tenido ocasión de precisar el valor constitucional del principio según el cual toda culpa da lugar a una reparación²⁷, pareciendo reconocer el mismo valor consagrado en el artículo 1382 del *Code Civil*^{XIII} fundándose en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789^{28XIV}.

puede ser celebrado entre ascendentes y descendentes en línea directa. Los bienes de los “contratantes” siguen siendo de su propiedad exclusiva, las personas que celebraron el PAC’S son considerados terceros respecto de la sucesión de la otra parte. Puede consultarse al respecto el trabajo del profesor CABRILLAC, Rémy. “Les réformes de droit de la famille et le PACS”. En *Droit de la famille* 6. 2000; CABRILLAC, Rémy. “El Derecho civil francés desde el Código”. En: “Revista de Derecho XXII. Tomo 2. 1999. pp. 71 y 72. La versión electrónica puede ser consultada en <http://www.scielo.cl>.

²⁴ MOLFESSIS, Nicolas. “La réécriture de la loi relative au PACS par le Conseil constitutionnel”. En: “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 2000. p. 210. Addendum: BLACHER, Philippe y Jean-Baptiste SEUBE. “Le PACS à l’épreuve de la Constitution”. En: *Revue du droit public*. 2001. pp. 203 y siguientes.

^{XI} Nota del Traductor: A través de la Decisión 71-44 DC de 16 de julio de 1971 (también conocida como la Decisión Libertad de asociación) el Consejo Constitucional establece por primera vez que no sólo se limita a reconocer la conformidad de la Constitución en sí misma, sino además la conformidad de las leyes, garantizando los derechos y libertades de los ciudadanos, integrando al bloque de constitucionalidad, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los Principios Fundamentales reconocidos por las leyes de la República. La versión electrónica de dicha decisión puede ser consultada, también, en alemán e inglés, en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

²⁵ TERRÉ, François. “Introduction générale au Droit”. Sexta edición. París: Dalloz. 2003. p. 212.

^{XII} Nota del Traductor: Se hace referencia a la Decisión 81-132 DC de 16 de enero de 1982 del Consejo Constitucional a propósito de la Ley de Nacionalización en la cual se reconoce el derecho de propiedad “como inviolable y sagrado”, esto es, se le reconoce como un derecho fundamental, empero se precisa que “nadie puede ser privado de él, salvo necesidad pública legalmente constatada mediando, además, una previa y justa indemnización (*indemnité*), con esto se reconoce que dicho derecho no es absoluto. La versión electrónica de dicha decisión puede ser consultada, también, en alemán e inglés, en <http://www.conseil-constitutionnel.fr>.

²⁶ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 16 de enero de 1982, en “Recueil Dalloz”. 1983. p. 169., con nota de Léo Hamon. Sobre el mismo *arrêt* también puede consultarse “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1982., con nota de Vinh Nguyen Quoc y Claude Franck. Asimismo, TERRÉ, François e Yves LEQUETTE. “Les grands arrêts de la jurisprudence civile”. Onceava edición. París: Dalloz. 2000. p. 1. Addendum: ZATTARA, Anne-Françoise. “La dimension constitutionnelle et européenne du droit de propriété”. En: “Bibliothèque de droit privé”. París: LGDJ. 2001., con prefacio de Rémy Cabrillac.

²⁷ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 22 de octubre de 1982, en “Recueil Dalloz”. 1983. p. 189., con nota de François Luchaire.

^{XIII} Nota del Traductor: Code Civil, artículo 1382.- “Todo hecho de la persona que cause un daño a otra, obliga a aquella por cuya culpa se produjo el daño a repararlo”.

²⁸ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 9 de diciembre de 1999, en *Journal officiel* de 16 de noviembre de 1999. Comparar el análisis de ZOLLER, Elisabeth. “Le Code civil et la Constitution”. En: “1804-2004 Le Code civil: Un passé, un présent, un avenir”. p. 982.

^{XIV} Nota del Traductor: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: Artículo 4.- “La libertad consiste en el poder hacer todo aquello que no perjudique a otro. De esta forma, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Dichos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”.

Finalmente, varias decisiones han reconocido el valor constitucional del derecho al respeto de la vida privada inscrito en el artículo 9 del *Code Civil*²⁹ ^{XV} que encuentra su origen en el artículo 2^{XVI} de la mencionada declaración.

No es inútil agregar que si los tribunales judiciales se niegan a controlar la constitucionalidad de las leyes, no lo hacen necesariamente sobre la base de un principio constitucional ya inferido por el Consejo. Por ejemplo, la Corte de Casación se basó en el carácter constitucional del derecho de propiedad para censurar un *arrêt*^{XVII} que impuso a una mujer al consentir un arrendamiento rural a su ex-esposo³⁰.

Si el Consejo Constitucional confiere –algunas veces– la unción suprema de la constitucionalidad a algunas disposiciones del *Code Civil*, no debemos exagerar dicho alcance. Estas consagraciones obedecen, en primer lugar, al reconocimiento de un principio antes que al reconocimiento de un texto del Código. Así, por ejemplo, se consagra el derecho de

propiedad antes que el artículo 544 del *Code Civil*^{XVIII}, el principio de responsabilidad por culpa antes que el artículo 1382 del *Code Civil*, el derecho al respeto de la vida privada antes que el artículo 9 del *Code Civil*, para evocar tan solo algunos supuestos.

Además, a pesar de que dichas consagraciones son escasas varios principios recogidos en los diversos artículos del *Code Civil* han sido privados de todo valor constitucional como, por ejemplo³¹, la libertad contractual a pesar de las opiniones favorables por su reconocimiento³².

Más allá de estos ejemplos, el *Code Civil* se encuentra subordinado a la Constitución.

B. El *Code Civil* siempre se encuentra subordinado a la Constitución

A pesar de la consagración de diversas disposiciones fundamentales del *Code Civil* como poseedoras de un valor constitucional por la jurisprudencia del Consejo Consti-

²⁹ Confróntese las decisiones citadas por BEIGNIER, Bernard. “La protection de la vie privée”. En: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne y Thierry REVET (Directores). “Libertés et droits fondamentaux”. Onceava edición. París: Dalloz. 2005. pp. 177 y siguientes.

^{XV} Nota del Traductor: *Code Civil*, artículo 9.- “Todos tiene derecho al respeto de su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces pueden dictar todo tipo de medidas como el secuestro, el embargo y otras, para impedir o cesar toda vulneración a la intimidad privada. Si hubiere urgencia, estas medidas pueden ser dictadas mediante una medida cautelar [*mesure en référé*]”. Una *mesure en référé* es dictada por un juez *des référés* quien es un magistrado (sea el Presidente del Tribunal de Gran Instancia, el Presidente del Tribunal de Instancia, el Primer Presidente de la Corte de Apelación, entre otros) y que tiene por misión principal tomar decisiones provisionales –inmediatamente aplicables y sin la autoridad de cosa juzgada– frente a casos de urgencia.

^{XVI} Nota del Traductor: Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789: Artículo 2.- “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

^{XVII} Nota del Traductor: En el Derecho francés, debe entenderse por *arrêt*, las decisiones dictadas por las Cortes que actúan como segunda instancia, por ejemplo, la Corte de Apelación, la Corte de Casación, Consejo de Estado, la Corte de Justicia de la Unión Europea. Los *arrêts* pueden ser confirmatorios, de admisión, de anulación, entre otros. Se diferencian de los *jugements* que son las sentencias dictadas en primera instancia, por ejemplo, los Tribunales de Gran Instancia, Tribunal de Instancia, entre otros.

³⁰ Se hace referencia a la Casación de la Primera Sala Civil de la Corte de 4 de enero de 1995. Puede consultarse en “Recueil Dalloz”. p. 328., con observaciones de Michel Grimaldi; en “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1995. p. 1468., con observaciones de Philippe Simler; en “Revue trimestrielle de droit civil”. 1996. p. 932., con observaciones de Frédéric Zenati. Addendum: MOLFESSIS, Nicolas. Op. cit. p. 168.

^{XVIII} Nota del Traductor: *Code Civil*, artículo 9.- “La propiedad es el derecho de disfrutar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, a condición que no se haga un uso prohibido por las leyes o los reglamentos”.

³¹ Véase el *arrêt* del Consejo Constitucional de 3 de agosto de 1994, en “La Semaine Juridique-Édition Générale”. 1995., con nota de Yves Broussolle; en: “Revue trimestrielle de droit civil”. 1996. p. 151., con observaciones de Jacques Mestre. Comparar el *arrêt* del Consejo Constitucional de 10 de junio de 1998, en “Revue trimestrielle de droit civil”. 1998. p. 797., con observaciones de Nicolas Molfessis, y p. 79., con observaciones de Jacques Mestre.; el legislador no puede incluir en la economía de los contratos un perjuicio de una gravedad tal que desconozca lo establecido en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre.

³² MOLFESSIS, Nicolas, “La dimension constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux”. En: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne y Thierry REVET. Op. cit. p. 87.

tucional, el *Code Civil* no podría constituir jurídicamente la verdadera Constitución civil de Francia. La dimensión simbólicamente adquirida por un código no modifica para nada su autoridad jurídica.

En este punto, la sombra de Kelsen se hace presente. Así pues, una disposición incorporada en un código –como es el caso del *Code Civil*– conserva en principio su valor legislativo, pues una ley ordinaria posterior puede siempre derogarla u abrogarla.

El propio decano Carbonnier lo reconocía de manera explícita en el extracto citado en las primeras líneas. De la misma manera, René David y Camille Jauffret-Spinosi lo han sabido evidenciar aunque de una manera un tanto más general al afirmar que: “[S]alvo pronunciamiento en sentido contrario por parte del legislador, los códigos no desempeñan –respecto de las leyes que no le han sido incorporadas en la estructura– ningún tipo de preeminencia”³³.

Sintomático de este fenómeno es el caso del nuevo Código Civil de Québec, que entró en vigor el 1 de enero de 1994 el cual, en

su Disposición Preliminar^{xix}, consagra la supremacía del Derecho Civil, *primus inter pares*^{xx}. Así pues, este Código Civil reconoce el “Derecho común”, el cual “constituye el fundamento de las demás leyes”, agregando, además, que éstas últimas “pueden adicionar nuevas normas al Código o derogar las disposiciones contenidas en él” situándolas, de esta manera, en igualdad con las disposiciones codificadas. El Código Civil de Québec reconoce, por ende, que no poseería jurídicamente un valor supra-legislativo.

Ahora, ¿deberíamos rechazar esta subordinación jurídica de los Códigos respecto de la Constitución? Particularmente, nos parece que, muy por el contrario, deberíamos alegrarnos, pues la dificultad [*lourdeur*] de una reforma constitucional no es necesaria para modificar las reglas recogidas en nuestro *Code Civil*. Lo engorroso de votar una ley ordinaria es de suyo suficiente para retardar su necesaria evolución. La flexibilidad del *Code Civil* constituye, sin lugar a dudas, una vez más, su verdadera fuerza, testimonio de su perennidad, de su aura, por ende, de su imagen de verdadera constitución de Francia.

³³ DAVID, René y Camille JAUFFRET-SPINOSI. “Les grands systèmes de droit contemporains”. Onceava edición. París: Dalloz. p. 84. [Puede consultarse en versión castellana “Los grandes sistemas jurídicos comparados”. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México. 2010. En: <http://www.bibliojuridica.org>].

^{xix} Nota del Traductor: Code Civil de Québec, Disposición preliminar.- “El Código Civil de Québec rige, en armonía con la Carta de derechos y libertades de la persona (Capítulo C-12) y los Principios Generales de Derecho, las personas, las relaciones entre las personas, así como los bienes. El Código Civil se encuentra constituido por un conjunto de reglas que en todas las materias a las cuales se refieren la letra, el espíritu y el objeto de sus disposiciones, establece en términos expresos o de manera implícita el Derecho común. En estas materias, dicho Derecho común constituye el fundamento de las demás leyes que pueden adicionarse al Código o derogar disposiciones contenidas en él”. Sobre lo que constituyó la promulgación del nuevo Código Civil de Québec, CABRILLAC, Rémy. “Le nouveau code civil du Québec”. En: “Recueil Dalloz”. 1993. pp. 267 y siguientes.

^{xx} Nota del Traductor: La expresión latina puede ser entendida como “el primero entre sus iguales”.

COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

En el 2006 se creó la Comisión de Desarrollo Social, que busca difundir la cultura jurídica a personas que, por la condición en la que se encuentran no pueden acceder de manera directa a información jurídica, mediante la realización de talleres de Derecho. En éstos, se busca capacitar a la comunidad en diversos aspectos legales, proveyendo las herramientas necesarias, con el fin de que, conociendo cuáles son sus derechos, puedan participar en nuestra sociedad y mejorar tanto su vida cuanto la de los miembros de su familia. A lo largo de la historia de THÉMIS, hemos logrado capacitar a más de 1000 personas.

Dentro de los temas de los talleres que dictamos, tenemos la paternidad y alimentos, violencia familiar, seguridad ciudadana, el bullying, formalización de MYPES, entre otros.

¿Cómo puedo trabajar con la Comisión de Desarrollo Social?

Para que los talleres de Derecho puedan ser llevados a cabo, es necesario el financiamiento de estudios de abogados o empresas, comprometiéndose éstos con la situación que se vive en nuestro país. Por tanto, hay dos formas mediante las cuales el aporte y la participación pueden darse:



1. Talleres de Derecho con las instituciones con las que trabajamos constantemente

Venimos trabajando con diversas instituciones, con las cuales tenemos distintos programas, de acuerdo a sus necesidades. Los talleres de Derecho podrán realizarse de acuerdo a la disponibilidad de la institución.

2. Talleres de Derecho con un establecimiento elegido por el estudio de abogados o empresa

Son diversas las empresas que cuentan un local fijo donde realizan sus actividades de proyección social, dictando clases a los niños, realizando chocolatadas o campañas navideñas, entre otros. Es por ello que brindamos como una segunda opción que el dictado de talleres de derecho se lleve a cabo en estos establecimientos, donde ya existe una relación y la empresa desea que ésta se siga fortaleciendo.

En este caso, el presupuesto a pagar varía dependiendo del número de asistentes por el taller (en el caso que se desee realizar más de uno) y el lugar donde éste sea (por el costo del transporte).

En ambos casos, si las condiciones lo permiten, es posible que en el establecimiento elegido por el estudio o empresa los trabajadores de estos puedan tomar un rol más activo: dictando los talleres de derecho junto a los miembros de la comisión de Desarrollo Social.

REFLEXIONES EN TORNO AL EMPRÉSTITO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO GENUINO DE DESARROLLO DE LOS ESTADOS LOCALES, ANALIZADO DESDE LA NORMATIVA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Ignacio Agustín Falke Bordones*

En el presente artículo se aborda el análisis de la figura jurídica del contrato administrativo de empréstito público, usando como ejemplo el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se resalta cómo el status jurídico de esta comunidad plantea un reto tanto a la doctrina cuanto a la jurisprudencia al momento de conceptualizarla dentro de la doctrina ius-administrativista.

De igual forma, el autor destaca el rol del empréstito público como medio para desarrollar las economías de los Estados locales, y el rol que juega este contrato administrativo en la planificación económica y social. También invita al lector a analizar esta figura jurídica a la luz del artículo 81 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

* Abogado. Pre-magíster en el Programa de Profundización en la Problemática de la Empresa por la Universidad Austral. Especialización en Derecho Administrativo Económico por la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor de posgrado en la Escuela de Abogados del Estado. Miembro del Consejo Directivo del Instituto de Derecho Procesal de la Universidad del Salvador.

I. EXORDIO

En este trabajo haré un análisis del contrato administrativo de empréstito público en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, trabajándolo a la luz de la Ley 70 y la Constitución porteña. De este modo, pondré en el tapete ciertos temas que merecen ser destacados en concordancia con este contrato administrativo; el cual, a pesar de su importancia, relacionada no sólo con su cuantía económica, sino por lo que se materializa a través de él, no ha tenido un tratamiento importante en la doctrina ius-administrativista.

Para todo ello, trabajaré brevemente sobre cuál es la calidad que reviste el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debido a que el *status* jurídico que ostenta se presta a ser discutido, toda vez que, a casi trece años de la reforma constitucional, no hay unanimidad conceptual en esta materia, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia.

Luego de ello, veré el empréstito público en la legislación local para finalizar con un acápite sobre la figura como medio desarrollador de infraestructura o de financiamiento de proyectos. Esto debido a que, en mi opinión, una arquitectura seria y razonable de una gran obra de infraestructura pública puede derivar en una contribución de gran provecho para muchas generaciones. Y ello no sólo analizándolo desde una perspectiva estrictamente económica, aunque cabe decir que ciertas acciones estatales como –por ejemplo– el desarrollo de urbanizaciones, caminos, corredores viales, rutas, redes de ferrocarriles, etcétera, motiva e impulsa la iniciativa empresarial privada en beneficio de toda la sociedad con la creación de empleo en diversas ramas siendo beneficiarios de esta acción del Estado de modo directo los habitantes de un determinado territorio¹.

En definitiva, y como muchas de estas obras que se realizan con financiación externa son ejecutadas en tiempos extensos debido al porte de lo que se pretende realizar y, en consecuencia, supera el mandato de un determinado gobernante, conviene ir, antes de realizar cualquier inversión de enorme magnitud, hacia un acuerdo político, social y económico de modo que, si asume una Administración de diferente color político a la que comenzó la obra, la misma no sea frenada en su realización².

II. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO ES UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

Pues bien, el Estado tiene muchos medios para obtener recursos líquidos para poder hacer frente a sus erogaciones financieras. Éste contrato administrativo, entonces, es uno de esos tantos medios por el cual se le inyecta recursos frescos al presupuesto del Estado que le permite hacer frente a erogaciones propias de la actividad financiera del Estado³, y a su vez que le agrega un crédito⁴.

En lo que hace a la naturaleza contractual del empréstito, conviene recordar que, al igual que los privados en el marco del Derecho privado realizan actos jurídicos y celebran contratos, la Administración realiza la misma actividad, con la diferencia que lo que es un acto jurídico para un particular será un acto administrativo para el Estado, y el contrato será –de este modo– administrativo. Sin embargo, y más allá de su régimen particular, al igual que en el Derecho Civil, se constituirá por un acuerdo de voluntades⁵ que se celebrará como corolario de un procedimiento ritual más o menos complejo, integrado por varios actos estatales⁶. Esta clara división del Derecho en dos ramas –público y privado– tiene un fundamento, tanto cristalino cuanto simplista a la

¹ Así, ver: CONSEJO EPISCOPAL LATINOAMERICANO. “La Vida económica”. En: Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia. Bogotá: Celam: San Pablo. 2011. pp. 229 y siguientes.

² El maestro Tomás Ramón Fernández, cuando trataba el tema de los acuerdos políticos en España, los sindicaba con el término “Administración concertada”. Ver: FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria”. Buenos Aires: La Ley. 2002. p. 3.

³ JARACH, Dino. “Finanzas públicas. Esbozo de una teoría general”. Buenos Aires: Cangallo. 1978. p. 221.

⁴ *Ibid.* p. 253.

⁵ BALBÍN, Carlos. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Buenos Aires: La Ley. 2008. p. 171.

⁶ MERTEHIKIAN, Eduardo. “Estudios de Derecho Administrativo”. En: Revista de Administración Pública. 2007. p. 180. Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, sobre el tema del perfeccionamiento del contrato administrativo –en el marco de una licitación pública– sostuvo que “la validez y eficacia de los

vez, en la división entre el particular y la Administración, entre el interés privado y el interés público⁷.

A pesar de ello, en materia de contratos administrativos, no se ha podido elaborar una teoría uniforme abarcadora de todo el mundo contractual celebrado bajo el prisma del Derecho público con elementos rectores comunes, tanto en el ámbito interno, donde son piezas de las que se ocupan el Derecho Administrativo, cuanto en el ámbito internacional, donde convergen más de un Derecho y distintos ordenamientos jurídicos internacionales⁸.

En rigor de verdad, y en lo que hace ya al empréstito público en particular, lo que hace la Administración es contraer deuda onerosa de particulares, operación que se materializará y se reglamentará por normas de Derecho Público⁹.

Sin perjuicio de que –como ya adelanté– me adhiero a la tesis de que es un contrato, hay quienes se han manifestado por la posición de que es un acto de soberanía estatal¹⁰, o un poder estatal. Entonces, asumo que es un contrato administrativo¹¹, en virtud del cual la Administración recibe dinero, creando

una relación jurídica entre deudor (Estado) y acreedor (prestamistas de recursos líquidos). Incluso, tal es así que hay quienes sostienen que se mantienen prerrogativas luego de la emisión, tales como la facultad del Estado de modificar las condiciones del contrato¹².

Más a favor de la postura de que el empréstito público es un contrato de Derecho Administrativo se puede decir que, más allá de alguna rispidez de tipo doctrinaria, no puede negársele de ningún modo el fin público que persigue el Estado en el contrato de marras¹³. Y, habida cuenta que se toma deuda con organismos de financiamiento internacional, se puede señalar que también es un acto de integración, ya no desde el concepto frío de la economía, sino desde el compromiso que se lleva a cabo a través del contrato de un Estado y el fin público que persigue, y la entidad financiera a cumplir reglas y condiciones¹⁴.

En consecuencia, habida cuenta de lo manifestado en esta introducción, vale afirmar que el empréstito público es un contrato de Derecho público por el cual la Administración se hace con recursos frescos para hacer frente a sus compromisos financieros, los que pueden tener diversos objetos¹⁵. Y esa calidad de contrato administrativo es dada por el hecho

contratos administrativos [...] se supedita al cumplimiento de formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a las formas y los procedimientos de contratación [...] máxime si se tiene en cuenta que la prueba de la existencia misma del contrato está íntimamente vinculada a la forma en que queda perfeccionado". (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "Fallos: 326:1280. *Magnarelli v. Provincia de Misiones*").

⁷ MUÑOZ, Guillermo. "Contratos de la Administración". En: MUÑOZ, Guillermo y Carlos GRECCO. "Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo". Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999. p. 333.

⁸ CASSAGNE, Juan. "El contrato administrativo". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2009. p. 5.

⁹ Marienhoff sostiene que "el empréstito público puede definirse como el préstamo oneroso de dinero que el Estado obtiene de los administrados o particulares, conforme a normas de Derecho Público". Ver: MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo III-B. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1998.

¹⁰ ZILLI DE MIRANDA, Martha. "El empréstito público". En: Revista de Administración Pública. 2007. pp. 786 y siguientes.

¹¹ Más allá de lo esbozado sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia Argentina en el caso "Cinplast" supo sintetizar al concepto de contrato administrativo con la siguiente conceptualización: "[U]na de las partes intervinientes es una persona jurídica estatal, su objeto está constituido por un fin público o propio de la Administración y contiene, explícita o implícitamente, cláusulas exorbitantes del Derecho privado" (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. "Fallos: 316:212").

¹² GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo". Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. p. IV.2.

¹³ PIAGGIO, Lucas. "Naturaleza jurídica del empréstito público e incidencias en su régimen de ejecución". En: Revista de Administración. 2009. pp. 94 y siguientes.

¹⁴ SÁNCHEZ, Alberto. "Contrato administrativo e integración regional". En: Cuestiones de contratos administrativos. pp. 72 y siguientes.

¹⁵ El profesor Juan Carlos Cassagne señala que "en el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante, pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa". Ver: CASSAGNE, Juan. "El contrato administrativo". Op. cit. p. 5.

de que el Estado se hace de recursos líquidos para afrontar el coste de una gran obra y que tal deuda la formaliza a través de una pieza contractual—entre las infinitas existentes para que se puedan cumplimentar con el interés general— cuya celebración le permite hacer efectiva la finalidad perseguida¹⁶.

III. EL ESTADO PORTEÑO ¿PROVINCIA O MUNICIPIO? BREVES REFLEXIONES

La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires fue introducida en la reforma constitucional del año 1994. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando tuvo oportunidad de expedirse sobre este asunto en el marco del fallo por el casino flotante, no dudó en negarle a la ciudad la competencia originaria. Es decir, la jurisprudencia que aún hoy sigue vigente, no la asimila a una provincia.

A más de diecisiete años de la reforma de la Carta Magna, la doctrina le ha asignado a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires acepciones diferentes—en su mayoría asimilándola a un municipio—, incluso, su Constitución dictada en el año 1996, ha sido llamada “Estatuto”.

Es sumamente interesante el análisis constitucional de su *status* jurídico que realiza el Profesor Rosatti, aunque debo adelantar que no coincido, habida cuenta de que, si bien le niega la categoría de municipio, también le niega la de provincia¹⁷. Sin embargo, como un primer pensamiento, cabe señalar que el poder territorial en la República Argentina está dado por provincias y municipios y no por otro tipo de Estados locales.

En rigor de verdad, y más allá de mi respeto por todos esos ius-publicistas que se han manifestado por la tesis mencionada, debo adelantar que mi opinión es que el

Estado porteño es más asimilable a una provincia que a un municipio, cuestión que surge de la Constitución Nacional y del diseño institucional local, como a lo largo del presente acápite explicaré. A continuación, explicaré los fundamentos que sustentan mi posición.

Hasta la reforma de la Constitución Nacional de 1994, los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ni siquiera podíamos elegir a nuestros propios representantes. Luego de la última reforma, se le ha dado a la Ciudad de Buenos Aires la autonomía suficiente para que pueda diagramar su sistema electoral y, en consecuencia, elegir a sus propias autoridades.

La característica de la autonomía—como señala Dromi— no la hace provincia, antes bien, es una característica achacable a un municipio. Sin embargo, hay cuestiones que la posicionan en un plano intermedio, tales como la cuestión de que posea representación legislativa en ambas Cámaras¹⁸—ningún municipio de la Argentina, posee dicha representatividad.

Pero existen todavía más elementos que la alejan de un municipio¹⁹ y la acercan a una provincia. La naturaleza política-constitucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires apoya aún más la tesis que aquí se pretende dejar sentada, la que se encuentra avalada en dos planos jurídicos.

En el plano federal, se encuentra avalada por la Constitución Nacional²⁰, que le otorga, al igual que a las provincias representación en ambas cámaras, e incluso, otro aspecto que no se puede dejar de soslayar, es que la ciudad es sujeto copartícipe de la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos, al igual

¹⁶ COMADIRA, Julio y Héctor ESCOLA. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2012. p. 926.

¹⁷ ROSATTI, Horacio. “Tratado de Derecho Constitucional”. Cuarta edición. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. 2011. pp. 619 y siguientes.

¹⁸ DROMI, Roberto. “Ciudad y Municipio”. Buenos Aires-Madrid-México: Ciudad Argentina-Hispania Libros. 2007. pp. 230 y siguientes.

¹⁹ El Profesor Rosatti señala, con acento crítico, que el sistema de municipio-partido es aquel que se adopta o adoptó el legislador de la provincia de Buenos Aires con el fin de no dejar espacios en blanco remediando de este modo el mal de la distancia. Ver: ROSATTI, Horacio. Op. cit. p. 29.

²⁰ Coincido con la posición de Horacio Creo Bay, en tanto resulta destacable que la Ciudad de Buenos Aires fue colocada constitucionalmente en el artículo 129 dentro de la segunda parte, título segundo junto con el articulado referido a los Gobiernos de Provincia. Ver: CREO BAY, Horacio. “Nuevo régimen de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”. En: CASSAGNE, Juan. “Estudios sobre la reforma constitucional”. Buenos Aires: Depalma. 1995. pp. 318 y siguientes.

que las provincias²¹; no ocurre lo mismo con los municipios. En un segundo plano, que es local, nos encontramos con una ingeniería institucional que dista enormemente de la de un municipio y pareciera parecerse más a la de una provincia²².

Veamos, hay una Constitución dictada en el año 1996; una Legislatura que dicta leyes – incluso Códigos Contencioso Administrativo y Tributario, y Penal, Contravencional y de Faltas–; un Poder Ejecutivo –encabezado por el Jefe de Gobierno–; entes reguladores de Servicios públicos; un Poder Judicial integrado por el Consejo de la Magistratura, los Juzgados de primera instancia y cámaras de apelaciones, Ministerio Público Fiscal, de la Defensa, y Tutelar; y, un Tribunal Superior de Justicia, que oficia como última instancia local antes que un asunto pueda llegar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En suma, en materia de *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estamos frente al problema de que, si bien –como se mencionó– muestra ciertas características que podrían hacer que se la asimilen a provincias, en rigor de verdad nuestro más Alto Tribunal Federal le ha negado la competencia

originaria, y en consecuencia, no la ha equiparado en su calidad a una provincia.

IV. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO, A LA LUZ DEL ARTÍCULO 81 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES Y LA LEY 70. BREVE ANÁLISIS DESDE LA PLANIFICACIÓN ECONÓMICA LOCAL

Analizada la calidad que ostenta la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como Administración local, vamos a analizar la figura del empréstito público dentro de su normativa, destacando –aunque parezca redundante– que bien empleada parece ser una herramienta razonable para realizar obras de gran porte que impulsen y motiven la iniciativa inversora de los privados, provocando beneficios en muchos sentidos para los habitantes del territorio en el transcurso de cuantiosas generaciones²³.

Constitucionalmente, la figura jurídica del empréstito público surge del artículo 81²⁴, teniendo su posterior recepción y regulación en la Ley 70²⁵, quedando, de esta suerte, el contrato de marras fuera del ámbito del régimen de compras y contrataciones que

²¹ PEREZ HUALDE, Alejandro. "Coparticipación federal de impuestos en la Constitución Nacional". Buenos Aires: Depalma. 1999. pp. 30 y siguientes.

²² Cuando Rosatti realiza el estudio de las características de un municipio, se puede vislumbrar el distanciamiento arquitectónico-institucional que existe con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ver: ROSATTI, Horacio. Op. cit. pp. 81 y siguientes.

²³ Para José García Hamilton, "las sociedades que han logrado un desarrollo económico sostenido durante los últimos siglos han sido, en general, aquellas que han establecido un sistema político estable, con gobiernos cuyos poderes han sido limitados y equilibrados entre sí. Se trata de países en los que ha funcionado un sistema de instituciones, basadas y respaldadas en ideas o creencias compartidas, que obligan a las autoridades a preservar la vida, los derechos y los bienes de las personas". Ver: GARCIA HAMILTON, José. "Por qué crecen los países". Buenos Aires: Sudamericana. 2009. p. 21.

²⁴ El artículo 81 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dice: "Con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros [...] Aprueba los acuerdos sobre la deuda de la Ciudad".

²⁵ Del capítulo III de la Ley 70, a los efectos de este trabajo, caben destacar el articulado que a continuación se detalla. El artículo 83 dice: "El Crédito Público se rige por las disposiciones de esta Ley, su reglamentación y por las leyes que aprueban las operaciones específicas. Se entiende por Crédito Público la capacidad que tiene el Estado de endeudarse con el objeto de captar medios de financiamiento para realizar inversiones, para atender casos de evidente necesidad de la Ciudad o para reestructurar sus pasivos, incluyendo los intereses respectivos. No se podrán realizar operaciones de crédito público para financiar gastos operativos, salvo que se autoricen por ley específica. A todos estos efectos, el Banco de la Ciudad de Buenos Aires, como banco oficial, será el agente financiero".

El artículo 84 norma que "las operaciones de crédito público son aprobadas por Ley. Las operaciones que se aprueben deben tener base y objeto determinado". El Artículo 85, de su lado, regula que "el endeudamiento que resulte de las operaciones de crédito público se denomina deuda pública y puede originarse en: (i) La emisión y colocación de títulos, bonos u obligaciones de largo y mediano plazo, constitutivos de un empréstito; (ii) la emisión y colocación de letras del Tesoro cuyo vencimiento supere el ejercicio financiero; (iii) la contratación de préstamos con instituciones financieras; (iv) la contratación de obras, servicios o adquisiciones cuyo pago total o parcial se estipule realizar en el transcurso de más de un ejercicio financiero posterior al vigente, siempre y cuando los conceptos que se financien se hayan devengado anteriormente; (v) el otorgamiento de avales, fianzas y garantías; (vi) la consolidación, conversión y renegociación de otras deudas. No se considera deuda pública las operaciones que se realicen en el marco del artículo 107 de esta Ley".

norma la Ley de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2095²⁶. De modo que existe en el ámbito de esta ley todo un procedimiento para materializar el empréstito público que nace en la Carta Magna porteña y se perfecciona con el dictado de la normativa mencionada en el párrafo anterior.

Estas dos normas habilitan al Poder Ejecutivo local a planificar y desarrollar infraestructura pública sin tener que contar con la autorización del Estado Nacional, empero, como expresamente regla la norma, para el consentimiento del proyecto deberá contar con la aprobación pertinente de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en lo que respecta al modo de financiamiento en el caso de que la obra o el proyecto se realice con deuda.

Cabe aclarar, que cuando se habla que la Administración planifica en el marco de la actividad económica, nada tiene que ver este asunto con la planificación de lo que se denomina los medios productivos en el marco de una economía libre que es ejercida por las empresas o por los administrados en ejercicio del comercio, dado que son éstos los agentes que asumen la gestión directa de la economía²⁷.

En definitiva, lo que tenemos aquí, una vez cumplidos todos los requisitos que la norma exige, es al Estado tomando deuda de un privado a largo plazo para la financiación

de infraestructura pública, la que será controlada y recibirá controles para su buena marcha, toda vez que, por lo general, cuando se toma la decisión Estatal de hacer obras de gran porte e importancia económica, son inversiones que si bien no parecen redituables en el marco de un análisis económico frío, son de un gran aporte a muchísimas generaciones de capital productivo de esa sociedad²⁸.

Y, para finalizar, inversiones grandes que implican grandes obras públicas, y consecuentemente, empleo, además del valor agregado que le inyecta a la sociedad toda, solo puede realizarlas un Estado que planifica su desarrollo²⁹.

Pues bien, estas son las herramientas legales que posee la ciudad para tomar deuda a fin de realizar, a modo de ejemplo, alguna obra pública en términos de desarrollo social y económico, tema que abordaré a continuación.

V. EL EMPRÉSTITO PÚBLICO COMO MEDIO DE DESARROLLO DE LOS ESTADOS LOCALES

Al definir empréstito público, el Profesor Marienhoff, en su "Tratado de Derecho Administrativo"³⁰, señala que "normalmente, por principio general, para el cumplimiento de sus fines y realización de sus funciones, el Estado utiliza medios y recursos permanentes: El impuesto, la tasa (que es la retribución

El artículo 86 regla que "a los efectos de esta Ley, la deuda pública de la Administración de la Ciudad se clasifica en directa y contingente, interna y externa. La Deuda Pública Directa es aquella asumida por la Administración de la Ciudad en calidad de deudor principal. La Deuda Pública Contingente es la constituida por cualquier persona física o jurídica, pública o privada, distinta de la Administración de la Ciudad, pero que cuente con su aval, fianza o garantía. La Deuda Interna es aquella contraída con personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en la República Argentina y cuyo pago es exigible dentro del territorio nacional. La Deuda Externa es aquella contraída con otro Estado u Organismo Internacional o con cualquier otra persona física o jurídica sin residencia o domicilio en la República Argentina y cuyo pago es exigible fuera de su territorio". El artículo 87 dice que "ninguna entidad del Sector Público de la Ciudad puede iniciar trámites para realizar operaciones de crédito público sin la autorización previa del Poder Ejecutivo". Y, el artículo 88 dice que "las jurisdicciones y entidades de la Ciudad de Buenos Aires no pueden formalizar ninguna operación de crédito público que no esté autorizada por Ley. La Ley de Presupuesto General debe indicar como mínimo las siguientes características de las operaciones de crédito público autorizadas: Tipo de deuda, monto máximo autorizado para la operación, plazo mínimo de amortización y destino del financiamiento".

²⁶ BALBÍN, Carlos. Op. cit. pp. 325 y siguientes.

²⁷ DROMI, Roberto. "Administración local de la economía". Segunda edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1997. pp. 45 y siguientes.

²⁸ MIKESSELL, Raymond. "Mecanismos de ayuda económica externa". México: Centros de Estudios Monetarios Latinoamericanos. 1964. pp. 23 y siguientes.

²⁹ LEWIS, Arthur. "La planeación económica". México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. 1952. pp. 58 y siguientes.

³⁰ MARIENHOFF, Miguel. Op. cit.

de ciertos servicios públicos), el canon (retribución del uso de bienes del dominio público), el producido de bienes de su dominio privado, entre otros. Pero en circunstancias de excepción, para cumplir algunos de dichos fines o llevar a cabo algunas de sus funciones, aquellos medios y recursos habituales resultan insuficientes; en tales supuestos el Estado se vale de otro medio o de otro recurso: El “empréstito” público, que no implica otra cosa que la utilización del crédito o confianza en que, en el caso concreto, dicho goce no es sino el resultante o reflejo del valor de los bienes totales integrantes del Estado y de la eficacia y prestigio de la acción gubernativa”.

Sin embargo, debo puntualizar que estoy en desacuerdo con lo que pregona el mencionado maestro. Ello debido a que, justamente y como principio, no parece ser necesario que toda actividad de la Administración se financie con recursos regulares del Estado por las razones que expondré a continuación, menos aún los gastos regulares u ordinarios que deben ser contentados en épocas normales con recursos ordinarios del Estado³¹.

Como primera medida, soy de la opinión que con los recursos ordinarios, el Estado local debe hacer frente a las erogaciones regulares que debe afrontar, como por ejemplo, el pago de sueldos. En consecuencia, al echar mano a la figura del empréstito público y cargar para sí un crédito, debe ser como herramienta para finalizar obras que sean del disfrute de numerosas generaciones integrantes de una misma sociedad y, en consecuencia, ese es el valor agregado de la obra y a la vez la justificación sería de la deuda contraída por

la Administración a veinte o treinta años: La cantidad de generaciones que van a utilizar y beneficiarse de distinta manera con una determinada obra pública³². Entonces, se puede ver cómo existe, desde el Estado, un plan con un objetivo de largo plazo inyectando una obra que le hace una contribución, sumándole un valor agregado tanto a los habitantes de un determinado territorio cuanto a la economía del lugar³³.

Ello halla justificación en que el periodo o los periodos de desarrollo de una ciudad o sociedad se cristalizan en un período o en varios períodos de años, lo que hace difícil que un Estado pueda autofinanciar esas obras que hacen al crecimiento con recursos financieros propios³⁴. En rigor de verdad, ello podrá suceder cuando la infraestructura y las condiciones sean tales que las condiciones que brinda el Estado sean tales que los recursos de la economía se optimizan al máximo de sus posibilidades: Sin infraestructura pública adecuada no hay desarrollo industrial ni actividad económica o empresarial posible.

Pero todo ello no alcanza. A su vez, y para que los créditos tomados por el Estado sean convenientes y con una tasa de interés razonable, resulta de vital importancia que los compromisos contraídos con el acreedor sean cumplidos en tiempo y forma, en tanto que, de no ocurrir esto en ocasión de tomar un próximo préstamo en un futuro para una nueva obra de porte, la tasa de interés se disparará, toda vez que volver a prestarnos dinero implicara un mayor riesgo³⁵.

Así, y de adoptar un temperamento serio ante cada compromiso que se asume, se

³¹ Ricardo Fenochietto, al tratar los empréstitos, dice que “son los recursos derivados de los préstamos, internos o externos que puede obtener el Estado. Financiar al déficit del Estado mediante emisión de deuda o mediante el cobro de impuestos es una de las disyuntivas fundamentales de las finanzas públicas. El uso de empréstitos para financiar determinados proyectos de inversión suele ser una herramienta muy utilizada por países que obtienen préstamos de organismos internacionales”. Ver: FENOCHIETTO, Ricardo. “Economía del sector público”. Buenos Aires: La Ley. 2006. pp. 286 y siguientes.

³² Víctor Fernández sostiene que: “[L]a idea de progreso es más rica que la idea de acumulación creciente, e implica el desarrollo de las potencialidades de todas las personas, aunque esto conlleve a una menor acumulación de bienes en pocas manos. Por la misma razón, la motivación al desarrollo de las habilidades empresariales no debería proceder sólo de un ideal de acumulación progresiva de bienes que se reproducen indefinidamente y que sólo tienen como finalidad permitir una mayor acumulación de bienes [...] El desarrollo de las habilidades empresariales debe ser indudablemente bien recompensado, y permitir al empresario gozar cómodamente de los bienes terrenos, pero su finalidad primera es la de beneficiar a la sociedad y hacerla crecer”. FERNÁNDEZ, Víctor. “Valores argentinos o un país insulso”. Buenos Aires: Bouquet. 2006. pp.153 y siguientes.

³³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Manuel. “Cuestiones económicas argentinas”. Bogotá: A-Z. 2000. pp. 195 y siguientes.

³⁴ HAWKINS, Edward. “Los principios de la ayuda al desarrollo”. Madrid: Alianza Editorial. 1974. p. 58.

³⁵ *Ibid.* pp. 59 y siguientes.

generará ciertas condiciones en la economía que serán productoras de confianza comercial y perspectivas. La confianza comercial, en definitiva, es la confianza que les genera a los inversores las economías internas de los países que se manifiestan a través de los indicadores que la analizan³⁶.

Para finalizar, y habida cuenta de lo expuesto a lo largo del presente, en yuxtaposición a lo sostenido por el maestro Marienhoff, debo agregar que soy de la opinión en que tomar deuda para realizar infraestructura pública no es una mala decisión. Tal elección debe tomarse, teniendo en consideración la oportunidad, la conveniencia y la eficacia en el marco de las directrices emanadas de la legislación con el único fin de alcanzar el bienestar general. Lo que de ningún modo puede ocurrir es la elección interesada, infundada o equivocada con motivaciones exclusivamente políticas, porque sus graves consecuencias económico-sociales terminarían atentando contra el objetivo de alcanzar aquel bienestar general³⁷.

VI. EPÍLOGO

A través del presente trabajo he tratado de reflejar ciertos aspectos que rodean a la figura del empréstito público para un Estado local, debiendo destacar que no existe a más de once años de creación de la Justicia Contencioso-Administrativo local, jurisprudencia sobre este asunto.

Con ese objetivo, fue que hice referencia al *status* jurídico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para luego entrar a analizar el empréstito público desde la Carta Magna porteña y la Ley 70 y cómo este contrato administrativo, bien utilizado, puede ser de gran valía para el desarrollo social y económico de un Estado.

En suma, resulta agradable a los ojos de estos renglones, terminar con decisiones que sólo impliquen el corto plazo y se adopte la opción del uso del empréstito público u otros medios de financiamiento para el desarrollo de grandes infraestructuras –que no ocupen los recursos ordinarios del Estado-, dado que con ello, se acarrea un crecimiento social.

Por todo ello, si bien resulta razonable y posible que dentro de un territorio puedan existir entre sus habitantes ideas o posiciones antagónicas que –como obvio corolario se verá reflejado en la clase dirigencial– las mismas deben ser enriquecedoras y complementarias. Superando, como se ha dicho, la concepción vertiginosa cortoplacista de modo de implantar, particularmente en la función pública, hábitos que impliquen acciones constructivas que trasciendan uno o más de un gobierno y sean de sumo beneficio para el colectivo de los habitantes de un territorio ya sea de modo directo o indirecto³⁸.

³⁶ KERKORIAN, Kirk. "Industria y comercio". En: "Análisis de los indicadores económicos". Buenos Aires: Cuatro Media. 2008. pp. 113 y siguientes.

³⁷ ESCOLA, Héctor. "El interés público como fundamento del Derecho Administrativo". Buenos Aires: Depalma. 1989. pp. 114 y siguientes.

³⁸ Así, LANÚS, Juan. "La Argentina inconclusa". Buenos Aires: El Ateneo. 2012. p. 561.

¿PARA QUÉ QUEREMOS CLÚSTERS?

Nicole Roldán Barraza*

¿Qué son los clústers? ¿Cuál es su rol en el mercado? ¿Es necesario identificarlos y promoverlos en el gobierno peruano? Si esto fuera así, ¿qué se debe considerar para un prudente incentivo de clústers en el Perú?

En el presente artículo, la autora intenta resolver dichas interrogantes a partir de la aproximación al concepto de clúster, de sus efectos en la economía, y de la experiencia de otros países, sugiriendo propuestas para las políticas de incentivo y desarrollo de clúster. Así también, y luego de haber desarrollado una larga explicación acerca de los clústers y su efectiva intervención en el mercado, la autora desarrolla sugerencias a fin de hacer efectiva la meta de competitividad planteada por el gobierno peruano para el año 2013.

* Economista de origen chileno. Magíster en Economía por la University College of London. Profesora de Microeconomía II en la Universidad del Pacífico. Asociada del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente, el Consejo Nacional de Competitividad ha planteado entre sus metas del año 2013¹ el identificar y priorizar clústers², con el fin de desarrollar estrategias para su desarrollo.

Pero, ¿Qué son los clústers? ¿Cómo identificarlos y promoverlos? Actualmente no existe definición única y clara para clúster. Diversos académicos y políticos han utilizado definiciones que incluyen conceptos tales como: Distritos industriales, nuevos espacios industriales, especialización flexible, *networking*, etcétera. Esta diversidad de definiciones ha generado cierta ambigüedad y derivado en un debate respecto a cuáles es definición correcta de clúster³.

De acuerdo a Porter, un clúster es “un grupo geográficamente próximo de compañías interconectadas e instituciones asociadas en un campo particular, vinculadas por características comunes y complementarias”⁴.

The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) por su parte ha definido al fenómeno de clúster como “la tendencia de firmas integradas vertical y/u horizontalmente en líneas de negocios relacionadas a concentrarse geográficamente”⁵.

El Banco Mundial, en tanto, ha definido los clústers industriales como “una aglomeración de compañías, proveedores de servicios e instituciones asociadas en un área en particular. Usualmente se incluyen proveedores financieros, instituciones educacionales y varios niveles de gobierno”⁶.

Esta imprecisión ha llevado a que algunos autores cataloguen al concepto de clúster como “amplio y metafórico”⁷, o bien “opaco y difuso”⁸ e incluso “caótico”⁹. Asimismo se ha criticado que esta ambigüedad habría sido aprovechada por algunos organismos para modificar y redefinir el concepto, de modo de que se adecue a las características del análisis que se pretendía llevar a cabo¹⁰.

Ahora, reconociendo la poca claridad conceptual, lo que sí es posible rescatar es que el elemento esencial que distingue a los clústers es que se trata de una agrupación de empresas que buscan beneficiarse de las ventajas de actuar en conjunto.

De la misma forma, con una vaga idea del concepto de clúster aún podemos asociarlo con algunos ejemplos mundialmente reconocidos tales como: Clústers de electrónica y computación en Silicon Valley –Estados Unidos– y en Bangalore –India–; de servicios financieros en The City –Reino Unido– y Wall Street –Estados Unidos–; de industria del calzado en Hamburgo –Alemania– y de microelectrónica en Hsinchu Science Park en Taiwán.

II. BENEFICIOS DE LOS CLÚSTERS

Ahora cabe preguntarnos, ¿y cuáles son estas ventajas de actuar en conjunto?, es decir ¿cuáles son los beneficios que se derivarían de un clúster?

De acuerdo a la teoría económica, los beneficios de un clúster surgen de la proximidad y contacto entre las firmas relacionadas, lo que las llevaría a disminuir costos de transacción y a lograr acciones coordinadas

¹ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS [del Perú]. “Agenda de Competitividad 2012-2013”. Febrero 2012.

² Meta 12. Estrategia: “[I]dentificar y priorizar a partir de una metodología adecuada que permita ponderar y priorizar los clústers de mayor potencial competitivo a fin de definir estrategias para impulsarlos”.

³ THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “Cluster Policies”. 2010.

⁴ PORTER, Michael. “La Ventaja Competitiva de las Naciones”. Buenos Aires: J. Vergara Editor S.A. 1991.

⁵ THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “What are clusters”. CEI Workshop on Clusters.

⁶ BANCO MUNDIAL. “Clusters for Competitiveness”. 2009.

⁷ TRENDS BUSSINESS RESEARCH. “Bussiness clusters in the UK: A first assessment”. 2001.

⁸ MARTIN, Ron y Peter SUNLEY. “Deconstructing Clusters: Chaotic concept or policy panacea?”. En: Journal of Economic Geography 3. pp. 5-35.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

para mejoras en productividad, innovación y especialización.

En efecto, entre las ventajas del desarrollo de un clúster se encuentra el aprovechamiento de economías de escala, pues la producción de un mayor volumen permitiría a las firmas reducir sus costos unitarios de producción y generaría que los costos fijos se dividan entre mayor número de unidades. Dicho de una forma más general, la formación de un clúster llevaría a las firmas a alcanzar una masa crítica que les permitirá alcanzar mayores pautas de crecimiento.

Además, las firmas pueden llevar a cabo acciones conjuntas en pos de una meta en común, a fin de no enfrentar los altos costos de manera individual. Por ejemplo, realizar inversiones en innovación y desarrollo, campañas de comercialización internacional, establecimiento de normas de calidad, etcétera¹¹.

Por otra parte, la cercanía entre las firmas reduce los costos de transportar insumos y facilita la comunicación y negociación. La cercanía también permite atraer un número mayor de clientes, quienes aprovechan la ventaja de contar con varias alternativas en un mismo lugar. Asimismo, la continua interacción y competencia entre las empresas en el clúster fomentaría la especialización, división del trabajo y por ende una mayor productividad¹².

En definitiva, tal como lo ha resaltado la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, CEPAL), los clústers permitirían

alcanzar un “[...] nivel de eficiencia colectiva que no sería alcanzable de forma aislada e individual por las empresas, excepto a un altísimo costo y considerables inversiones hundidas”¹³.

Cabe destacar también que los clústers serían particularmente relevantes para el desarrollo de pequeñas empresas que carecen de recursos y capacidad para adoptar estrategias que les permitan mejorar su competitividad de manera significativa.

III. ¿CÓMO SURGEN LOS CLÚSTERS?

Cabe preguntarnos ahora el cómo se forman estos complejos industriales o clústers y si es posible fomentar su desarrollo.

Existen diversas teorías que explican el surgimiento de clústers de forma natural, entre ellas se encuentra la teoría de localización y geografía económica –North¹⁴, Krugman¹⁵ y Borges Mendez¹⁶–, que indican que la principal fuerza de desarrollo de los clústers es la reducción de los costos de transporte y es por ello que las firmas se concentrarían cerca de recursos naturales o cerca de los mercados a los que abastecen.

Otra teoría es la de los encadenamientos hacia atrás y hacia adelante –Hirschman¹⁷–, que afirma que cuando un sector alcanza un umbral mínimo hace rentable la inversión en sectores relacionados –sean proveedores o procesadores.

También está la teoría de interacción –Bianchi¹⁸, Bellandi¹⁹ y Dini²⁰–, que considera a la

¹¹ RAMOS, Joseph. “Una estrategia de desarrollo a partir de complejos productivos (clústers) en torno a los recursos naturales. ¿una estrategia prometedor?” 1999.

¹² *Ibidem*.

¹³ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). “Clústers y políticas de articulación productiva en América Latina”. 2010.

¹⁴ NORTH, Douglass. “Location theory and regional economic growth”. En: *The Journal of Political Economy* LXIII. Tomo 3. Chicago: The University of Chicago Press. 1955.

¹⁵ KRUGMAN, Paul. “Development, Geography and Economic Theory”. Cambridge: MIT Press. 1997.

¹⁶ BORGES MENDEZ, Ramón. “The new geographical economics, natural resource-based development and some policy challenges for Latin America”. Santiago de Chile: CEPAL. 1997.

¹⁷ HIRSCHMAN, Albert. “A generalized linkage approach to development with special reference to staples”. En: *Essays on Economic Development and Cultural Change in Honor of Bert F. Hoselitz* 25. Chicago: University of Chicago Press. 1977.

¹⁸ BIANCHI, Patrizio. “Competencia dinámica, distritos industriales y, medidas locales”. En: *Industrialización y desarrollo tecnológico* 13. Santiago de Chile: CEPAL. 1992.

¹⁹ BELLANDI, Marco. “El distrito industrial”. En: *Estudios territoriales* 20. Madrid: Ministerio de Fomento. 1996.

²⁰ DINI, Marco. “Capacidad competitiva de las pequeñas empresas italianas. Análisis crítico de la teoría de los distritos industriales en un marco de economía abierta”. En: *Industrialización y desarrollo tecnológico* 13. Santiago de Chile: CEPAL. 1992.

interacción de las empresas como un juego repetido en el cual surgirían lazos de confianza y coordinación que llevarían a la reducción de costos de transacción.

Finalmente, tenemos el modelo de Porter²¹, quien sostiene que la diversidad e intensidad de las interacciones entre empresas competidoras, proveedoras, actividades de apoyo, productores de insumos y otros, determina la formación de complejos productivos.

Ahora bien, si los clústers pueden surgir de manera espontánea, ¿para qué tratar de identificarlos y tratar de promover su desarrollo? La respuesta a esta pregunta se encuentra en los beneficios que los clústers generan. En otras palabras, la idea no es ir en contra de las fuerzas del mercado, sino adelantarse a él y lograr clústers con un crecimiento a tasas más aceleradas que lo que se daría en forma espontánea²².

Las políticas de clústers buscan hacer más expedito el proceso de desarrollo de un clúster y proveer de una plataforma base sobre la cual crecer en producción e iniciativa²³.

Esta parece ser la idea del gobierno de Perú que ha planteado entre sus metas de competitividad del año 2013: “[I]dentificar y priorizar a partir de una metodología adecuada que permita ponderar y priorizar los clústers de mayor potencial competitivo a fin de definir estrategias para impulsarlos”²⁴.

Así, para llevar a cabo este objetivo se requiere encontrar una metodología que permita identificar de manera sistemática, objetiva y robusta los clústers y su ubicación exacta en el territorio. Es esto lo que se llama mapeado de clústers –*cluster mapping*.

La propuesta parece lógica, sin embargo la ambigüedad del concepto de clúster dificulta la obtención de una metodología objetiva, lo

que a su vez tiene serias implicancias en la efectividad de las políticas de promoción e incentivo.

En efecto, de acuerdo a Rosenfeld “hay tantas definiciones de clústers como número de instituciones que utilizan el término”²⁵, lo que a su vez determina que existan tantas metodologías como conceptos de clústers.

Una revisión de la literatura tampoco ofrece una guía fundamentada para establecer los límites sectoriales y espaciales de un clúster, ni tampoco da señales de la intensidad de los vínculos entre sectores y empresas para considerar que integran un determinado clúster.

Ahora bien, existen algunas metodologías de identificación de clústers y es posible clasificarlas en dos grandes grupos: (i) Métodos que miden el grado de aglomeración económica en cada una de las áreas geográficas consideradas, y (ii) estudios de caso que se basan en entrevistas a los agentes representativos de un clúster.

Dichas metodologías no están exentas de críticas y deben evaluarse de acuerdo a la disponibilidad de información, la complejidad de su implementación y potenciales sesgos en sus resultados.

En cualquier caso, una metodología de identificación de clústers debe observar al menos las tendencias del mercado²⁶, el potencial crecimiento y posibles fallas de mercado²⁷.

Una vez identificados los clústers se debe priorizar su intervención, lo que a su vez requiere identificar al menos tres elementos claves:

- La importancia relativa del sector en el ámbito local y nacional –empleo,

²¹ PORTER, Michael. Op. cit.

²² RAMOS, Joseph. Op. cit.

²³ BANCO MUNDIAL. Op. cit.

²⁴ MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Op. cit.

²⁵ ROSENFELD, Stuart. “Bringing business clusters into the mainstream of Economic Development”. *European Planning Studies* 5. 1997. pp. 3-21.

²⁶ CÁMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN [Comunidad Clústers Colombia]. “Identificación Iniciativas Clúster”. http://www.redclustercolombia.com/anexos/documentos/m1_identificacion_iniciativas_cluster.pdf.

²⁷ THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). “What are clusters?”. Op. cit.

ingresos, contribución al Producto Interno Bruto (PIB)–, esto es, identificar los efectos directos del desarrollo del clúster.

- Identificar los insumos y productos relacionados, esto es, identificar los potenciales efectos encadenados del desarrollo del clúster.
- Recursos de crecimiento, competidores externos e internos. Identificar la capacidad de crecimiento y competidores del potencial clúster.

De esta forma, la identificación y priorización de clúster no se limita a identificar industrias y zonas geográficas en las cuales podrían agruparse empresas relacionadas. Un análisis completo requiere de un estudio de las características de la demanda y de los potenciales efectos económicos directos e indirectos. Además, se debe reconocer que cualquier ambigüedad en el concepto de clúster impactará en los resultados de la metodología de detección y en las políticas que se apliquen para fomentar su desarrollo.

IV. MEDIDAS DE INCENTIVO A CLÚSTERS

Las medidas para incentivar el desarrollo de clúster suelen llevarse a cabo por distintos niveles de gobierno: (i) Supranacionales –como es el caso de la Unión Europea–, (ii) nacionales, (iii) regionales, y (iv) locales.

A qué nivel deben aplicarse las políticas de incentivo dependerá de varios factores, entre los que se encuentran los encadenamientos o efectos indirectos del clúster, los recursos e instrumentos disponibles y la capacidad de diseño y ejecución de las políticas.

Asimismo, es necesario reconocer que las políticas de incentivo de clúster se enfocan explícita o implícitamente en: (i) Zonas geográficas –regiones, ciudades, localidades–; (ii) sectores –de importancia social, dinámicos, estratégicos, etcétera–; y (iii) actores –pequeñas y medianas firmas, inversionistas extranjeros y nacionales, universidades y centros de investigación, etcétera.

Los instrumentos más comunes en el desarrollo de clústers, además de los necesarios para crear

su marco regulatorio y facilidades financieras, son aquellos enfocados a reforzar el compromiso entre los distintos actores, la creación de redes y la colaboración para la comercialización. Entre estos instrumentos se encuentran: (i) Desarrollo de marketing para clústers; (ii) capacitación especializada; (iii) apoyo en las cadenas de distribución, (iv) garantía pública para programas y desarrollo de capital de riesgo; entre otros.

Un resumen de los principales instrumentos de apoyo e incentivo a los clústers y las metas que éstos pretenden alcanzar se encuentra en el cuadro 1.

Cuadro 1: Metas e Instrumentos de apoyo e incentivo para clústers²⁸

META	INSTRUMENTO
COMPROMETER A LOS ACTORES	
Identificar clústers	<ul style="list-style-type: none"> - Desarrollar mapas de clústers –cualitativos y cuantitativos– - Buscar facilitadores o intermediadores para identificar firmas que podrían trabajar juntas
Apoyar la creación de redes	<ul style="list-style-type: none"> - Llevar a cabo reuniones, conferencias, capacitaciones con respecto a clústers - Incentivos financieros para el desarrollo de redes organizacionales - Mapa de relaciones entre empresas de clústers
REDES DE SERVICIOS Y NEGOCIOS	
Mejorar capacidad, escala y habilidades de los proveedores	<ul style="list-style-type: none"> - Políticas de apoyo a pequeñas empresas - Compras coordinadas - Establecimientos de estándares de calidad - Desarrollar una política general de marketing
Aumentar lazos externos	<ul style="list-style-type: none"> - Desarrollo de marcas y marketing para clústers y regiones - Asistencia a potenciales inversionistas del clústers - Redes de exportación - Apoyo en el desarrollo de cadena de distribución
Desarrollo de fuerza de trabajo para industrias estratégicas	<ul style="list-style-type: none"> - Recopilar y difundir información del mercado del trabajo - Capacitación especializada en universidades - Apoyar redes entre grupos de firmas e instituciones educativas - Oportunidades educativas para atraer estudiantes a la región

Nicole Roldán Barraza

²⁸ Fuente: The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

COLABORACIÓN EN I&D Y COMERCIALIZACIÓN	
Aumentar los lazos entre investigación y las necesidades de las firmas	<ul style="list-style-type: none"> - Apoyar proyectos conjuntos entre firmas, universidades y centros de investigación - Reunir actores para facilitar la interacción - Desarrollar programas universitarios - Observatorios técnicos
Comercialización de la investigación	<ul style="list-style-type: none"> - Asegurar apropiados derechos de propiedad intelectual y cumplimiento de normas - Apoyar servicios de transferencia tecnológica
Acceso al financiamiento por derivados	<ul style="list-style-type: none"> - Servicios de asesoría para operaciones financieras no convencionales - Garantía pública para programas y desarrollo de capital de riesgo - Marco de condiciones que apoyen el desarrollo de capital de riesgo privado

V. RIESGOS EN EL DESARROLLO DE LOS CLÚSTERS

Si bien la teoría económica es clara en destacar las potenciales ventajas de los clústers, es importante reconocer que en la práctica existen ciertas dificultades que pueden poner en riesgo la meta de desarrollar un clúster exitoso. Es bastante común que las autoridades y quienes diseñan las políticas públicas sean ambiguos y poco realistas con respecto a sus expectativas, las que en la práctica exceden los recursos y potencial de los clústers. Asimismo, cuando las políticas de clústers se desarrollan sin una estrategia en mente, están destinadas al fracaso.

Por otra parte, si bien los instrumentos presentados en la sección anterior son de aplicación general para el desarrollo de clústers, también es necesario reconocer que las políticas de clústers deben adaptarse a las características particulares de la región y el contexto en que éstas se aplican. Las políticas de incentivo a clústers deben ser flexibles y con instrumentos que se adapten a la diversidad de clústers. Así, por ejemplo, es muy distinto promover un clúster de microprocesadores que uno de textiles.

Es necesario advertir que el éxito de los clústers puede estar determinado no sólo por

las políticas aplicadas, sino también por las tendencias globales del sector y su regulación. Asimismo, se debe tener presente que los clústers no deben generarse por la mera intervención del gobierno; deben existir argumentos convincentes que lleven a que el gobierno promueva el desarrollo de un clúster. Factores como la existencia de activos privados o públicos, liderazgo, capacidad de organización, innovación e iniciativa de parte de las empresas interesadas en formar un clúster son relevantes al momento de promover políticas de desarrollo.

Otro de los errores en los que generalmente se incurre es exagerar la potencialidad de un clúster realizando inversiones masivas en infraestructura sin que existan actores capacitados para aprovecharlas. Así también, muchas veces se cae en el error de desarrollar una excesiva especialización en ciertos sectores o la dependencia a una única firma, lo que genera vulnerabilidad ante *shocks* económicos.

Existen importantes riesgos que deben ser considerados al momento de diseñar una política de clúster efectiva. Por ello, es importante que a dicha política se agregue una evaluación sistemática que ayude a identificar los progresos y dificultades de los programas de desarrollo.

En efecto, uno de los problemas más comunes de los clústers es que, quienes diseñan las políticas de incentivo, no diseñan instrumentos de evaluación y seguimiento, lo que dificulta la medición de su efecto real. Qué tan efectivos son los instrumentos para el desarrollo de clúster es aún una pregunta abierta. De acuerdo a Enright, “hasta el momento, las políticas parecen tener sólo un moderado impacto en el éxito competitivo de los clústers”²⁹. Asimismo, Van der Linde indica que no existiría correlación entre la competitividad y la antigüedad del clúster, debilitando la hipótesis de que existiría una curva de aprendizaje en ciclo de desarrollo de los clústers³⁰. Por otra parte, Van der Linde también señala que el factor más importante en el éxito de un clúster es la existencia de

²⁹ ENRIGHT, Michael. “The globalization of competition and the localization of competitive advantage: Policies towards regional clustering”. En: Globalization of Multinational enterprise activity and Economic Development. Basingstoke: N. Hood & S. Young MacMillan Press. pp. 303-331.

³⁰ VAN DER LINDE, Claas. “The Demography of Clusters-Findings from the Cluster Meta-Study”. 2003.

insumos y capital humano de alta calidad, especializado y disponible para las firmas, seguido por las condiciones de demanda y la colaboración entre las firmas.

VI. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Recientemente, la CEPAL ha preparado un documento que resume la experiencia del desarrollo de clústers en cuatro países de la región: Argentina, Brasil, Chile y El Salvador. Observar esta experiencia y recoger las recomendaciones que estos países entregan puede ser importante para potenciar y mejorar el plan de desarrollo de clúster que Perú planea llevar a cabo.

A. Argentina

En el caso de Argentina, a partir del año 2002 comenzaron a desarrollarse programas de clústers vinculados con el diseño de proyectos de asistencia técnica y financiera de organismos multilaterales de crédito. Dichos programas tenían como foco el desarrollo de las pequeñas empresas y su objetivo era desarrollar diversas formas de interacción y articulación productiva entre agentes privados y públicos vinculados a un aglomerado o cadena productiva.

La evaluación de estos proyectos tuvo resultados positivos relacionados al fortalecimiento de una red interinstitucional. No obstante, también se enfrentaron diversos problemas operativos tales como: (i) Limitado y atrasado acceso a algunos instrumentos de financiamiento de los programas; (ii) escasa disponibilidad de recursos humanos capacitados; (iii) limitada continuidad en el apoyo para la consolidación de dinámicas asociativas; (iv) problemas de comunicación entre los organismos e instituciones con lógicas y culturas diversas; (v) elevada segmentación y heterogeneidad de los agentes al interior del clúster y (vi) la fragilidad de algunas instituciones públicas y privadas.

Entre las recomendaciones que Argentina propone a los organismos que quieren llevar a cabo iniciativas de clúster se tienen: (i) Dar mayor precisión conceptual a los clústers –el objeto de promoción–, (ii) evitar sobrevalorar los instrumentos y sus resultados esperados, (iii) desarrollar capacidades para llevar a cabo los proyectos, y (iv) llevar a cabo una evaluación

y monitoreo constante dando continuidad al proyecto.

B. Brasil

En el caso de Brasil, la política de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales (APL) se inició formalmente en el año 2004 bajo la coordinación de un grupo de Trabajo permanente vinculado al Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio (MDIC).

Los APL se caracterizan como una aglomeración de empresas especializadas pertenecientes a un mismo sector productivo –sean proveedores de materias primas, servicios o insumos– e instituciones públicas y privadas que apoyan el desarrollo productivo a través de capacitación, financiamiento o asistencia técnica.

El objetivo de la política de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales es articular los esfuerzos de los diferentes agentes vinculados con la producción local para identificar necesidades y encontrar los mecanismos para darles respuesta. Asimismo, la política de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales definió los criterios de actuación conjunta del gobierno y los privados para el desarrollo de los APL.

De acuerdo a la experiencia de Brasil, uno de los principales problemas de la política de APL es la falta de claridad con respecto al objetivo de estos. Así, las políticas de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales han tenido una multiplicidad de objetivos que incluyen desde la reducción de las desigualdades sociales; la innovación tecnológica; aumento de exportaciones, aumento de la competitividad; hasta el aumento de la escolaridad; entre otros. Además muchas veces no existía coherencia con el objetivo de la política y el diseño de ésta. Por otra parte, la experiencia de Brasil también indica que es difícil poder evaluar el impacto de los programas de Apoyo a Aglomeraciones Productivas Locales debido a que muchas veces no existen evaluaciones consistentes.

C. Chile

En el caso de Chile, si bien han existido programas de apoyo a las pequeñas y medianas empresas desde el año 1992, no existió una formalización de las políticas de

clústers, sino que éstas fueron surgiendo a través de una estrategia que combinó varios objetivos tales como desarrollo productivo, descentralización y competitividad, entre otros.

Con el paso del tiempo estas políticas de apoyo a los clústers se fueron consolidando dando origen a una planificación estatal de mediano a largo plazo que tenía como objetivo fortalecer la institucionalidad en las cadenas productivas de un territorio (PTI).

Dentro de esta política se buscaba desarrollar alianzas horizontales y de articulación vertical para luego crear una institucionalidad público-privada que sustentara relaciones de cooperación y asistencia financiera.

De acuerdo a la evaluación de Chile, las políticas de apoyo a los clústers lograron el objetivo de disminuir la asimetría de información –sobre financiamiento y capacitación– y también se habría logrado disminuir los costos de transacción a través de acciones colectivas.

En cuanto al objetivo de mejoramiento de productividad se tiene que si bien se estima que existió un aumento de productividad en algunos de los participantes del programa no existen registros históricos que permitan avalar este resultado.

El objetivo de asociarse para alcanzar una mayor escala y acceder a mercados internacionales tuvo poco éxito y es que las empresas chilenas enfrentan problemas de productividad que no siempre se asocian a la escala sino que a problemas de organización, tecnología, capacitación y otros.

Entre los principales problemas que han enfrentado las políticas de clúster en Chile se encuentran: (i) La falta de coordinación de las instituciones públicas relacionadas al financiamiento e implementación de los programas; (ii) baja participación de los agentes privados en el diseño de las políticas; y (iii) falta de continuidad de las políticas ante un cambio de gobierno.

De la experiencia chilena se pueden recoger varias recomendaciones, tales como: (i) Hacer explícita y transparente la política de clúster

en cuanto a sus objetivos; (ii) promover una mayor coordinación y complementación institucional y fomentar la participación de los agentes privados en el diseño y operación de los instrumentos de modo de gradualmente integrarlos a la política de clústers.

D. El Salvador

En el caso del El Salvador, la política de apoyo a los clústers se inició en el año 2000 y hasta la fecha cuenta con cerca de 2000 beneficiarios.

De acuerdo a El Salvador, la política de clústers habría tenido un impacto positivo en la productividad de las empresas no obstante no existe una evaluación de impacto que permita avalarlo. Asimismo, se habrían logrado resultados positivos en cuanto a capacitación y asistencia técnica.

Los principales problemas enfrentados, en tanto, fueron la falta de coordinación entre el sector público y el privado, que ha llevado incluso a que algunos proyectos no hayan llegado a ejecutarse.

Otra de las tareas pendientes es lograr una mayor focalización de los programas y la integración regional aprovechando las potencialidades de las distintas regiones del país.

VII. CONCLUSIONES




La política de incentivo y desarrollo de clúster no es una panacea. Si bien la teoría económica respalda las ventajas del desarrollo de clúster, en la práctica existen diversos factores que deben ser tomados en cuenta para una política exitosa. Lo principal es que las autoridades no formulen sus políticas en conceptos ambiguos y expectativas exageradas. Los programas de desarrollo de clústers sólo serán efectivos si vienen acompañados por un análisis económico completo que incluya el desarrollo de instrumentos flexibles y que se adapten a las particularidades de cada sector, el conocimiento del contexto, potencialidades de crecimiento del clústers, el desarrollo de vínculos de colaboración y confianza entre los diversos actores. Nada de lo anterior es sencillo y requiere de un sistema de evaluación continuo que ayude a identificar problemas y generar soluciones eficaces.



capitales

LA REVISTA DE PROCAPITALES

Ofrece a sus lectores análisis e información especializados sobre el acontecer en el mercado de capitales y sobre una amplia gama de temas de economía, finanzas y negocios.

-  Análisis mensual de la actualidad del mercado de capitales nacional e internacional.
-  Opiniones de profesionales en materia económica, financiera, legal y tributaria.
-  Reseñas de seminarios y convenciones relacionados con temas financieros y del mercado de capitales.



www.procapitales.org

Para suscripciones y publicidad:

Llamar al *call center* de Procapitales: 440-1080 anexos: 101 ó 108
o escribir al correo electrónico: info@procapitales.org

HA | Hurtado Abogados

CENTRO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE MIRAFLORES



Somos un Centro de Conciliación privado con autorización del Ministerio de Justicia para conciliar con la seguridad jurídica que todo procedimiento conciliatorio requiere, las siguientes materias:

- Civiles
- Comerciales
- Familia

Ofrecemos: Cómodos ambientes, salas de audiencia multimedia, rapidez, economía confidencialidad, imparcialidad, servicio delivery y tarifas corporativas.



Centro de Resolución de Conflictos de Miraflores.
Autorizando por Resolución MIN.JUS. N° 041-2000-JUS.
Av. 2 de Mayo 475, Miraflores.
Telf: 4466579 – 4479374 – 815*8131
cmiraflores@conciliacionmiraflores.com

MESA REDONDA

EL PATRIMONIO CULTURAL EN EL PERÚ Y EL MUNDO*

Rafael Varón Gabai

Historiador. Doctor en Historia por la Universidad de Londres. Viceministro de Patrimonio Cultural e Industrias Culturales del Perú.

Juan Pablo de la Puente Brunke

Abogado. LL.M por Columbia University. Especialista en Derecho del Patrimonio Cultural.

Javier Lizarzaburu Montani

Periodista. Doctor por la Universidad Autónoma de Barcelona. Líder del Proyecto-Campaña Lima Milenaria. Especialista en temas de patrimonio inmueble.

Andrés Álvarez-Calderón Larco

Director del Museo Larco. Realizó estudios sobre Museos en el Belgium Royal Museum of Art. Estudios en Administración de Museos organizado por la Agencia de Cooperación Española.

Luis Diez Canseco Núñez

Abogado. Magíster en Derecho por la George Washington University Law School. Estudios de Historia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

* Las preguntas realizadas en la presente Mesa Redonda fueron elaboradas por Carlos Fernando de Trazegnies, director de la Comisión de Contenido de THÉMIS, así como por Aldo Cisneros, Gonzalo Monge, Luis Fernando Roca, Michel Salazar y Christian Wong, miembros de la Asociación Civil THÉMIS.

1. ¿Qué se entiende por Patrimonio Cultural y por qué es importante preservarlo? ¿Están de acuerdo con la definición y tratamiento de la Ley peruana?

VARÓN: Conforme a la Ley 28296, se entiende por bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación toda manifestación del quehacer humano –material o inmaterial– la que por su importancia, valor y significado paleontológico, arqueológico, arquitectónico, histórico, artístico, militar, social, antropológico, tradicional, religioso, etnológico, científico, tecnológico o intelectual, sea expresamente declarado como tal o sobre el que exista la presunción legal de serlo. Dichos bienes tienen la condición de propiedad pública o privada con las limitaciones que establece la citada Ley.

A fin de precisar la definición que establece la Ley peruana, es necesario considerar que también forman parte del Patrimonio Cultural de la Nación los bienes que revistan interés cultural que se encuentren comprendidos en los tratados y convenciones sobre la materia de los que el Perú sea parte.

DE LA PUENTE: La definición legal de “Patrimonio Cultural” es sumamente amplia. Incluye prácticamente todo, incluso los fósiles, que dicho sea de paso no son evidencia de actividad humana, sino restos naturales, por así decirlo. La definición legal es realmente muy general, y estoy de acuerdo con ello. No se puede restringir el deber del Estado a proteger el patrimonio cultural en función de una lista taxativa de bienes, pues poco a poco se pueden descubrir cosas que no entran dentro de dicha clasificación, y los valores van cambiando, van rotando en el tiempo.

En mi opinión, hay muchos puntos de crítica respecto del tratamiento de la ley. Tradicionalmente, el Estado entiende que su rol protector del patrimonio cultural se da eminentemente a través de la propiedad estatal. Si uno ve los incentivos tributarios existentes, todos redundan en beneficio de propiedad pública. Asimismo, la Ley asigna los derechos de propiedad de forma distinta según la antigüedad del bien. Si el bien es prehispánico, es de propiedad y administración estatal exclusiva. Respecto a los bienes posteriores –virreinales y republicanos– sí puede haber propiedad privada. ¿Por qué esa diferencia? ¿Acaso los

arqueológicos son más importantes que los virreinales y republicanos? Puede ser que dicha diferencia en la Ley sea una muestra del conflicto que hay respecto del significado de la nación peruana. ¿La nación peruana es el mundo andino conquistado por españoles, o somos una nueva nación, fruto del mestizaje del mundo andino, español y luego africano y asiático? Al parecer, para la Ley lo arqueológico es más importante que lo virreinal.

LIZARZABURU: Esta primera pregunta la voy a responder en dos partes. Quizá como una manera introductoria comenzaré señalando de qué se trata esta preocupación. Como punto de partida es importante saber que el Perú es uno de los seis países en el mundo que fue una civilización. Yo creo que es importante que tomemos conciencia de esto. Siento que, por ejemplo, a nivel de gobierno, de autoridades, de opinión pública, no existe esa noción de lo que somos, de lo que nos constituye como peruanos. Ello, de por sí, nos hace diferentes de la mayoría de países. Eso implica responsabilidad, implica obligación pero, también ofrece grandes posibilidades. Hay una frase que siempre repito: “El Patrimonio Cultural en los países ricos es una fuente de ingresos, y en los países pobres una fuente de problemas”. Yo creo que en el Perú nos toca revertir esa situación a nuestro favor.

Por otro lado, es necesario ver qué se encuentra en juego: La economía del país. Esto no es un tema de cultura, es un tema de economía. El turismo está entre las tres principales fuentes de ingreso del país y el Ministerio quiere que se convierta en la segunda fuente. Pero es además la única fuente divisa que no es agotable, como son otras: La minería, la pesca y la agro-exportación. Sin embargo en la manera como se está protegiendo hay elementos muy perversos. Lo que está en juego –para mí– es la visión de cómo nos desarrollamos. Ya no es una cuestión de “este museo es una cosa elitista de cultura”, no; es una cosa tan básica como decir “queremos que sea una fuente de desarrollo”. Entonces, invirtamos y protejamos.

Y también está más allá de lo específico. Es decir, es nuestra posición como sociedad. Yo siento que, por ejemplo, un buen manejo de nuestro patrimonio nos abre posibilidades. Estoy pensando en cómo vamos a llegar al 2021, cómo aterrizamos en lo material y en

lo inmaterial. En lo inmaterial yo siento que esto nos permite la posibilidad de superar divisiones históricas. Poder manejar esto como un solo legado. El legado de 5,000 años de creatividad de Historia que, encaminado, puede llevarnos a una plataforma de nación hacia el 2021.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: En relación a la definición que hace la ley sobre patrimonio cultural, estoy de acuerdo. Es una definición absolutamente amplia, entra todo, y creo que es así como deber ser. Considero muy importante el hecho de que se declare como patrimonio no solamente lo que está expresamente declarado, sino que también exista la figura de la presunción, todo aquello que puede serlo y que se presume que lo es, razón por la cual debería estar protegido. Creo que es una buena definición, probablemente de las mejores que he visto y me parece que es una buena base para luego iniciar esa protección. El problema es que tras la definición, luego vienen todos los problemas. Digamos que se hizo bien la tarea en el artículo 1 de la ley, mas no en lo demás.

DIEZ CANSECO: Coincido con mis colegas. Una definición amplia sobre lo que significa patrimonio cultural permite que se vaya adaptando en el tiempo y en el espacio. La cultura no es ni puede ser estática.

En relación con la segunda parte de la pregunta me permito agregar una idea desde la perspectiva económica: El Patrimonio Cultural promueve la competitividad. En efecto, en un mundo globalizado donde se requiere generar exportaciones con objeto de incrementar el Producto Bruto Interno, el turismo se perfila como un servicio o industria de gran importancia.

Poseemos ingentes riquezas y espacios naturales de gran belleza que forjan grandes posibilidades para el turismo receptivo. Es precisamente la razón por la que esperamos contar, a finales de esta década, con más de cinco millones de visitas al año. Del mismo modo, debido a nuestra megadiversidad, multiculturalidad y oferta gastronómica sin parangón es que se está consolidando una creciente afluencia de turistas que, además, está ayudando a posicionar nuestros productos en mercados externos. Ello hay que destacarlo sobremanera.

Sin embargo, enfrentamos una suerte de situación oligopólica grave que se puede resumir con la siguiente frase: Perú es Machu Picchu y Machu Picchu es el Perú.

Con lo expresado no quiero ni remotamente desmerecer la importancia de la Ciudad Sagrada como un foco de atracción turística. Todo lo contrario, debemos agradecer que el Imperio Incaico se haya desarrollado a partir del Perú. Empero, creo que hay que “desmachupiczar” el Perú. Prueba de ello es que en 2010 hubo gravísimos problemas cuando huaicos e inundaciones impidieron que funcionara el ferrocarril a Machu Picchu. Ello afectó seriamente el turismo y, según tengo entendido, se cancelaron entre el 70 y 80 por ciento de las reservas de hoteles. En otras palabras, una catástrofe para ese sector.

¿Qué es lo que se debe hacer? Brindar alternativas novedosas, obviamente, alternativas que hagan que el turismo no sea tan dependiente de Machu Picchu. En efecto, se debe potenciar los denominados “corredores turísticos”, los mismos que necesariamente pasan por ciudades que, al igual que el Cusco, poseen patrimonio histórico, cultural, arqueológico, etcétera. Se trata de potenciar las ciudades ubicadas dentro de los corredores y resaltar su esplendor. Sin embargo, el Estado no tiene recursos para restaurar o poner en valor los inmensos restos precolombinos y coloniales existentes. Obviamente existen otras necesidades como la educación, la salud, la infraestructura, entre otros.

¿Qué tenemos que hacer entonces? Pues, identificar mecanismos para que el sector privado se involucre o coadyuve con el esfuerzo de poner en valor nuestro patrimonio cultural, especialmente el inmobiliario que es el primer y obvio referente. Y en eso pienso. Me aúno a lo expresado por quienes me han antecedido en la palabra en el sentido que no veo razón por la que una persona jurídica o una persona natural no puedan ser propietarios o concesionarios de una huaca. No llego a comprender por qué sólo puede ser el Estado el titular de restos arqueológicos. Es más, la circunstancia de seguir reservando lo prehispánico a favor del Estado y que sea propiedad del mismo, ha generado una situación bastante penosa pues, dado que no se cuenta con recursos para su preservación, éstos se van destruyendo sostenidamente.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

Por ello, creo que la mejor manera para enfrentar la merma radica en permitir la propiedad privada –con limitaciones, por cierto– y, en paralelo, establecer incentivos tributarios para que los propietarios inviertan en su recuperación. En otras palabras, se trata de dar un giro de ciento ochenta grados en lo que se refiere a la propiedad y establecer instrumentos tributarios para impulsar que los privados inviertan en cultura. Si ello ocurre, se incrementará la oferta turística, puesto que habrá muchos más lugares para visitar.

2. En el año 2010 se creó el Ministerio de Cultura, absorbiendo al Instituto Nacional de Cultura. ¿Qué opinión les merece esta modificación institucional?

VARÓN: Consideramos de suma importancia la absorción efectuada por la Ley 29565, Ley de Creación del Ministerio de Cultura. Esto ha permitido que el antiguo Instituto Nacional de Cultura tenga relevancia y en conjunto con otros órganos adscritos al sector Cultura conforme un nuevo órgano dentro del Poder Ejecutivo, se tenga voz y voto en temas culturales y se promuevan las Políticas Sectoriales que ya se han gestado con el documento que hace poco ha publicado el Ministerio de Cultura¹.

Asimismo, el Ministerio de Cultura constituye pliego presupuestario; a pesar de ser mínimo, es positivo que se cuente con un presupuesto independiente que permita realizar el gasto teniendo en cuenta el objetivo principal del Ministerio de Cultura: La protección, promoción, defensa y conservación de nuestro patrimonio, así como la promoción de las artes y las industrias culturales.

DIEZ CANSECO: Me parece muy bien que se eleve la cultura a rango de ministerio. Creo necesario que ésta tenga voz y voto en el Consejo de Ministros y que ello permita que el ministro pueda decirle al Presidente de la República y al ministro de Economía directa y sin intermediarios: “Necesitamos más recursos”. Sin duda toca felicitar la creación del Ministerio. Mi preocupación es que la elevación del Instituto Nacional de Cultura

a rango ministerial resulte en un cambio meramente cosmético o de denominación, y que el asiento en el Gabinete no pase de ser una mera oportunidad para llevar un pliego de reclamos que no sea escuchado. Si es así, la creación del Ministerio no tendrá sentido ni efecto, y terminará siendo una misma institución con diferente denominación. Hasta ahora, salvo el nombre, no he notado ningún cambio en el Instituto Nacional de Cultura. Empero, debemos conferir el beneficio de la duda y esperar un poco más. Un buen comienzo ha sido la publicación de los “Lineamientos de Política Cultural”, y espero que no se limiten a una declaración de principios del Instituto Nacional de Cultura sin mayores consecuencias. Para ello, creo que el ministro, más que una persona culta o asociada a las artes, debe ser un excelente gestor que, además, tenga mucha personalidad, experiencia en el sector público y fuerza mediática. En esta etapa inicial debe hacer sentir su presencia en el Gabinete y en la sociedad en general.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: En este punto yo discrepo. Me voy a disculpar con mis compañeros Luis Diez-Canseco y Rafael Varón, pero creo que la creación de un Ministerio de Cultura ha complicado más las cosas. Quienes tuvimos que lidiar con el ex Instituto Nacional de Cultura y con el actual Ministerio de Cultura, podemos notar que lo único que ha cambiado es que ha crecido la burocracia.

El Instituto Nacional de Cultura fue siempre un toro muy duro de domar. La primera directora del Instituto Nacional de Cultura fue Martha Hildebrandt, en la época del general Velasco. Quizá quien mejor pudo domar el toro peleándose con todo el Perú prácticamente fue Cecilia Bákula, en el último gobierno de Alan García; pero a pesar de pelearse con amigos y extraños logró domarlo. Alan García cometió el enorme error de crear el Ministerio de Cultura tan solo ocho meses de antes de irse. De despedida, puso como primer ministro de Cultura a un excelente antropólogo y a una persona grandiosa, Juan Ossio. Pero él nunca había trabajado en el sector público, y hacer un ministerio no es tarea fácil. Su viceministro, que era su mano

¹ Nota del Editor: Los Lineamientos de Política Cultural del Ministerio de Cultura del Perú pueden encontrarse en: <http://www.mcultura.gob.pe/lineamientos-de-politica-cultural-2013-2016-version-preliminar>.

derecha, es otra persona bellísima, gran personalidad de la gastronomía, Bernardo Roca Rey –extraordinario amigo, además–, pero tampoco había trabajado en el sector público.

Entonces, como se forma el Ministerio, es “tierra de nadie”. Una serie de procedimientos administrativos, por ejemplo el TUPA [Texto Único de Procedimientos Administrativos] del Instituto Nacional, son totalmente acogidos en su relación hacia el exterior del Ministerio. Luego tiene que hacerse el ROF [Reglamento de Organización y Funciones] para ver cómo se manejan internamente, que es realmente un horror de burocracia. Solamente para hacer un breve ejemplo: Si nos remitiéramos al ROF del Ministerio de Cultura, para que determinada persona me de la palabra tendría que mandarme un oficio, que tendría que ser visado por un señor y sellado por el otro señor, acogido por mí y pasado por mesa de partes para luego yo tomar la palabra.

DIEZ CANSECO: Y pedirle a Santa Rosa que nos dé la bendición.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Exactamente, así es al interior del Ministerio de Cultura.

LIZARZABURU: O sea, no se continuó la estructura del Instituto Nacional de Cultura; cambió completamente.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Ahora es ministerio, y todo ministerio necesita su Reglamento para la organización de funciones internas.

LIZARZABURU: ¿Y eso fue lo que entorpeció todo?

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Exactamente, la burocracia. Ahora hay mucho más dinero, efectivamente, pero no está dedicado a la protección de patrimonio, sino a tener una frondosa burocracia, porque ahora tiene que ser más grande por supuesto.

Luego Alan García se va, cambia el gobierno, Ollanta Humala inspirado en lo que hizo Lula Da Silva con Gilberto Gil¹¹, nombró como primera ministra de Cultura a Susana Baca, una bellísima mujer, un orgullo nacional, pero a su

vez, una persona que nunca ha manejado una institución pública. Finalmente, Susana tenía que cantar en el mundo, así que cambiaron de ministro, y nuestro actual ministro es otra bellísima persona, a quien yo le tengo un aprecio inmenso, es un actor, un hombre de teatro. Finalmente, ¿quién ha hecho este ministerio? En términos administrativos, en términos legales, en términos de eficacia para la protección del patrimonio, nadie.

Entonces, el Ministerio es desastroso. Creo que dos años después, lo reconozco y se puede decir que las cosas están mejor, que hay más presupuesto para conservar patrimonio. El problema en el Perú ya no es falta de dinero, esa es la eterna cantaleta. En el Perú eso se acabó, lo que tenemos ahora es el Instituto Nacional de Cultura sin capacidad de gestión.

DIEZ CANSECO: Y tenemos miles de millones de dólares en reservas.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Así es, y tenemos una gestión Instituto Nacional de Cultura incapaz, que no sabe cómo gastarlo. Coloco el caso que se acaba de publicar en El Peruano de que el presidente Humala ha hablado de un presupuesto de trescientos millones de soles para repotenciar el Museo Nacional de Arqueología y Antropología, que es un museo emblema del Perú, el museo por excelencia del Perú. La pregunta es ¿quién tiene la capacidad para gestionarlo? A un ministerio más burocrático, más frondoso, con menor capacidad de gestión, el dinero no va a resolver nada. Creo que tras dos años de experiencia, cada día que nos acordamos de Alan García, ello no nos trae grandes recuerdos.

LIZARZABURU: Yo la verdad no sé cómo funcionaba el Instituto Nacional de Cultura antes, no tengo experiencia. La experiencia que tengo del Ministerio desde mi trabajo como periodista, es una dinámica un poco complicada. En mi trabajo de periodista necesito mantener una buena relación con el Ministerio de Cultura, porque parte de mi fuente de trabajo está ahí.

DIEZ CANSECO: Y ellos te van a avalar debido a que eres periodista y quieren estar en

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

¹¹ Nota del Editor: Gilberto Gil, cantante brasileño, fue nombrado ministro de Cultura a inicios del gobierno de Lula Da Silva, en Brasil.

buenos términos contigo. No creo que ocurra lo mismo con el ciudadano de a pie.

LIZARZABURU: En cuanto al tema del ministro –no estoy hablando del ministro Peirano, si no del cargo de ministro de Cultura–, estoy convencido de que da lo mismo quién esté ahí, porque es un cargo muy complicado, con muchas presiones. La persona que quiera defender el patrimonio está obligada a dialogar y hacer concesiones ante las cuales los defensores del patrimonio siempre lo van a acusar. Creo que quien cae en ese ministerio va a ser una piñata, porque lamentablemente en un país como el nuestro, a pesar de que el patrimonio cultural sea uno de los temas más descuidados, también es uno de los más sensibles. Pero, desde mi perspectiva, me parece bien que tenga categoría de ministerio, porque eso en teoría –yo tengo desconocimiento del funcionamiento de las instituciones, hablo de lo que yo veo afuera– lo pone en un nivel de discusión de gabinete que permite introducir el manejo del tema de cultura con una cercanía que permitiría soluciones más rápidas y más ejecutivas.

DE LA PUENTE: El Instituto Nacional de Cultura lo creó Velasco en los setentas, era una entidad adscrita al sector Educación, es decir, el titular del sector era el ministro de Educación. Además, no tenía un peso relevante frente a otras instituciones o autoridades públicas. En términos económicos y administrativos, dependía del Ministerio de Educación, que por sí mismo tiene problemas y necesidades propias muy significativas.

Por ello, en mi opinión, la creación del Ministerio de Cultura es un cambio positivo, considerando la situación anterior. Yo diría que hay que tener paciencia porque en el proceso de creación, se absorbió al Instituto Nacional de Cultura con la misma estructura. El que era antes el Director Nacional del Instituto Nacional de Cultura es ahora el Director General de Patrimonio Cultural del Ministerio, quien depende del Viceministerio de Patrimonio Cultural. Todo lo demás se rellenó para alcanzar la organización formal de los ministerios. Todo lo demás es nuevo y llegó gente nueva para ocupar eso. En cambio, el Archivo General de la Nación y la Biblioteca Nacional siguieron como organismos independientes, pero ahora adscritos al Ministerio de Cultura.

Hay que tener paciencia, las cosas tienen que cambiar poco a poco. Yo creo que tene-

mos que ver esto como el primer paso, no quedarnos en la creación del Ministerio. Debido a la riqueza cultural del Perú, sí me parece necesario un Ministerio de Cultura que reconozca esa riqueza y le dé un nivel político importante. El Perú es una de las cunas de la civilización humana y el Imperio Incaico fue el único que se desarrolló en el hemisferio sur del planeta. Pero es todo un proceso. ¿Qué es lo que debe venir? Continuar con el proceso institucional del sector cultura. El Ministerio no debe hacerlo todo, como desde declarar, fiscalizar, sancionar, hasta encargarse del vestuario del ballet nacional. No pues, no puede ver todo eso, son temas distintos.

Por ejemplo, en cuanto a las funciones que tienen impacto en el desarrollo económico y la inversión privada y pública, como es el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, el Rescate Arqueológico, el Monitoreo Arqueológico, entre otros: ¿Por qué no pensar en crear un organismo que se encargue de esos permisos? Como en el sector minero: El Ministerio dicta las políticas y las normas, INGEMMET [el Instituto Geológico Minero Metalúrgico] ve todo el tema de los derechos de las concesiones mineras, OEFA [el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental] fiscaliza ahora los temas ambientales mineros. Antes todas estas actividades las realizaba OSINERGMIN [el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería]. Es decir, distintas entidades cumplen distintas funciones especializadas.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Nació mal, yo estoy de acuerdo. Hay que tener paciencia, pero hay que reiniciar el proceso.

LIZARZABURU: Nació mal porque el primer ministro o los primeros ministros de Cultura debieron ser personas con experiencia en gestión pública que sepan cómo se lidia con el Ministerio de Economía y Finanzas.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Cecilia Bácula ya se había vuelto experta en eso.

DIEZ CANSECO: Ella había trabajado como la gestora del museo del Banco Central de Reserva y venía domando al toro desde hacía cinco años.

DE LA PUENTE: Un ejemplo que evidencia que nació mal y de forma prematura, es que unos meses antes de que se aprobara la Ley de

Creación del Ministerio de Cultura, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso un proyecto de ley para quitarle al Instituto Nacional de Cultura la facultad de declarar bienes como Patrimonio Cultural, para asignarla al Congreso de la República del Perú, mediante una ley. Era una locura. El artículo segundo de ese proyecto de ley decía que, con posterioridad a la declaración, el Estado tenía que comprar la propiedad declarada. Claramente se iba a especular con eso. Hay que ver al Ministerio de Cultura con paciencia. Políticamente, es muy positivo porque reconoce la relevancia cultural de nuestro país frente a otros países del mundo.

3. En cuanto al derecho de propiedad, la Ley del Patrimonio Cultural establece que los monumentos arqueológicos son de exclusiva propiedad estatal, mientras que los monumentos virreinales o republicanos pueden ser de propiedad privada. ¿Qué opinan de esta diferencia de asignación de derechos?

VARÓN: Desde inicios del periodo republicano, el gobierno peruano se ha reservado la protección de los monumentos prehispánicos, por su naturaleza y uso social diferenciado. Estos restos son la evidencia de nuestros antepasados, nuestros orígenes. La ley reconoce la propiedad privada, de acuerdo a lo que dispone nuestra Ley General en concordancia con la Constitución. Los restos prehispánicos no son bienes a los que les podemos dar un uso, sea comercial, residencial, social, a diferencia del patrimonio colonial, virreinal o republicano que ha tenido continuidad en su uso, a través de sus propietarios. Éstos sí pueden ser usados y pueden ser adecuados a las necesidades de la época. Los bienes arqueológicos, salvo que sea contra su naturaleza, no se pueden afectar, dañar o modificar, por lo que el Estado los reserva para su protección, conservación y puesta en uso social.

LIZARZABURU: Me parece un punto bien importante. Lo único que puedo contestar, como una reflexión inmediata, es que me parece una visión sensata. No sé si sea justa, pero me parece sensata porque responde de alguna manera a nuestro proceso histórico, porque toda la estructura y todas las propiedades prehispánicas en su momento fueron confiscadas.

Hasta donde yo sé –puedo equivocarme–, no hay registros legales de propiedad que hayan pasado de la época incaica al virreinato. Pueden existir, pero el estar de acuerdo con esto en un punto de partida, es lo que dicen, que toda esta propiedad en un principio se confiscó para establecerse un nuevo sistema. Lo que sí me parece importante añadir a esa reflexión, es que eso no impide que se permita el acceso a un manejo privado de las propiedades precolombinas. Quizás a través de un sistema de concesiones una empresa o un privado puedan manejarlo manteniéndose la propiedad del Estado para siempre. No lo sé, en este caso es una reflexión.

Que el viceministro hable de protección, sí me hace sentir incómodo porque mi razonamiento trata de ser racional con los datos que manejo. Que el gobierno me diga qué tenemos que proteger me hace sentir incómodo porque me pone en un escenario de débiles y fuertes, de vencidos y ganadores, una lectura de la historia que de repente ya tendríamos que haber dejado atrás. Creo que si el Estado es propietario para siempre de estos bienes, debería ser por otras razones. Para mí es eso, una realidad de propiedades que fueron confiscadas para establecer otro proceso.

DE LA PUENTE: En parte contesté esta pregunta en mi primera intervención, pero quisiera ahondar en cómo esta dicotomía o este conflicto en la visión de la Nación peruana se expresa de otras formas. El anterior alcalde de Lima, trasladó el monumento de Francisco Pizarro que estaba en la Plaza de Armas de Lima, apoyado por algunos historiadores, señalando que no era posible y era denigrante tener a nuestro conquistador en la Plaza de Armas. Esta visión es la misma que nutre, en mi opinión, la asignación de derechos de propiedad de la Ley de Patrimonio Cultural. Una visión equivocada y negativa de lo que es el Perú. Por ejemplo veamos el *boom* de la gastronomía peruana: ¿Cuál es el ingrediente común del cebiche y del pisco sour? El limón fue traído por los españoles y de andino no tiene nada. Otro ejemplo distinto, el Torito de Pucará es emblemático, y un toro de andino tampoco tiene nada. El Perú no fue conquistado, el Perú comienza a nacer luego de la conquista del Imperio Inca.

Yo creo que concebir que el Estado sea quien debe proteger a través de la propiedad

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

estatal es una idea anacrónica y perjudicial. La propiedad no está hecha para proteger bienes, está hecha para asignar un bien a quien lo valore y lo use mejor, con el consecuente beneficio social. Pero no queda ahí la restricción de la Ley de Patrimonio Cultural. Los inmuebles arqueológicos únicamente pueden ser administrados por el Estado, y el Reglamento de la Ley prohíbe expresamente otorgarlos en concesión, pero curiosamente sí la permite para los bienes virreinales y republicanos.

Es un buen punto el que tú comentaste [a Javier Lizarzaburu]. En la transformación del virreinato al Estado peruano, dicho Estado adquirió muchos inmuebles prehispánicos, pero luego de eso se han descubierto nuevos inmuebles, dentro de áreas de propiedad privada. La Ley de Patrimonio Cultural dice que todos los inmuebles prehispánicos, inclusive los que se descubran en predios de propiedad privada, son de exclusiva propiedad estatal. Es decir, nunca van a compensar económicamente al propietario. No estás hablando de expropiación, porque nunca fue tuyo, siempre fue del Estado, lo descubierto y por descubrir. Entonces, ¿cuál es el primer efecto en el dueño del terreno? Destruirlo o no avisar al Ministerio del hallazgo, porque no te van a compensar. Es un efecto perverso generado por la propia ley de protección. Es que el legislador, de manera anacrónica, considera que la Ley se aplica a objetos inanimados. Mientras que el objeto está enterrado, no se va a aplicar la Ley. ¿Cuándo se aplica la Ley? Cuando se encuentra con alguien, con un ser humano. Es que la Ley regula conductas humanas y no objetos. Entonces, en teoría, y todos estamos de acuerdo, el objetivo de declarar algo como cultural es para protegerlo. ¿Cómo protegerlo? Por lo menos, no debe afectar de manera asimétrica los intereses o beneficios de los titulares de derechos, que de una forma u otra forma se relacionan con bienes culturales. Eso no lo ve el legislador, y lamentablemente lo que se genera es destrucción, tráfico ilícito, ocultamiento. Porque uno lee la ley y dice “¡qué maravilla! los bienes culturales están protegidos”, pero en la práctica es totalmente lo contrario. Mira la cartera de propiedades del Estado en términos culturales. ¿Qué porcentaje de la huacas está administrado eficientemente? ¿Genera beneficios a la población? ¿Promueve el turismo? Sólo un mínimo

porcentaje. El Estado —como bien sabemos— es un pésimo propietario.

DIEZ CANSECO: Tal como indiqué anteriormente, no llego a comprender cuál es la razón —salvo una razón legal, que no es una razón necesariamente— por la que una persona natural o jurídica esté impedida o no sea digna de la titularidad de restos arqueológicos. En mi opinión, debería abrirse esa posibilidad. Convengo con el Doctor de la Puente en el sentido de que, a partir del momento en que se descubren vestigios arqueológicos dentro de los linderos de una propiedad privada, se produce una expropiación regulatoria que, incluso, ni siquiera tiene visos expropiatorios, pues no se verifica una compensación o justiprecio. En estos casos se forja una confiscación debido a que el Estado no retribuye al propietario. Del mismo modo, se generan incentivos perversos, debido a que finalmente se promueve el ocultamiento o la destrucción de los hallazgos. En cambio, si Perú tuviera una ley que permitiera la titularidad privada de restos arqueológicos y, en paralelo, se establecieran incentivos tributarios para su preservación o puesta en valor, los propietarios estarían encantados de sus descubrimientos. Sería como ganarse la lotería. Cabe indicar que esta situación de expropiación regulatoria o, más claro, confiscación, se debe hacer extensiva a nuestro inmenso patrimonio colonial hispánico y republicano.

Me han contado de casos en Cusco y Cajamarca, de personas que estaban haciendo adecuaciones en sus propiedades y hallaron restos de unos muros incaicos ¿Qué hicieron? Los demolieron. Literalmente, pasaron un tractor por encima. También la prensa ha reportado afectaciones en casonas coloniales limeñas famosas por sus maravillosos balcones. ¿Qué paso? Abrieron la cañería de agua para que se inundaran y, como consecuencia, perdieran consistencia y se derrumbaron. También me refiero a las pinturas murales de casonas coloniales que han desaparecido por arte de magia, puesto que preservarlas cuesta una fortuna. ¿Qué es más fácil? Limarlas, claro está. En resumen, los propietarios enfrentan un dilema: Hacer lo correcto y declarar el hallazgo, o simplemente callar.

Para la gran mayoría lo más práctico es actuar silenciosamente y, de la noche a la

mañana, eliminar la molestia. En mi caso, soy propietario de una casona en pleno centro histórico de Arequipa que, en pocos años, va a tener quinientos años en mi familia. En varias ocasiones me han ofrecido derrumbarla para hacer de ella una playa de estacionamiento, que me generaría un importante ingreso. Obviamente, me he negado. No sólo debido a que la ley lo impide, sino a un sentido romántico de lo peruano y de cariño por la historia de nuestro país. ¿Qué me ha dado el Estado a cambio de mi esfuerzo? Pues, absolutamente nada. Este cuento se puede repetir hasta el infinito, pero no todos pensamos igual, y muchos –por desesperanza o falta de recursos para preservarla– han hecho tabla rasa de sus principios y han procedido a llenar sus bolsillos.

Repito, este panorama desolador cambiaría radicalmente si existiera la posibilidad de que los privados fueran propietarios de patrimonio arqueológico y, en paralelo, se establecieran incentivos tributarios para la preservación.

Un comentario adicional se refiere a la discriminación que existe entre lo prehispánico y lo colonial. Me parece incluso inconstitucional que se privilegie lo primero frente a lo segundo. No cabe duda que lo precolombino es trascendental y maravilloso. [A Andrés Álvarez-Calderón] Tú eres uno de los más conspicuos defensores de nuestro patrimonio preincaico. La familia Larco tiene una colección extraordinaria, además que han hecho un esfuerzo incomparable por preservarlo. Pero la historia del Perú, en lo atinente a Patrimonio Cultural inmobiliario, no culmina con la captura de Atahualpa. Posee casi 300 años adicionales que debemos respetar. ¿Por qué lo hispánico no es Historia del Perú? Lamentablemente, nuestra política y normativa privilegia lo incaico, olvidándose de lo colonial.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Esto es bien interesante, porque ustedes son abogados. Yo no soy abogado, y [dirigiéndose a los miembros de THÉMIS presentes] vuestra Asociación es

de Derecho. Este fenómeno tiene que tener nombre. Estoy seguro que en el mundo del Derecho existe algún nombre para cuando las leyes no se hacen como deben ser, sino que se hacen como se quiere que sean, porque existe un alto contenido ideológico. Finalmente, el tema de si la propiedad pre-hispánica debe ser privada o estatal, así como el tema de los inmuebles, es un asunto de cómo pienso yo ideológicamente. Si soy capitalista, soy pro privado. Si soy pro socialista o pro comunista, pienso que la propiedad debe ser del Estado. Entonces, ha habido una alta influencia de quienes manejaron las Ciencias Sociales, la Antropología, la Historia, la Arqueología, en la elaboración de la Ley, y ésta no se hace con lógica, sino con el corazón, y no se hace como debe ser sino como se quiere que sea.

Entonces, por supuesto que la propiedad prehispánica en el Perú es sagrada y tiene que ser del Estado. Pero, lo que no vieron fueron los grandes problemas que esto traía y, lo que es peor, es que esto ni siquiera se aplica. Eso es lo que ocurre cuando se promulga una ley mal hecha. Se debió respetar la propiedad privada de los inmuebles pre-hispánicos. Lo que ha contribuido a esto, esta media verdad que existió desde 1929 y antes, desde que todo bien inmueble era de propiedad estatal; fue que, como esto es propiedad del Estado, me lo vuelo. La verdad es que, digamos, si hay una huaca o un templo que estaba dentro de tu predio de 50 hectáreas, y ese predio tú lo habías comprado como 50 hectáreas, ahí habría que hacer en el registro de la propiedad inmueble un descargo de una independización de lo que es del Estado. Pero como no se hacía ese descargo, en realidad había que tumbarse la huaca, y eso ha ocurrido históricamente huaca por huaca. No estoy hablando del Perú profundo, sino de Miraflores. Tengo unas fotos aéreas buenisimas de Lima de 1927 en Miraflores, de la Clínica Americana. Fotos de 1940, en donde se aprecian unas huacas maravillosas. En el Olivar^{III}, por ejemplo, esa iglesita que está en la esquina de Santa Cruz con Pardo Y Aliaga, esa iglesita era una huaca. ¿Por qué? Por esta media verdad.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

^{III} Nota del Editor: El Olivar, un viejo bosque limeño delimitado por las avenidas Paz Soldán, Conquistadores, Pardo y Aliaga, Santa Cruz y Arequipa, fue declarado Monumento Nacional en 1959 por el Instituto Nacional de Cultura. Dicha distinción tuvo lugar debido a la subsistencia de sus olivos, su antigüedad y al especial desarrollo del bosque. Para mayor información, véase la siguiente página web: <http://elcomercio.pe/lima/304069/noticia-olivar-san-isidro-viejo-bosque-ciudad>.

DIEZ-CANSECO: Los españoles no escogieron Lima por gusto, era un lugar privilegiado y, además, con una gran actividad comercial y agrícola.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Es lo que se decía de Pucllana. La pregunta que debemos formularnos es: ¿Esto pasó en 1950? No, esto sigue pasando ahora. Cuando quieres hacer cualquier independización o construir en cualquier predio del Perú, necesitas un Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos. Entonces, ¿qué pasa? Tienes un predio de 50 hectáreas y te comunicas con el Ministerio de Cultura para que emita el Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos. Ellos vienen, hacen una inspección, y encuentran dentro del predio un cementerio, por ejemplo, o un templo. Esto pasa todos los días. El Ministerio o rescata el sitio —es decir, lo vuelve intangible—, o hacen un levantamiento del sitio para que puedas seguir adelante con tu proyecto, que tú lo tienes que pagar. Pero lo que sucede en este último caso, es que si tienes un título de 50 hectáreas, el Ministerio de Cultura no sólo te da su aprobación e indican qué parte es arqueológica, sino que del título de 50 hectáreas sacan la parte patrimonial que, por Ley pertenece al Estado, del Registro de Propiedad Inmueble.

4. La valorización del Patrimonio Cultural es muy importante para generar un sistema eficiente de protección. En algunos países se valoriza el Patrimonio Cultural a través del uso o frecuencia turística del recinto histórico, o se realizan plebiscitos o consultas a las comunidades para determinar su valor. ¿En el Perú, cómo se procede a la valorización del Patrimonio Cultural? ¿Cuál sería el modelo más adecuado?

VARÓN: La determinación del valor de los bienes integrantes del Patrimonio Cultural, especialmente los inmuebles, revisten una complejidad propia debido a una doble valoración que se debe dar, no sólo como bien, sino considerando además su valor cultural.

En el Perú aún no se cuenta con una base o criterios que permitan valorizar el Patrimonio Cultural. Sin embargo estamos trabajando

para poder contar con las herramientas que permitan este objetivo, por ejemplo, a través de las Cuentas Satélites de Cultura que estamos trabajando con el Banco Interamericano de Desarrollo a través de un proyecto que está en su etapa de implementación. Se ha podido publicar el Atlas de Infraestructura y Patrimonio Cultural^{IV}, en donde podrán encontrar datos importantes, si bien a grandes rasgos, muy interesantes que nos están permitiendo empezar a desarrollar las mediciones y lo que aporta la Cultura al desarrollo económico del país. Las industrias, las artes, el cine, la fonografía, los audiovisuales, la animación, son claros ejemplos de cómo es que la cultura genera desarrollo económico.

La declaración de un bien integrante del Patrimonio Cultural de la Nación se basa en la identificación de los diversos valores, tanto materiales cuanto inmateriales que el bien presenta, tales como el arqueológico, histórico, arquitectónico, urbanístico, artístico, tecnológico, simbólico, de identidad, así como por su autenticidad, integridad y singularidad, entre otros aspectos, los que pueden presentarse de manera individual —en algunos casos— o agrupada, pudiendo determinar incluso el grado de interés.

Una valorización del Patrimonio Cultural en términos de uso o frecuencia turística, condiciona el reconocimiento subjetivamente a la actividad comercial y las interpretaciones o intereses de las agencias u operadores turísticos que pueden orientar el interés de los usuarios, no estando necesariamente orientados a criterios protección y conservación de los bienes cuyos valores son principalmente intrínsecos.

Cabe señalar que la declaración de bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación, tiene como fin el reconocimiento y protección de la herencia cultural propia del pasado de cada comunidad, que perdura en la actualidad y se transmite a las generaciones presentes y futuras, creando y/o reforzando la identidad local, regional y nacional.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: El Patrimonio Cultural Inmueble es de propiedad del Estado y ello complica notablemente cualquier mecanismo

^{IV} Nota del Editor: Este atlas puede encontrarse en: <http://www.mcultura.gob.pe/atlas>.

que conlleve a medir el valor de estas propiedades. El Patrimonio Cultural Mueble es objeto de comercialización bajo la Ley de Patrimonio Cultural. Sin embargo, no existe un mercado formal de compra y venta de bienes de Patrimonio Cultural. Generalmente, el valor de las cosas en el mundo real está regido por la oferta, la demanda y las reglas del mercado. En el caso del Museo Larco, cuando tenemos que asignar un valor a nuestros objetos por razones de los seguros, lo que solemos hacer es utilizar publicaciones de remates internacionales de obras de arte, donde haya participado patrimonio peruano. Para nosotros es muy importante poder demostrar a las compañías de seguros que los precios asignados son referenciales, ya que, caso contrario, podríamos estar cayendo en subvaluaciones o sobrevaloraciones.

DIEZ CANSECO: Me parece que en el Perú no existe ningún instrumento de valorización. Todo lo contrario, existe un sistema perverso que lo único que promueve es la destrucción de lo que tenemos. De nada sirve declaraciones o resoluciones que pomposamente declaren ciertos bienes como integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación si, en contraprestación, el Estado no brinda facilidades para preservarlos. No se trata de que regalen el dinero. Debemos ser conscientes que existen otras necesidades más apremiantes, como la salud y la educación. No creo que se trate de valorizarlas sino de introducir mecanismos para brindarles valor, puesto que de nada sirve que tengamos un catastro de bienes culturales si no existen recursos para protegerlos. Saber y no hacer nada puede ser mucho más frustrante que no saber y hacer poco.

DE LA PUENTE: Es interesante, retomando lo último que estaban conversando sobre cómo la asignación y restricción del Derecho aleja determinados bienes de la población. Uno no puede participar en la gestión, relacionarse ni inculcarse más allá de cierto punto. Hace unos años, el Congreso aprobó la Ley 29864 – Ley de Promoción de Inversión Turística en Monumentos del Patrimonio Cultural, enfocado a la concesión para hoteles y restaurantes en el área circundante de los bienes arqueológicos. Se generó un escándalo. Cusco se levantó en protesta y por eso perdió ser sede de la cumbre del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC). Hubo un problema de comunicación y la población –manipulada por algún

sector– pensó que se estaba privatizando el patrimonio.

Esta ley es interesante, la propiedad estatal del inmueble arqueológico se mantenía y lo único que se estaba otorgando al sector privado era una exclusividad de uso del marco circundante para operar un hotel o un restaurante, fuera del área intangible determinada por el Instituto Nacional de Cultura, por treinta años. Se establece que determinados porcentajes del precio por la concesión se inviertan en la seguridad, otro para la investigación, vías de acceso, etcétera. Al final se modificó la ley por el tema del levantamiento de Cusco, y se puso un candado diciendo que los gobiernos regionales son los que proponen al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y al Ministerio de Cultura, o al Instituto Nacional de Cultura en ese momento, una lista de cuáles monumentos pueden ser incluidos en este sistema de promoción de la inversión privada. Van a cumplirse seis años de aprobada dicha ley y parece que el proyecto de su reglamento está como posavasos en alguna oficina del Ministerio.

Las cosas están cambiando, pero el tema respecto de la valorización es tomado de forma controversial por algunos sectores, y muchos te contestarán que los bienes culturales tienen un valor inconmensurable. Entonces, no entiendo por qué hay tráfico ilícito si no se pueden valorizar. La verdad es que todo es cuantificable económicamente. ¿Cómo fijas el valor sobre algo? En función de cuánto cuesta elaborarlo y, si ello no es posible, en función de cuánto cuesta un bien equivalente. Más o menos así es la regla para poder determinar el valor de las cosas. Existe el tráfico ilícito de bienes culturales porque no se incentiva un mercado legal responsable. Por ejemplo, la prohibición de exportación de bienes culturales, salvo para investigación o exposición, automáticamente baja el precio del bien al estándar local y eleva su precio en el extranjero, porque es muy difícil obtenerlo.

Siguiendo con el tema de la valorización, hay muchos distintos valores respecto de un mismo objeto. Para un arqueólogo representa información científica y para un artista representa un diseño peculiar, y eso es válido. En función de cada uno es que se identifica y se determina el valor. Por ejemplo, un pedacito de resto orgánico en un sitio arqueológico te puede decir la antigüedad

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

de dicho monumento. El valor de ese bien cultural es inmenso, pero dicha relevancia no se reflejará equivalentemente en términos monetarios.

Volvemos al meollo del asunto que es el impacto sobre los derechos privados y cómo la ley incentiva comportamientos responsables o destructivos. Cuando encuentras una huaca, no te van a compensar económicamente el valor de tu propiedad. Entonces, para ti —propietario del terreno—, el valor que tienes es igual a cero.

Como conversábamos con Javier Lizaraburu hace unos días sobre el tema de cómo desincentivar el tráfico ilícito, le comentaba que parte de la solución es fomentar un mercado legal. Según la ley, comprar y vender huacos en el Perú es legal. Pero, ¿dónde los compras? Es muy complicado. Hay muy pocas personas que los tienen registrados. Y los depósitos de los museos públicos están repletos. ¿Qué pasaría si se vendieran los duplicados que están en los depósitos y que nunca van a ser exhibidos? El Ministerio sabría quiénes los tendrían y podría verificar que los mantengan bien. De esta forma se permite que la valorización de los ciudadanos sobre su propia cultura se satisfaga por un mercado regulado eficiente y no por el mercado negro. La restricción total en la práctica lleva al mercado negro.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Claro, lo que pasa es que este no es un tema técnico. [A Juan Pablo de la Puente] Tú estás hablando de generación de valor, estás hablando de la función del mercado en todo eso, pero no es un tema técnico, es un tema meramente ideológico. En términos ideológicos, es imposible ponerse de acuerdo.

LIZARABURU: Miren, así como en una respuesta anterior decía que me incomodó cuando el Estado quería tener una presencia todopoderosa sobre el tema, tengo que decirles que las respuestas que ustedes dieron [refiriéndose a las respuestas de Juan Pablo de la Puente y Luis Diez-Canseco] también me hacen sentir incómodo cuando se plantea que la única manera de ver el valor es comercial.

Si en algún momento queremos discutir esto, creo que ese argumento es un argumento que no gana adeptos.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: No, es algo meramente técnico. El tema está en “negro” y hay que irse al “blanco” para terminar en el gris. El gris es justamente las concesiones. Por eso, es que debemos partir de que esta ley no es otra cosa que una ley de destrucción del Patrimonio Cultural.

DIEZ CANSECO: Se trata de estabilizar el péndulo^V.

LIZARABURU: Obviamente, yo también veo el tema del valor de diferentes dimensiones. Para mí, una parte fundamental tiene que ver con el hecho de cómo nos apropiamos de esa sensación de pertenencia, cómo realmente reconocemos que eso es nuestro. Creo que muchas veces lo decimos, pero no lo sentimos porque está abandonado, porque esta enrejado y porque nadie nos habla de eso. Entonces, un aspecto es la difusión de su importancia.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Yo estoy viviendo un fenómeno fascinante. La cantidad de peruanos que sienten suyo y con orgullo el Museo Larco —y nos lo dicen a través de las redes sociales— es impresionante. La pregunta es si el aspecto privado, si esa sensación de posesión tiene que ver con quién es el dueño —Estado o privado—, o en cómo se entrega la institución al visitante.

LIZARABURU: Mi manera de hablar de apropiarnos claramente no pasa por ese tema científico de quién lo posee, si no de esa sensación interna. También de la manera cómo nos relacionamos con ese patrimonio. El año pasado hicimos una mesa redonda en El Comercio con artistas y gestores culturales jóvenes, con la nueva generación, para ver qué ideas surgían, y una de las que más me gustó por ejemplo, fue de uno que decía, “¿por qué no hacemos algo como la Noche en Blanco de las Huacas?”, donde las huacas se abran y podamos tener música, exhibiciones de arte, comida, y la gente recorra esos espacios, y una serie de actividades con las

^V Nota del Editor: El Dr. Diez Canseco hace referencia a la lógica seguida en: DIEZ CANSECO, Luis y José Ignacio TÁVARA. “Estabilizando el péndulo: Control de fusiones y concentraciones en el Perú”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 47. 2003. pp. 159 y siguientes.

cuales la gente comience a penetrar estos lugares.

DIEZ CANSECO: Pero se necesitan recursos con los que no cuenta el Estado o, si los tiene, el Ministerio de Economía y Finanzas se va a negar a brindarlos. Por ello se necesita establecer incentivos tributarios para que el sector privado decida invertir en cultura en lugar de comprar un automóvil nuevo para el presidente del directorio de una empresa o, en el caso de las personas naturales, decidir restaurar un balcón colonial en lugar de llevar a toda la familia de vacaciones a una playa del Caribe. En otras palabras, deben crear incentivos para que los gerentes de finanzas de las empresas sepan que la cultura les genera beneficios tributarios. Por ejemplo, deducciones al impuesto a la renta, considerar la inversión en cultura como el doble de gasto, o el establecimiento de créditos fiscales. Si ello ocurre, estoy seguro que recomendarán que se empleen los recursos disponibles y más que huir de cultura, buscarán oportunidades para gastar en ella.

LIZARZABURU: Sólo para terminar este punto del valor, algo también hablabas tú [a Juan Pablo de la Puente] de los valores que les dan los arqueólogos o los artistas, pero también el valor que tiene una huaca no va a estar siempre vinculada a esto. Creo que las que van a servir para esto son –y deberían ser– pocas, pero está el uso como espacio público, espacio para la educación, y aparte del impacto del valor inmobiliario de esa zona cuando tienes un lugar recuperado que no siempre tiene que ser para turismo.

DE LA PUENTE: Efectivamente, el turismo no es la solución para todo el Patrimonio Cultural. La concesión es conveniente sólo para algunas huacas, que estén preparadas para eso. Un turismo descontrolado destruye una huaca. Entonces, ¿cómo transformar un recurso turístico en un producto turístico? Esa es toda una cadena de gestión y muy complicada.

DIEZ CANSECO: Si se contara con una Ley de Promoción para la Preservación del Patrimonio Cultural que da incentivos tributarios, es más que probable que se incremente el turismo en el Perú. Si bien para frustración y una visión cortoplacista del Ministerio de Economía y Finanzas, ello puede significar una merma inicial en los ingresos del Tesoro Público,

en pocos años las arcas fiscales notarán un incremento considerable en sus ingresos. En efecto, ciudades preservadas y recuperadas, monumentos arqueológicos concesionados, pinturas restauradas, generarán más ingresos por el impuesto general a las ventas y por el impuesto a la renta de restaurantes, hoteles, agencias de viaje, operadores turísticos. Adicionalmente, promoverá oferta para quienes trabajen en estas actividades, además de los profesores, restauradores y operarios calificados, por citar algunos ejemplos.

5. ¿Qué papel juega el compromiso de la población en la conservación y puesta en valor del Patrimonio Cultural? ¿Se está llevando a cabo alguna política de implementación de trabajo en conjunto con la población? ¿Qué se podría hacer para fomentar el voluntariado en la conservación del Patrimonio Cultural?

VARÓN: La puesta en uso social del Patrimonio Cultural importa la necesidad de involucrar a la comunidad en la preservación del Patrimonio Cultural. Un monumento y/o conjunto arquitectónicos se integran a su medio en la medida en que recobren su valor histórico y se constituyan como evidencia del proceso histórico en el que también está directamente involucrado su entorno social actual, y en la medida en que éste sea capaz de percibirlo y entenderlo. La conservación del Patrimonio Cultural en sí implica un trabajo eminentemente técnico y especializado, el cual debe ser necesariamente profesional, no correspondiendo a una labor que aisladamente realice un voluntario, sino siendo parte de un trabajo de gestión de Patrimonio Cultural debidamente guiado por el especialista en conservación. Debe entenderse que la práctica de la conservación sigue una metodología científica.

LIZARZABURU: En el proyecto Lima Milenaria, que estamos haciendo junto con El Comercio, lo que justamente tratamos de hacer es sensibilizar autoridades, público en general. El tema del voluntariado yo se lo planteé al ministro Peirano, hace un mes, más o menos, cuando hubo una serie de protestas por el tema del cerro Puruchuco. Un tema que tocamos fue el de la sociedad civil. Aquí, a pesar de haber mucha indiferencia, también hay mucho interés de la gente por su patrimonio. El problema es que no hay sitios

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

por donde dar cabida a ese interés. Lo que yo le pregunté fue por qué no existe eso en el Ministerio, en algún sitio. Entonces, en ese momento anunció que estaba trabajando, con una oficina del Consejo de Ministros, en un plan piloto de voluntariado que se haría desde el Ministerio de Cultura. No he vuelto a escuchar del tema, pero parece que esa es una vía que se está tratando de desarrollar.

DIEZ CANSECO: Voy a ser bien crítico sobre esto. El peruano no se caracteriza por ser solidario. Esto es parte de nuestra idiosincrasia. Yo, honestamente, dudo que cualquier esfuerzo de voluntariado tenga éxito. Sólo existe en casos de cuidado de enfermos terminales y cosas por el estilo. El tema del voluntariado no es parte de nuestra cultura. Me encantaría que se impulsara, pero dudo mucho que haya voluntariado en el Perú. De repente me equivoco, pero esa es mi opinión.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Claro, uno ve el voluntariado en Estados Unidos y es algo completamente diferente. Lo que sucede es un tema más logístico. Cuando eres padre en Estados Unidos, por ejemplo, cuando tus hijos terminan la secundaria se van a estudiar a universidades en otros Estados. Entonces, el padre y la madre se quedan solos en casa, sin hijos y todavía jóvenes. Finalmente, se jubilan relativamente jóvenes y aún con energía. Entonces, hay un gran grupo de personas, creativas y con ganas, que entran a hacer voluntariado. Eso aún no sucede en nuestra sociedad. En el Perú, entonces, [a Luis Diez Canseco] estoy de acuerdo contigo en que la gente no es solidaria, pero no es sólo un tema idiosincrático, sino también logístico.

DIEZ CANSECO: Los peruanos tenemos muchos problemas económicos, sociales y familiares que resolver en general, como para estar dando nuestro tiempo gratis en voluntariado. El voluntariado se origina cuando existe tiempo y dinero y, aquí, en el Perú, la gente no tiene ninguna de las dos cosas.

LIZARZABURU: Desde otro punto de vista, es interesante darse cuenta cómo ha crecido la nueva Lima, sobre la base de la solidaridad andina. Las construcciones se siguen haciendo los fines de semana. La gente se ayuda a construir la casa. En colegios de San Juan de Lurigancho o Villa el Salvador, los chicos ya están haciendo voluntariado en su zona. Eso es lo que hay que fomentar.

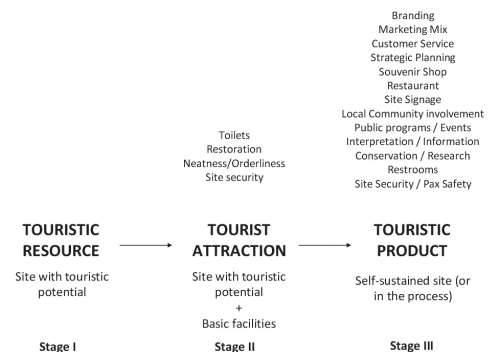
ÁLVAREZ-CALDERÓN: Yo quisiera aprovechar para mostrarles estas diapositivas con datos que han sido tratados recurrentemente. Según el Ministerio de Cultura, hay cuarenta mil sitios arqueológicos identificados en el Perú y sólo doscientos de ellos tienen algún tipo de protección. Esto quiere decir que cuentan con un vigilante, al menos algo. Respecto de este punto, lo más lúcido que he visto hasta ahora, en veintiún años dedicándome a esto, ha aparecido en el “Manual de Turismo del Perú” editado por Prom-Perú en el año 2000. Usaré como ejemplo la pirámide Mojeque, muy cerca de Sechín, en Casma. Aquí no hay ningún tipo de seguridad ni control. Esto es un **recurso turístico** totalmente abandonado y de mucha importancia, data de 1500 años antes de Cristo.

**Gráfico 1: La Pirámide de Mojeque
Recurso turístico**



Estos **recursos turísticos** deben convertirse en **atractivos turísticos**, contar con una serie de comodidades, para luego poder ser **productos turísticos**.

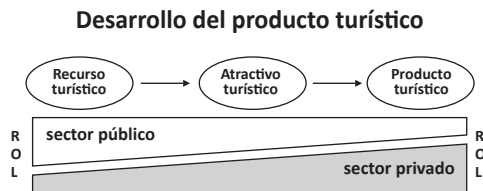
Gráfico 2: Proceso de formación de un producto turístico



El rol del sector público en este proceso es fundamental. Debe haber mucha presencia

del Estado. Pero, una vez que este espacio ya ha comenzado a crecer, surgen muchas cosas que deben ser administradas, pues este ya es un producto turístico que necesita restaurantes, tiendas, baños. ¿Cuándo va a poder haber este tipo de servicios en todos los sitios arqueológicos del Perú? ¡Vamos a estar muertos todos! Lo que debe hacer el Estado, entonces, es otorgar concesiones para que estos lugares cuenten con buenos servicios, un buen mantenimiento, un buen programa educativo, una cultura de servicio al cliente. Lo que tiene que hacer el Estado debe ser solo conservar, proteger y supervisar el lugar. Cuando este ya se ha vuelto producto turístico, el sector privado crece.

Gráfico 3: Desarrollo del producto turístico



Esto es lo más iluminado que he visto respecto de lo que tiene que pasar con el Patrimonio Cultural. Lo más importante para que un recurso turístico se vuelva un atractivo turístico es servicios mínimos, restauración y seguridad del sitio. Cuando éste ya es producto turístico, el Instituto Nacional de Cultura debe incorporar elementos como la seguridad –tanto de los turistas cuanto del mismo patrimonio–, conservación, la investigación, información, aplicación de programas públicos, eventos y toda una comunidad involucrada en el proyecto, la cual se sienta orgullosa de él. Que este sea para ellos una fuente de trabajo. Esto ya está sucediendo en algunos lugares. Hace falta planeamiento estratégico. ¿Hacia dónde está yendo el Ministerio de Cultura con el tema? No tiene idea de hacia dónde estamos yendo. Es necesario desarrollar una marca.

DE LA PUENTE: Un comentario. El involucramiento de la comunidad debería darse desde la primera etapa.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: De acuerdo, yo creo que lo primordial es asegurarse que el sitio cuente con facilidades básicas y que este logre auto sostenerse. No es tan difícil a través de las concesiones. Esto ya está sucediendo con Caral, que es casi un producto turístico

desde que entró Ruth Shady. Del 1994 al 2009 ha cambiado muchísimo. Casi llega a ser un producto turístico.

Gráfico 4: Caral (1994) en la etapa de “recurso turístico” (primera etapa)



Gráfico 5: Caral (2009) en la etapa de “atractivo turístico” (segunda etapa)



DE LA PUENTE: En la práctica, un caso emblemático que ha puesto en evidencia que la protección del patrimonio y su adecuada gestión generan desarrollo y beneficio para la población, es el proyecto de la Huaca de la Luna, en Trujillo. Representa la transformación de un cerro de arena en un polo de desarrollo de la zona. ¿Cómo? En el año 1992, se empezó con ayuda de la Fundación Ford, luego vinieron más fondos privados nacionales, de la Fundación Backus e internacionales, del World Monuments Fund, etcétera. Todo del sector privado. ¿Y el gobierno peruano? No financió significativamente el proyecto por casi veinte años. Sólo cuando evidenció el éxito, construyó el museo y mejoró las vías de acceso. Aquí, la gestión cultural muchas veces depende de este tipo de iniciativas privadas, con líderes creativos pues no hay institucionalidad.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Personajes como Ruth Shady, Walter Alva o Santiago Uceda, no hay ninguna política de Estado detrás de ellos. La gran puesta en valor de sitios como

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu, Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

Caral, Sipán o Huaca de la Luna no obedece a una política de Estado. Estos sitios han salido adelante por la acción heroica de sus desarrolladores. Lo que tenemos que lograr es que el Estado tenga éxito en el desarrollo de productos turísticos, pero al margen de las personas; por política estatal. Cada día hay menos gente con la pasión y entrega como la que han demostrado Shady, Alva, Uceda y otros.

DE LA PUENTE: Respecto al involucramiento de la población, desde el primer día hay que tener en cuenta que, en un proyecto de conservación, uno –como financista– quiere que su inversión perdure en el tiempo. La población es importante para que el sitio restaurado no pierda valor en el tiempo. Es una garantía para que la inversión en la conservación sea perdurable en el tiempo, pues la población la cuidará. Por eso, desde el primer día, la población debería estar involucrada. Así, sentirán suyo el proyecto y defenderán el monumento cuando esté amenazado.

DIEZ CANSECO: Yo creo que ello, además, denota una falta de visión y vocación por la cultura.

DE LA PUENTE: Claro, si ellos vieran algún ejemplo exitoso en otro lugar, quizás esa situación cambiaría. Ahora, lamentablemente, en el interior del país, el concreto y las lunas polarizadas son sinónimo de modernidad, y las tejas y el adobe son algo retrógrado.

6. En algunos países se generan incentivos tributarios para que las empresas privadas inviertan en conservación o protección del Patrimonio Cultural. Considerando que la conservación del Patrimonio Cultural puede elevar los costos a tal punto de que la inversión pública no pueda cubrirla, ¿cómo podría garantizarse? ¿Debería liberalizarse el Patrimonio Cultural, para ser un ámbito regulado por el Estado?

VARÓN: En este momento, el Ministerio de Cultura está trabajando una propuesta de ley sobre los incentivos a favor de la promoción de la cultura, consideramos que podríamos tenerla para fines de junio de 2013. La Ley de Creación del Ministerio de Cultura encarga la reglamentación de mecanismos que

permitan fomentar incentivos tributarios. Sin embargo, consideramos que una ley podría mejorar la situación y hacer mucho más atractivo el mercado cultural. Todo ello en concordancia con una mejora sustancial en los beneficios tributarios que favorecerían a quienes inviertan en cultura. Actualmente el Ministerio viene trabajando en alianzas público-privadas mediante convenios, a fin de favorecer mecanismos que permitan involucrar a los privados en la mejora de los activos culturales que, finalmente, son de todos los peruanos.

DIEZ CANSECO: Esperemos que lo señalado por el Doctor Varón sea cierto. Tal como he señalado en reiteradas oportunidades a lo largo de esta Mesa Redonda, se tienen que establecer incentivos. De no hacerlo, la promoción de la cultura será una frase vaciada de contenido. Sobre este particular, la legislación peruana vigente resulta intrascendente, por no decir nula. Lo único que permite es la reducción en el pago del patrimonio predial en la medida que la propiedad se dedique a casa-habitación, o se encuentre en estado ruinoso. Me pregunto, ¿por qué no se pueden brindar incentivos cuando una propiedad se dedica a un negocio? Por ejemplo, tiendas, restaurante u hotel. ¿Acaso ello no es bueno para la economía? Del mismo modo, la normativa privilegia al inmueble en estado ruinoso frente al restaurado, con lo que promueve absurdamente que nadie invierta en su recuperación. En otras palabras, el Estado premia que un inmueble declarado patrimonio histórico se caiga a pedazos. Curioso, ¿no es así?

LIZARZABURU: Este mismo tema lo estuve trabajando en un par de reportajes, por lo que existe un par de elementos que me gustaría plantear aquí. Uno es lo que está pasando afuera y lo otro es lo que no está pasando aquí. Lo que pasa en otros lugares, como en el Reino Unido, es que tienen programas muy fuertes de protección de patrimonio. Allí, por ejemplo, se dice que “proteger el patrimonio es invertir en el futuro”. Existen mecanismos muy eficientes que sirven para financiar la cultura. Uno de ellos, por ejemplo, es la lotería, que es manejada por el Ministerio de Cultura británico. Así, por cada libra obtenida, veintiocho peniques van a un fondo especial, que se distribuye de esta manera: 46% a Salud, Educación y Medio Ambiente, 18% a

deportes y 36% a Artes y Patrimonio. Esto ha permitido a la sección de Artes y Patrimonio del Reino Unido obtener 36 millones de dólares semanales, más o menos, equivalente al presupuesto anual del Ministerio de Cultura peruano. En el Perú, se ha tratado de hacer algo parecido con el impuesto de 12% que pagan los tragamonedas sobre sus ganancias. De este 12%, un 15% se le otorga al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Pero, de ese dinero, nada va para la cultura, sino para la promoción de la artesanía. Pero no hay que ir tan lejos para conseguir ejemplos. Ciudades como Bogotá y Quito, lugares donde también se ha venido recuperando Patrimonio Cultural, han generado una serie de mecanismos en los cuales yo me basé para hacer una propuesta al ministro de Cultura. Propuse la creación de un cuerpo de expertos dedicados a buscar fuentes de financiamiento. Así, dejaremos de esperar que el Estado se haga cargo de todo cuando hay muchas maneras de conseguir dinero.

DIEZ CANSECO: Hay que tener en cuenta que las fuentes de financiamiento normalmente buscan obtener algo a cambio. En Estados Unidos, por ejemplo, los grandes beneficiarios de fundaciones importantes obtienen del Estado una deducción por concepto de impuesto a la renta. Nadie dona o financia por amor al arte. En todos lados existe un interés de recibir una compensación a cambio del recurso.

LIZARZABURU: Claro. En Gran Bretaña también existe un equipo de gente que se encarga de esto. Otro mecanismo que ha surgido hace poco consiste en lo siguiente: Si un testador deja un 10% de su patrimonio para fines culturales, sus herederos obtienen una deducción considerable del impuesto a las herencias. Lo importante es inventar fórmulas creativas para traer dinero a las causas culturales. Es curioso, aquí, ver cómo Prom-Perú, el ente encargado de promover la cultura peruana, tiene un fondo propio, pero la Cultura peruana misma no lo tiene. Entonces, es posible ver cómo estos mecanismos, que además de recurrir al Estado lo hacen también con los privados, no existen en nuestro país, aun siendo cuna de civilización. Nunca llegaremos a la meta de hacer del turismo nuestra segunda fuente de divisas si no existe una red de mecanismos que permitan canalizar el dinero de fuentes privadas –que sí existen– hacia la conservación de nuestro patrimonio.

DE LA PUENTE: Respecto a los incentivos tributarios, los que están vigentes en el Perú están dirigidos eminentemente a los donantes de un proyecto, y no se aplican en beneficio del propietario de un inmueble virreinal o republicano. La misma idea de la Ley de Mecenazgo comparte esa visión. Lo que se debería buscar es el auto-sostenimiento de estos bienes culturales por sus propios propietarios, y eso no está contemplado. En el país existe un sistema de beneficios tributarios para las donaciones. El donante de un proyecto de conservación de patrimonio puede deducir el monto donado como gasto para efectos de la determinación de su impuesto a la renta, pero teniendo como techo el 10% de su renta neta. Eso es mucho dinero para empresas grandes y, aun así, el sistema no ha tenido éxito.

¿Por qué? Puede ser un tema cultural, de falta de solidaridad, de ver a la cultura como algo elitista, o de preferir la inversión en salud o educación. Esta actitud sólo se podría cambiar aprobando incentivos realmente agresivos, tal vez doblándolos. Sólo así podría fomentarse una cultura de solidaridad y hacer que la gente done. Un cambio radical es necesario, tal vez considerar crédito fiscal en lugar de deducción de gastos sería lo más atractivo. La Ley de Creación del Ministerio de Cultura eleva el techo de 10% a 15% pero aún no es aplicable pues no se ha aprobado el Reglamento correspondiente. Pero creo que lo más efectivo sería tratar de eliminar ciertas trabas burocráticas. Subir el techo de 10% a 15% no será efectivo pues existe la hipótesis de que inclusive las empresas que más apoyan la cultura no llegan al 1%. Otro problema, es la falta de disposición del Ministerio de Economía a impulsar este tipo de medidas y la inexistencia de data para evaluar realmente el impacto –positivo o no– de estos beneficios.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Lo que sí sería posible hacer es establecer fondos concursales en favor de la cultura, a los cuales toda persona podría contribuir. Algo de ese tipo sí podría darse. El problema es que el Estado sigue pensando que él es el único que puede recaudar y gastar el dinero eficientemente. Esta idea ya ha sido superada en otros países como los Estados Unidos, en donde el impuesto a la renta no es algo tan inexpugnable como lo es aquí. El dinero deducido de este impuesto es invertido por las empresas en favor de un bien cultural, generando un beneficio en su imagen.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

LIZARZABURU: Aquí existe una figura parecida llamada “obras por impuestos”, que acaba de ser usada por El Comercio para refaccionar el Teatro Municipal de Trujillo, y ahora están pensando en llevarla a Lima.

DIEZ CANSECO: El problema con esa figura es que sólo se admite hasta montos muy reducidos.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Lo que ha quedado claro es que el Estado peruano no tiene una visión estratégica del provecho que podría sacar de la generación de incentivos tributarios. El problema no es, pues, que no haya dinero, sino la mala gestión.

7. En cuanto a los museos, se sabe que hay museos públicos y privados. En atención a la diferencia principal entre éstos, ¿qué papel vienen jugando los museos o colecciones privadas existentes en nuestro país? ¿Qué clase de estímulo deberían recibir del Estado?

VARÓN: Existe una propuesta legal para expedir una nueva Ley del Sistema Nacional de Museos del Estado, cuya misión es presentar a este Sistema como un conjunto correctamente organizado que sea el ideal de los museos, y que les ofrezca una certificación de estándar de calidad, entregada exclusivamente a los museos cuya gerencia sea reconocida como óptima y que les asegure facilidades y beneficios para el desarrollo de sus actividades.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: La verdad es que yo no creo que el Estado deba estimular a los museos privados. Sí creo que tiene que estimular a los museos públicos que están en muy malas condiciones. Es más, los estímulos ya existen para los museos nacionales, pero me da la impresión de que se hace complicado porque no hay capacidad de gestión. No creo que deba haber algún estímulo para el privado. El que se mete en esta aventura, que se vuelva eficiente. El Museo Larco pasó por todo ese proceso. Cuando yo empecé a trabajar en el Museo Larco era un recurso turístico y lo llevamos a ser producto turístico.

DE LA PUENTE: Me parece extraordinaria la respuesta [de Andrés Álvarez-Calderón]. Precisamente, lo que estábamos hablando respecto de la eficiencia de la inversión

privada. Lógicamente, no podremos esperar la misma respuesta de un director de un museo nacional. Lo interesante de la inversión privada es que ella asume el riesgo. Yo, si hablara de un incentivo que podría poner el Estado, no sería en términos económicos, sino en términos legales, de no poner en duda la legalidad de las colecciones. La ley no es clara, hay muchos puntos grises en ese sentido. Por Ley, el propietario está obligado a mantenerlo, pero no reconoce tributariamente dicha inversión. Es decir, es más barato no hacer nada y, bueno, los casos de gente responsable y realmente comprometida no es el común denominador.

LIZARZABURU: Mi respuesta es menos técnica, va más por la estética o por el fin, pero, en primer lugar, no existe un gran museo. Es a falta de entender quiénes somos como nación, que no nos hemos dado el trabajo de crear un gran museo. Cuando vas a Ciudad de México, ¿qué es lo primero de lo que hablas? Del Museo Nacional de Antropología. O cuando vas a Nueva York, a Londres, a París, ¡son los museos! Con excepción del Cairo, porque lo que llama mucho la atención es la arquitectura.

DIEZ CANSECO: Estos museos han surgido y se han expandido gracias al sector privado que donaba y, a cambio, el Estado les otorgaba un certificado que podían aplicar para deducir impuestos.

LIZARZABURU: Giramos alrededor de los mismos conceptos. Que el Museo Nacional esté en el mismo edificio de la dictadura Velasquista te dice tanto de cómo el Estado asume la propia cultura. Para mí es fundamental revisar eso.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Creo que es importante agregar algo. Cuando uno llega al Metropolitan Museum, en la Quinta Avenida en Nueva York y el Central Park, está en la zona más cara de Nueva York. Es el metro cuadrado más caro, y allí está el Metropolitan Museum. Entonces tú dices, ¿cómo le han dado el metro más caro de Nueva York a tremendo edificio? ¿Cómo han gastado su plata en ese edificio? En ese momento uno nota qué importancia le dan los americanos a su cultura. Porque lo que tú piensas es que la gran plata que se han gastado, se la han gastado en el edificio. El asunto es que, cuando entras, lo que vas a ver no es su cultura, porque los gringos no tienen cultura. Comienzas a ver los templos

egipcios, los Monet, los Renoir, los Gauguin. Y cada persona que trabaja en estas cosas sabe que son, en un Monet, sesenta millones de dólares; si es Gauguin, veinte millones; el templo egipcio son cientos de millones. Los millones no paran. Resulta que el edificio en Central Park, al final del día, no vale nada, porque lo que vale es la colección.

Ahora, pongámonos a pensar qué ha gastado el Estado peruano en sus museos. Hasta ahora no ha gastado en un edificio. [A Javier Lizarzaburu] Porque el que tú mencionabas es el Museo de la Nación, que fue el primer Ministerio de Pesquería que hizo Velazco, donde la broma era que cada pescado tenía una oficina. Y luego ahí instalaron el Museo de la Nación. Y el otro, resulta que están en un problema porque la casa de Magdalena del Museo Nacional de Antropología e Historia es de San Marcos y no del Estado peruano, y están en conflicto. El Estado peruano nunca ha invertido en un museo nacional. Nunca. Ahora, no ha invertido en el edificio. ¿Ha invertido en la colección? No. Las colecciones que están adentro son todos descubrimientos arqueológicos que, como son cosas de propiedad del Estado, caen en el Estado. ¿Cuánto ha gastado el Estado peruano en su Museo Nacional? Nada. Eso es el reflejo de lo que pasa con la ley y con la conservación del Patrimonio Cultural.

8. **Hace unas semanas, en París, la casa Sotheby's subastó un lote de piezas de propiedad de la colección privada Barbier-Mueller, entre las que se encontraban algunas originarias del antiguo Perú. En este evento se denunció la venta de bienes de arte precolombina, procedentes de un supuesto de tráfico ilícito ¿Cuáles son los recursos que tiene el Estado peruano para pedir su repatriación? ¿Qué organismos internacionales pueden intervenir o cómo se solucionarían estos conflictos? ¿Existen normas de Derecho Inter-nacional, procedimientos especiales o son actos diplomáticos?**

VARÓN: Sobre este tema tenemos muchísima información que nos gustaría alcanzarles. El Perú, junto a otros países agraviados, realizó todas las acciones que correspondían a fin de suspender la venta. Sin embargo, Francia nos pide –y no sólo a nosotros– que demostremos documentalmente la fecha y forma de

cómo las piezas salieron del país. Eso es complicado porque, como ustedes saben, son actos ilícitos que definitivamente no están documentados. Básicamente trabajamos con la Organización Policial Internacional (INTERPOL), e internamente con la Fiscalía y con Cancillería, quienes se encargan de hacer todas las gestiones pertinentes para lograr las coordinaciones en el exterior. Sobre este punto, consideramos que Cancillería podría dar más detalle, por ser un tema de su competencia.

DE LA PUENTE: Este es un tema complicado, hemos visto que la Ley limita derechos y no otorga incentivos. Esto nutre y ayuda al mercado ilícito que mueve muchísimo dinero.

Los aspectos legales de defensa y de repatriación son sumamente complicados, se tienen 2 escenarios. El primero está a nivel del control en frontera –lo que está por salir de Perú o llegar a destino– y que está vigente a partir de inicios de la década de los setenta, que se aprueba la Convención de UNESCO de 1970 sobre represión del tráfico ilícito. En base a esto, los Estados se comprometen a que no pasen por sus fronteras bienes culturales que no tengan autorización de exportación, y hay mecanismos para su repatriación.

El segundo escenario es el siguiente: ¿Qué pasa con los objetos que ya pasaron la frontera ilegalmente o que pasaron la frontera legalmente hace doscientos años? Esta situación es muy complicada, porque el Estado debe probar ante el juez extranjero cuándo salió de su frontera para saber cuál ley nacional era aplicable. Además, no siempre en el Perú se restringió la exportación como se hace actualmente. Hoy es prohibición total, salvo casos de investigación o exhibición, que se otorga por un plazo máximo de dos años.

Se parte entonces de una premisa falsa: que todo bien cultural que está fuera del Perú lo está necesariamente de forma ilegal. En el caso específico de esta colección, entiendo que ha sido expuesta en muchos museos de Europa desde hace muchos años, sin que el Estado haya reclamado antes. Habría que analizar el caso, pero en función de la información pública parece que legalmente no habría cuestionamientos. Y, si ello fuera así, no tiene sentido haber destinado recursos públicos para contratar abogados en París.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

ÁLVAREZ-CALDERÓN: No hay claridad de los hechos. Se conoce que muchas de las piezas peruanas están en Europa en ilegalidad, ya que habría que demostrar que la pieza salió del Perú en un momento en que la Ley prohibía la salida. No se tiene la prueba de cómo cruzó la frontera del Perú una pieza de tanta antigüedad.

DE LA PUENTE: Otro tema adicional es que el juez de otro país toma decisiones según su ordenamiento y razonamiento legal, como ejemplo el caso *Perú v. Johnson*. Una persona en California fue encontrada con sesenta piezas arqueológicas peruanas en el año 1989. El Estado peruano demandó en Estados Unidos la devolución de dichas piezas. El juez pidió acreditar que las piezas hayan salido del Perú, porque podrían haber salido de Ecuador o Bolivia, por ejemplo. También pidió acreditar el momento en que las mismas salieron del país, para así determinar la ley peruana aplicable. En este caso, el juez aplicó la doctrina McClain, que se aplica como precedente en Estados Unidos. Dicha doctrina estipula que una norma que restringe la exportación representa únicamente el poder de policía de un Estado, y no que las piezas son de propiedad estatal.

El Estado dijo que la Ley 6634 del año 1929 estableció la propiedad estatal sobre objetos arqueológicos. El juez comenzó a revisar dicha ley y evidenció que trazaba una línea en ese momento: Todos los objetos que estaban en propiedad privada se mantenían así, y los que fueran descubiertos en el futuro serían de exclusiva propiedad estatal. ¿Cómo se quiso hacer esto? La propia ley lo decía: La creación de un registro. Todo lo que no esté en el registro es de propiedad estatal. Pero nunca se implementó dicho registro. Es más, hasta ahora no se implementa por completo. Entonces, el juez dijo que dicha ley no era aplicable, pues no se acreditaba la propiedad estatal. Aquí, entonces, está el problema del traspaso de fronteras y recuperación de objetos. Se tiene que acudir donde un juez y probar el momento de la exportación ilícita y que en ese momento la Ley no sólo prohibía la exportación sino que también asignaba propiedad estatal, de manera indubitable.

DIEZ CANSECO: ¿Cómo se hace en muchos países para recuperar su patrimonio en el caso que no se pueda probar que fueron sustraídos ilícitamente? Fácil. Colecta pública o *donors*

que adquieren los bienes. A cambio el Estado les reconoce el gasto como deducible por el impuesto a la renta.

LIZARZABURU: Las mayores y más importantes piezas de arte pre colombino están en museos del extranjero. Si el Ministerio de Cultura hace este *show* mediático cuando sabe que no lo va a conseguir es porque tiene que hacerlo, tiene que defenderlo. Esta comisión especializada tendría que adentrarse a ver si efectivamente hay piezas en el extranjero, piezas extraordinarias en el extranjero que el Perú pueda recolectar, pueda repatriar.

Luego, esta brigada de protección de patrimonio que existe en Italia, en España, que dedican 100% de su tiempo a hacer seguimiento de colecciones y cómo hacer para recuperarlas —no sólo fuera del país, sino dentro del mismo—, y definir qué es lo que está pasando con su patrimonio, porque ahora lo que hay es una arqueóloga que está haciendo un trabajo y cuando sale esta cosa mediática, tiene que dedicarse al tema. No hay recursos asignados para esto. Y, sobre registro, que desde el año 1929, [dirigiéndose a Juan Pablo de la Puente] como bien dijiste, se hablaba de la creación de un registro nacional, y se dio un año para que se hiciera; ahora han pasado cien y seguimos sin registro.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: El Museo Larco hizo su registro de cuarenta y cinco mil piezas y le donamos la plataforma al Instituto Nacional de Cultura después de toda nuestra investigación, de todo nuestro trabajo. Cecilia Bákula implementó la primera parte, que son las primeras cuarenta y cinco mil piezas registradas del Perú.

DIEZ CANSECO: Quiero aprovechar el momento para comentar lo que hacen muchas personas en relación con una colección de arte. Se señala que lo mejor consiste en no declararla puesto que la pueden considerar Patrimonio Cultural de la Nación. Al hacerlo, se verifica una expropiación regulatoria y no se recibe nada a cambio. Es por ello que lo más adecuado parecería ser el ocultar lo que se pudiera tener. Dicho esto, resulta irónico que en el Perú lo más saludable resulta encerrar colecciones de arte entre cuatro paredes a pesar de los ingentes recursos culturales con los que contamos y que podría promover un sinfín de exposiciones que enriquezcan nuestra educación.

DE LA PUENTE: Es que hay cierta inseguridad legal respecto de cómo acreditar fehacientemente la propiedad sobre un objeto antiguo, y también sobre los niveles de seguridad de la información contenida en el registro, para que no se convierta en un “menú de Perochena”.

¿Qué pasa si se da algún reconocimiento por registrar? Es decir, algún incentivo o beneficio. Esa es la mejor forma de promover y lograr un registro completo.

ÁLVAREZ-CALDERÓN: Cuando uno conversa de estas cosas, uno lo ve tan pragmático, tan realizable, tan viable, pero no va a ser nunca

viable, porque éste no es un problema técnico. Lo que está en el fondo no es la verdadera preocupación del país, esto está confundido con un tema ideológico; ahí entras en una nebulosa, en una media tinta y, en algunos casos, hay mucha hipocresía.

VARÓN: La conservación es fundamental puesto que a través de ella se garantiza la perdurabilidad de la información que contiene el bien cultural. Cuentas satélites de cultura. Además de su intrínseco valor, sí creemos que tiene un significado económico que puede contribuir al desarrollo a través de las industrias culturales y el turismo.

Rafael Varón, Juan Pablo de la Puente, Javier Lizarzaburu,
Andrés Álvarez-Calderón, Luis Diez Canseco

ESTUDIO LLACZA & ASOCIADOS

La Asociación Civil THĒMIS saluda y agradece la iniciativa del Estudio Llacza & Asociados por su apoyo y confianza depositados en los proyectos y objetivos de THĒMIS, evidenciando de esta manera su compromiso en la difusión de la cultura jurídica en el Perú.

INCORPORACIÓN DE ALFREDO BULLARD AL COMITÉ CONSULTIVO

Es un orgullo para nosotros poder anunciar la incorporación del profesor Alfredo Bullard González, ex miembro del Consejo Directivo de THĒMIS, a nuestro Comité Consultivo. Su colaboración, a lo largo de los años, ha permitido y permitirá continuar lo que siempre procuramos: Brindar artículos de excelente calidad a nuestros lectores.

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

THĒMIS-Revista de Derecho felicita a la recientemente creada y en funciones Comisión de Publicaciones, por el lanzamiento de su primer producto, "Los retos actuales de la Propiedad Intelectual: Visión latinoamericana". Les deseamos lo mejor en los próximos proyectos que emprendan.

La Comisión de Publicaciones, este ciclo, estuvo conformada por Camilo Clavijo Jave (Director), Alejandro Cavero Alva, María Paz Delgado Yábar, Kristiam Herrera-Carrasco Monteagudo y Milagros Mutsios Ramsay.

COMISIÓN DE CONTENIDO

La Comisión de Contenido es el Consejo Editorial de la THĒMIS-Revista de Derecho. Se encarga de delimitar el Tema Central e invitar a distinguidos juristas y especialistas a participar, para luego realizar las labores de edición correspondientes.

En esta oportunidad, la Comisión de Contenido estuvo conformada por Carlos Fernando de Trazegnies Valdez (Director), Aldo Cisneros Jirón, Gonzalo Monge Morales, Luis Fernando Roca Lizaraburu y Christian Wong Vargas.

Ex miembros de la Asociación Civil THĒMIS

Luis Abramovich Ackerman • Carmen María Accinelli Obando • Luis Enrique Adrianzén Trint • Ursula Afán Castillo • Edgar Aguirre Ramos • Guillermo Francisco Alarcón Zubiaurr • Javier Albán González • César Antonio Alcorta Suero • Jenny Aliaga Aliaga • Luis Aliaga Blanco • Jimena Aliaga Gamarra • María Cristina Alva Noriega • Juan Carlos Alvarado Ortiz • José Daniel Amado Vargas • Marisa Amado Vargas • Kathy Ames Valdivieso • Bruno Amiel Rodríguez-Carpi • Joao Arbildo Caro • Guillermo Arribas Irazola • Andrés Avelino Aramburú Piaggio • Carlos Arata Delgado • Agnes Arbaiza Mejía • César Arbe Saldaña • Luis Arbulú Alva • Gabriela Arbulú León-Prado • Diana Arciniega López • Sergio Emilio Arellano Gonzáles • Fernando Arias-Stella Castillo • Cristina Arizmendi Bellido-Tagle • Arturo Arróspide Villarán • Patricio Ato del Avellanal Carrera • Lucía Ávila Bedregal • Carolina Awapara Penalillo • Álvaro Ayllón Bondy • Cecilia Azerrad Urrutia • Inés Baca de la Piedra • Juan Luis Balarezo Revilla • Fabiola Baquerizo Micheline • Alonso Barreda Ayllón • Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba • Ana Cristina Barrionuevo Luna • Manuel Barrios Arbulú • María Rebeca Barrón Rodríguez • Sebastián Basombrío Dughi • Ariana Bassino Balta • Jack Batievsky Spack • Pamela Battifora del Pozo • Andrés Bayly Letts • Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre • María del Carmen Bedoya Valdez • Alberto de Belaunde de Cárdenas • Javier Alonso de Belaunde de Cárdenas • Maria Lucía Bellido Bertie • Úrsula Ben-Hammou Novoa • Francisca Benavides Roose • Ximena Benavides Reverditto • Carla Bengoa Rojas • Licy Benzaquén Gonzalo • Fernando Berckemeyer Olaechea • Gonzalo Bernal Neumann • Gabriela Bernales Wuan • Luis de Bernardis Llosa • Maria Cecilia Blume Cillóniz • Iván Blume Moore • Gonzalo Bonifaz Tweddle • Costanza Borea Rieckhof • Lorena Borgo Hannach • Beatriz Boza Dibós • Guillermo Bracamonte Hinostriza • Elizabeth Briones Gómez • Patricia Brocos Duda • Mayra Bryce Alberti • Alfredo Bullard González • Daniel Cabrera Morgan • Franco Marco Caccia Arana • Aldo Cáceres Martínez • Augusto Cáceres Vega • Fernando Cáceres Freyre • Franklin Cáceres Freyre • Andrea Cadenas Cachay • Héctor Calero Ramírez • Jorge Antonio Calle Brush • Analía Calmell del Solar del Río • Javier Calmell del Solar Monasi • Cecilia Cánepa Olaechea • Fernando Cantuarias Salaverry • Federico de Cárdenas Romero • Christian Armando Carvajal Valenzuela • Diego Carrión Álvarez-Calderón • Carlos Casabonne Stoehssel • Patricia Casaverde Rodríguez • Renzo Castagnino Abásolo • Fernando Castañeda Melgar • Alejandra Castañeda Andrade • GianPaul Castañeda Carruitero • Diego Castro Panez • Enrique Del Castillo Fernandez • José Ignacio Castro Otero • Evelyn Castro Ramos • Augusto Francisco Cauti Barrantes • Mariana Cazorla Quiñones • Jackeline Chappuis Cardich • Vanesa Chávarry Meza • Carolina Chipollini Román • Liz Chirinos Cuadros • Javier Chocano Portillo • María Andrea Colina Cardozo • Úrsula Collimboy Sayán • Jorge Contreras Condezo • Lorena Cook Llosa • Marcel Cordero Cabrera • Nicolás Cornejo Gerner • Rita Cornejo Lanao • Carlos Cornejo Vargas • Micaela Cortés Cabieses • Carlos Eduardo Cotera Solano • Juan Carlos Crisanto Vargas • Pablo Cueto Saco • Vera Czichowsky Hinterseer • Jorge Dajes Fleishman • Joanna Dawson Pendavis • Chantal Deleplanque Sánchez • Mariana Delgado Zeppilli • Miguel Denegri Portela • Margarita Díaz Picasso • Nathalie Díaz Silva Gisella Domecq Garcés • Andrea Domínguez Noriega • Mario Fernando Drago Alfaro • Paul Duclós Parodi • Augusto Durand Palacios • Javier Eche copar Sabogal • Jaime Escribens Olaechea • Juan Antonio Egüez Toledo • Inés Elías Dupuy • Ricardo Elías Puelles • Stephanie Espejo Espinal • Alessandra Espino Beltrán • Walter Esquivel Valera • Enrique Felices Saavedra • Enrique Ferrand Rubini • Arturo Ferrari Carrasco • Cristina Ferraro Delgado • Verónica Ferrero Díaz • Pamela Ferro Cornejo • Gustavo Fierro Campos • Alejandra Flecha Corvetto • Fernando de la Flor Koechlin • Nicolás de la Flor Puccinelli • Daniel Flores Consiglieri • Rodrigo Flores Benavides • Hugo Forno Odría • Laura Francia Acuña • Daniel Francisco Pimentel • José Enrique Frías Amat y León • Nicolás Galindo García • Patricia Gallegos Quesquén • Giuseppe Galluccio Tonder • Viviana Gálvez Córdova • Edgardo Gamarra Bellido • Carlos Garatea Yori • Gabriela García Arcia • Domingo García

Belaunde • Juan García-Montúfar Sarmiento • José Luis Gargurevich Valdez • Mijael Garrido-Lecca Palacios • Bruno Giusti Díaz • Carlos Glave Mavila • Andrés Gómez de la Torre Barrera • Enrique Gómez Ossio • Corina Gonzáles Barrón • Daniel Gonzáles la Rosa • Arabella Gonzáles Netto • Gianina Gotuzzo Oliva • José Bernardo Goyburu Vassallo • Carlos Granda Bullón • Agustín Grández Mariño • Melisa Guevara Paredes • Nydia Guevara Villavicencio • Mauricio Gustín de Olarte • Juan Carlos Gutiérrez Azabache • Carlos Hamann García-Belaunde • José Juan Haro Seijas • Allan Hennings Mariani • Mariella del Carmen Hernández Valencia • Fernando Hesse Alfageme • María José Higuera Chicot • Zoila Horna Zegarra • Mario Huapaya Nava • Eduardo Hurtado Arrieta • Fernando Hurtado de Mendoza • Úrsula Indacochea Prevost • Patricia Inga Falcón • Gianfranco Iparraguirre Romero • Rosario Isasi Morales • José María de la Jara Plaza • José Alfredo Jiménez García • Baldo Kresalja Roselló • Rúzika Kresalja Santos • Antonio Kuljevan Pagador • Diego la Rosa Gonzáles del Riego • Sheila la Serna Jordán • Juan Miguel Labarthe Ferreyros • Felix Labrín Mendoza • Rafael Lanfranco Gallofré • Fernando Lanfranco Garrido-Lecca • Camila de Lasa Larrea • Erick Lau Gastelo • Anthony Laub Benavides • Claudia Isabel Lazarte Abarca • Elsa Marina Lazarte Zababurú • Denise Ledgard Antúnez de Mayolo • Alexandra Lelouch Loeb • Sebastián León Saavedra • Mario Lercari Bueno • Nicolás Lerner Von Mallinckrodt • Eliana Gisella Lesem Guerra • Julián Li Díaz • Alejandro Lira Peschiera • Francisco Lira Miró Quesada • Isabel Lira Miró Quesada • Beatriz Llanos Cabanillas • Mónica Llosa Gastañeta • Alejandra Llosa Parró • Gustavo López-Ameri Cáceres • Julia Loret de Mola Cáceres • Eduardo Loret de Mola Ugarte • Lucia Luna Negrón • Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers • Roberto Guillermo MacLean Martins • Kiana Maggiolo Cook • Alejandro Manayalle Chirinos • María Teresa Marroquín Manrique • Chiara Marinelli Tagliavento • Mercedes Martínez Meza • Juan José Martínez Ortíz • Úrsula Martínez García • Giuseppe Marzullo Carranza • Verónica Maseda Beaumont • Paola Massa Belaunde • Giorgio Massari Figari • Fernando del Mastro Puccio • Elías Maya Zusman • Juan Carlos Mejía Cornejo • Martín Mejorada Chauca • Jorge Melo Vega • Mariana Mendoza Benza • Patricia Mendoza Franco • Daniela Meneses Sala • Marilú Merzthal Shigyo • Francisco Miranda Aguilar • Guillermo Miranda Benavides • Mirella Miranda Ñique • Fernando Molina Rey de Castro • Rosa María Montero Musso • Juan Francisco Monteverde Vargas • Óscar Montezuma Panez • Miguel Morachimo Rodríguez • Elva Morán Rodríguez • Andrea Morelli Ferreyros • Jorge Luis Morelli Ferreyros • Pablo Mori Bregante • Vasco Mujica Roggero • Ítalo Muñoz Bazán • Milagros Muñoz Bazán • Jaime Mur Campoverde • Fabio Nuñez del Prado Chaves • Manuel Núñez Farfán • Mónica Núñez Salas • Mariana Negri Mendiola • Paul Nina Nina • Manuel Noya Sarmiento • Raúl Ñato Zevallos • Cecilia O'Neill De la Fuente • Diego Ocampo Acuña • Lucía Olavarría Salinas • Pilar Olavide Galdós • Pia Gabriela Olea Ubillús • Pilar Oliva Rocca • Antonio Olórtegui Marky • Bernardo Ortega Malatesta • Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea • Valeria Osorio Véliz • Andrés Osterling Letts • Claudia Pacora Rodriguez • Giselle Pacheco Guillén • Rodrigo Padilla Philipps • Alvaro Palao Carrera • Xavier Palao Carrera • Valentín Paniagua Jara • Susana Paniagua Jara • Fernando Pardo Segovia • César Augusto Parodi • Mario Pasco Lizárraga • Enrique Pasquel Rodríguez • Carlos Alberto Patrón Salinas • Juan Manuel Pazos Aurich • José Pedraza Newton • Milan Pejnovic Delgado • Eduardo Peláez Santillán • Macarena Penny Yrigoyen • Fernando Peña Nevon • Carolina Pérez Harm • Diego Pérez Terry • Mariela Pérez-Costa Piscocoy • Luz María Pérez-Garland Gamio • Mariano Perú Mayandía • Alejandro Peschiera Bonifaz • Chiara Pescetto Bustamante • Renato Piazzón Falcone • Noé Fernando Nicolás Piérola Castro • Antonio Pinilla Cisneros • Pilar Pizarro Bustamante • Alfredo Polo Gálvez • Milagros de Pomar Saettone • Vladimir Popov • Andrea Portaro Pancorbo • José Miguel Porto Urrutia • Diego Portocarrero Koechlin • Stefany Porudominsky Rotstain • Patricia Pow-Sang Tejada • Berta Prado Manrique • Rafael Prado Bringas • Manuel Fabricio Privat Colla • Luis Guillermo Puelles Olivera • Rafael Puiggros Aramburú • Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper • Flavia Queirolo-Nicolini Pflucker • María Teresa Quiñones Alayza • Carmen Luz Quiróz Romero •

Rodrigo Rabines Matta • Pedro Ramírez Pequeño • Roxana Ramírez Ráez • Christian Ramirez-Gastón Durán • Fernando Ramírez-Gastón Lecca • Alberto Rebaza Torres • Aldo Reggiardo Denegri • Cristina Rey Montes • Claudia Cristina Reyes Juscamaita • Viviana Ritchie Martínez • Eduardo de Rivero Santana • Carla Rizo-Patrón Labarthe • Ricardo Rizo Patrón Olaechea • André Robilliard Escobal • José Luis Rodríguez Guardamino • Marco Patricio Rodríguez Terry • Víctor Rodríguez Macedo • Diana Roig Trelancia • Carlos Rojas Klauer • Miguel Ángel Ronceros Neciosup • Juan José Ruda Santolaria • Milo Ruíz González • Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo • Silvia Ruiz Sandoval • Sebastian De Rutté Boiset • Rosario Saco Oliva • María Gracia Sáenz González • Rafael Salazar Gamarra • Michelle Salcedo Teullet • Liliana Salomé Resurrección • Rafael Sánchez Ríos • Rocío Saux Valdez • Mauricio Santa Cruz Vásquez • Luis Andrés Schrader Mindreau • Christian Schroeder Romero • Michel Seiner Pellny • Karen Sheppard Castillo • Estefanía Shulca Romero • Hugo Hernando Sifuentes Domenack • Cynthia Siles Estabridis • Juliana Silva Cabrera • Gerardo Solís Vissler • Sebastián Soltau Salazar • Sara Sotelo Aguilar • Eduardo José Sotelo Castañeda • Martín Sotero Garzón • Ernesto Soto Chávez • Gilda Spallarosa Lecca • Brenda Sparrow Alcázar • Patrick Stennig Lavalle • Luis Stucchi Díaz • Óscar Súmar Albújar • Rossana Pilar Taquia Gutiérrez • Luciana Tataje Villalobos • Gonzalo Villanueva Llanos • Martín Tayro Cuba • Jaime Thorne León • María del Pilar Torres • Josefina Townsend Seoane • Augusto Townsend Klinge • Jorge Trelles Castro-Mendivil • Óscar Trelles de Belaunde • Gladis Triveño Chan Jan • Mariella Nathalia Trujillo Würtella • Manuel Ugarte Maggiolo • Rafael Urbina Fletcher • Alejandra Uribe del Águila • Jessica Valdivia Amayo • Andrés Valdivia Montes • Eduardo Valdizán Sala • José Agustín Valencia-Dongo Medina • Álvaro del Valle Roeder • Óscar Daniel del Valle Salinas • Cristina Van Zuiden Pancorvo • Luis Ernesto Vargas Loayza • Nelly Vásquez Jiménez • Delia Vásquez Llerena • Robinson Vásquez Montes • Nicolás Vassallo Burneo • Javier de la Vega Gómez • Miguel Vega Alvear • Fernando Vega Sánchez • Inés Vega Franco • Jorge Vega Velasco • Claudia Velarde Arnaez • Jorge Velarde Arnaez • Luis Miguel Velarde Saffer • Pedro Mario Vera Ortiz • Verónica Vergaray Béjar • Aarón Verona Badajoz • Inti Vidal Felip • Ramón Vidurruzaga de Amézaga • Diego Villanueva Contardo • Carmen María Villarán Ascenzo • Milagros Villavicencio Pachas • María Teresa Vizcarra Alarcón • Percy Wilman Arriarán • Deborah Woll Castañeda • Rocío Yépez Minaya • Marco Ismael Zaldívar Chauca • Bruno Zanoló Maggiolo • Verónica Zavala Lombardi • Ximena Zavala Lombardi • Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich • Juan Carlos Zegarra Vilchez • Carlos Zelada Acuña • Gloria Zubizarreta Rondón • Fiorella Zúñiga Dede

AGRADECIMIENTOS

THĒMIS-Revista de Derecho agradece a todas las personas e instituciones que de una u otra manera colaboraron con nosotros y sin cuyo apoyo no hubiera sido posible la publicación del presente número, en particular a:

Andrés Álvarez-Calderón Larco, Alfredo Bullard González, Rémy Cabrillac, César Candela Sánchez, Juan Pablo de la Puente Brunke, Fernando de Trazegnies Granda, César Delgado Barreto, Luis Diez Canseco Núñez, Ignacio Agustín Falke Bordones, Luis García Corrochano Moyano, Alonso Gurmendi Dunkelberg, David Kennedy, Harold Hongju Koh, Javier Lizaraburu Montani, Julissa Mantilla Falcón, Pedro José Martínez-Fraga, Alexis Meza Mitacc, Julio González Soria, Pablo Moscoso de la Cuba, Fabián Novak Talavera, Michelle Reyes Milk, Nicole Roldán Barraza, Jorge Valdez Carrillo, Rafael Varón Gabai, Piero Vásquez Agüero.

Asociación de Empresas Promotoras del Mercado de Capitales, Centro de Resolución de Conflictos de Miraflores, Editorial Economía & Finanzas, Ernst & Young, Hernández & Cía, Euromotors, Hurtado Abogados, La Unión Corredores de Seguros, Estudio Llacza & Asociados, Estudio Luis Echeopar García, MAS Consulting, Miranda & Amado Abogados, Muñiz, Ramírez & Perez-Taiman Abogados.

Daniela Chang Rodríguez, Aldo Cisneros Jirón, Camilo Clavijo Jave, Carlos Fernando de Trazegnies Valdez, María Paz Delgado Yábar, Manuel Ferreyros Pérez Ízaga, María Alejandra Justo O'Hara, Gonzalo Monge Morales, Mariano Perú Mayandía, Luis Fernando Roca Lizaraburu, Michel Salazar Tarazona, José Antonio Salgado Silva, Christian Wong Vargas.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución. A todos ellos, que se retiran junto con la presente edición, les deseamos lo mejor.

Raphael Aspíllaga de Páramo, Francesco Balbi Castellano, Eduardo Bedoya Perez, Ramiro Bolaños Flores, Alvaro Castro Reátegui, Alejandra Calderón Santillán, María Paz Delgado Yábar, Manuel Ferreyros Pérez Ízaga, Mary Cielo Núñez Minaya, Michel Salazar Tarazona, Massiel Silva-Santisteban Amésquita.



THEMIS
desde 1965

ENFOQUE  DERECHO
.COM

CUPÓN DE SUSCRIPCIÓN

Nombres

Apellidos

DNI

Teléfono

Dirección

E-mail



Suscripción Anual :

Estudiantes S/. 80.00

General S/. 90.00

Suscripción Bianual:

Estudiantes S/. 150.00

General S/. 170.00

Encuentranos en :  themis.pe

 facebook.com/themis.pe

 twitter.com/themis.pe

THEMIS
desde 1965

Formas de suscribirse

1

Puedes acercarte con tu cupón a nuestra oficina ubicada en:
Facultad de Derecho de la PUCP
Av. Universitaria 1801
San Miguel
Teléfono
(511) 626-2000 Anexo: 5391

2

Puedes depositar el monto correspondiente
Cuenta BBVA:
-Ahorros Soles:
0011-0713-0200024121-52
Cuenta BCP:
-Ahorros Soles:
194-2037501-0-17

Tras realizar el pago, enviar el voucher escaneado

3

También puedes enviarnos un e-mail con los datos descritos en el cupón y el tipo de suscripción deseado al siguiente correo electrónico
suscripciones@themis.pe

PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden acercarse a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú o enviarnos un correo electrónico a **editor@themis.pe**

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Se terminó de imprimir en:



 (511) - 3366699
www.printing.com.pe
ventaskinkos@gmail.com
Av. Venezuela 2344 - Lima 1
Junio 2013