



COLECCIÓN
CENTENARIO

**CAMBIOS Y TRANSFORMACIONES
EN EL DERECHO INTERNACIONAL
EN EL SIGLO XXI.
ESTUDIOS EN HOMENAJE A LA
FACULTAD DE DERECHO PUCP EN SU CENTENARIO**

Fabián Novak
Coordinador



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

CAMBIOS Y TRANSFORMACIONES EN EL
DERECHO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI.
Estudios en homenaje a la
Facultad de Derecho PUCP en su centenario

**CAMBIOS Y TRANSFORMACIONES EN EL
DERECHO INTERNACIONAL EN EL SIGLO XXI.
Estudios en homenaje a la
Facultad de Derecho PUCP en su centenario**



FACULTAD DE
DERECHO



PUCP

*Cambios y transformaciones en el Derecho Internacional en el siglo XXI.
Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*

© Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019
Facultad de Derecho
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú.
Teléfono: (51 1) 626-2000 / 5660
www.facultad.pucp.edu.pe/derecho

Coordinación: Fabián Novak
Diseño de cubierta: Ronald Andia
Corrección de estilo y cuidado de la edición: José Luis Carrillo M.
Diagramación de interiores: Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera edición: agosto de 2019
Tiraje: 300 ejemplares
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N.º 2019-11278
ISBN: 978-612-4440-05-2

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Esta publicación ha pasado por una revisión de árbitros pares.

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5

Publicado en agosto de 2019.

Índice

Presentación	9
Derecho internacional público	
Las controversias internacionales en la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia, <i>Elvira Méndez Chang</i>	13
Los supuestos de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales, <i>Fabián Novak</i>	39
Derecho internacional privado	
Autonomía de la voluntad contractual y métodos de protección de la parte débil en derecho internacional privado, <i>César Delgado Barreto</i>	63
Alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI: una mirada desde el derecho internacional privado peruano, <i>María del Carmen Delgado Menéndez,</i> <i>María Antonieta Delgado Menéndez</i>	81
La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la <i>lex contractus</i> para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional, <i>Milan Pejnovic Delgado</i>	111

Derecho penal internacional

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales: antecedentes jurídicos de la Convención ONU de 1968 sobre esta materia,
José Burneo Labrín 133

Avances (y retrocesos) jurisprudenciales en la labor de la Corte Penal Internacional a propósito de los 20 años de su creación,
Michelle Reyes Milk 149

Derecho internacional de los derechos humanos

Empresas, derechos humanos y Agenda 2030: trazando líneas de articulación,
Cristina Blanco Vizarrata 185

El Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: un balance en sus primeros diez años de existencia,
Renata Bregaglio Lazarte 201

Derecho internacional económico

Pasado, presente y futuro del derecho internacional económico en el Perú,
Víctor Saco Chung 229

Relaciones internacionales

La democracia en el orden internacional,
Josefina del Prado Chávez-Herrera 243

Presentación

Al cumplirse 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los profesores del Área Internacional hemos querido dejar testimonio de nuestro más sincero y cálido homenaje, conscientes de los importantes aportes y contribuciones que esta institución y sus exalumnos han brindado al Perú.

El Área Internacional ha tenido una larga historia, que sería imposible resumir en una breve introducción; sin embargo, podemos señalar que es desde la década de 1990 que ella alcanza un amplio desarrollo en nuestra Facultad de Derecho, lo que se traduce en los numerosos cursos obligatorios y electivos que hoy se ofrecen a nuestros alumnos —y que no guardan comparación alguna con ninguna otra facultad de Derecho en el país—, la existencia de una revista de estudiantes dedicada específicamente a lo internacional, así como por la diversidad de investigaciones y publicaciones que los profesores del Área realizan, enriqueciendo así la literatura nacional sobre la materia. A todo esto deben sumarse las maestrías creadas a partir de iniciativas de profesores de la Facultad y que van desde el campo del derecho internacional económico hasta el de los derechos humanos y, más recientemente, la creación del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Internacional Público, que va por su segunda promoción.

Con este marco, la obra que ahora presentamos a la comunidad académica y al público en general constituye un nuevo aporte que busca sumarse a las celebraciones por la primera centuria de nuestra Facultad, a través de once estudios que abordan algunos de los últimos avances alcanzados en las diversas áreas que componen lo internacional.

De esta manera, en el ámbito del *derecho internacional público*, Elvira Méndez analiza las controversias internacionales en la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia, mientras que Fabián Novak aborda los supuestos de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales consagrados en el derecho internacional en los últimos años. En el campo del *derecho internacional privado*, César Delgado Barreto desarrolla la autonomía de la voluntad contractual y los métodos de protección de la parte débil en esa relación; vinculado a ello, María del Carmen Delgado y María Antonieta Delgado analizan los alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI, mientras que Milan Pejnovic incursiona en los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional.

En el área del *derecho penal internacional*, José Burneo estudia la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y, luego, Michelle Reyes analiza los avances (y retrocesos) jurisprudenciales en la labor de la Corte Penal Internacional, a propósito de los 20 años de su creación. En cuanto al *derecho internacional de los derechos humanos*, Cristina Blanco traza las líneas de articulación entre empresas, derechos humanos y la Agenda 2030, y, por su parte, Renata Bregaglio hace un balance sobre los primeros diez años de existencia del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

En torno al *derecho internacional económico*, Víctor Saco desarrolla el pasado, presente y futuro de esta disciplina en el Perú. Cierra el volumen Josefina del Prado con su estudio sobre la democracia en el actual orden internacional, perteneciente al área de las *relaciones internacionales*.

Para concluir, deseo resaltar el esfuerzo y compromiso de los profesores participantes en esta obra, quienes desde un inicio vieron con entusiasmo este proyecto académico. Todos ellos quisieron estar presentes y mostrar su agradecimiento a la Facultad de Derecho, que los formó como abogados pero también como personas.

Fabián Novak

Coordinador del Área Internacional
PUCP

DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Las controversias internacionales en la jurisprudencia reciente de la Corte Internacional de Justicia

Elvira Méndez Chang

Sumilla

A partir del estudio de las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) emitidas en el período comprendido entre los años 2011 y 2018, se busca identificar cuáles son sus criterios y enfoques sobre las controversias internacionales para responder las siguientes preguntas: ¿cuál es el concepto de controversia que utiliza la CIJ en la actualidad? ¿Qué criterios aplica para determinar que ha surgido una controversia entre los Estados? ¿Desde cuándo debe existir la controversia para que la CIJ tenga jurisdicción? En primer lugar, la CIJ ha empleado constantemente la definición de controversia del caso *Concesiones Mavrommatis en Jerusalén (Grecia c. Reino Unido)* resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1924. En segundo lugar, la CIJ ha introducido un criterio subjetivo (conocimiento o *awareness* del demandado) que considera decisivo para establecer la existencia de la controversia entre los Estados. De este modo, deja en un segundo plano la determinación objetiva de los puntos de vista opuestos (criterio objetivo) que fue aplicado por muchos años. El criterio subjetivo es difícil de probar y, en la práctica, pareciera que la notificación del reclamo se convierte en la mejor manera de demostrar que la otra parte conocía que había surgido una disputa entre ellas. En tercer lugar, la CIJ ha asumido una posición rígida y limitada sobre la existencia de la controversia, ya que ha considerado que la fecha crítica es el momento de interposición de la demanda; en consecuencia, no podrá surgir ni cristalizarse después.

1. Introducción

El estudio de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) resulta estimulante para la reflexión y el debate de diversos temas del derecho internacional. Con relación a las controversias internacionales, no es la excepción, ya que hemos encontrado varios casos en los que se discute sobre la existencia de una disputa entre Estados. A partir de sus resoluciones en los casos sobre las Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos

nucleares y el desarme nuclear (2016), que fueron presentados por Islas Marshall, se han planteado mayores críticas a la posición de la CIJ porque concluyó que no existía una controversia. Para sustentar su decisión utilizó criterios y enfoques distintos a los que había empleado en el pasado, los que resultan polémicos. Cabría preguntarse si nos encontramos en un punto de inflexión hacia una mayor rigidez y formalismo en la argumentación de la CIJ sobre las controversias que se le someten.

Dado que hay muchos cuestionamientos, en este artículo nos limitaremos a responder las siguientes preguntas: ¿cuál es el concepto de controversia que utiliza la CIJ en la actualidad? ¿Qué criterios aplica para determinar que ha surgido una controversia entre los Estados? ¿Desde cuándo debe existir la controversia para que la CIJ tenga jurisdicción?

Frente a estas interrogantes, nuestros planteamientos son: en primer lugar, la CIJ ha empleado constantemente la definición de controversia del caso *Concesiones Mavrommatis en Jerusalén* (Grecia c. Reino Unido), que fue resuelto por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1924. Por consiguiente, no ha cambiado qué entiende por una disputa entre Estados. En segundo lugar, la CIJ ha introducido recientemente un criterio subjetivo (conocimiento o *awareness* del demandado) que considera decisivo para establecer la existencia de la controversia entre los Estados y ha dejado en un segundo plano la determinación objetiva de los puntos de vista opuestos (criterio objetivo) que utilizó en su jurisprudencia por muchos años. Adicionalmente, probar el conocimiento del demandado resulta difícil y aumenta la carga de la prueba del demandante. Para efectos prácticos, pareciera que la notificación del reclamo se convierte en la mejor manera de demostrar que la otra parte conocía que había surgido una disputa entre ellas. En tercer lugar, la CIJ ha asumido una posición rígida y limitada sobre cuándo surge la controversia, ya que ha considerado que la fecha crítica es el momento de interposición de la demanda; en consecuencia, no podrá surgir ni cristalizarse después.

Para sustentar nuestras respuestas, hemos analizado las resoluciones emitidas por la CIJ entre los años 2011 y 2018 que abordan los temas de las preguntas planteadas. Por consiguiente, no hemos desarrollado las demás cuestiones sustantivas y procesales discutidas en estos casos; tampoco nos hemos referido a las resoluciones de otros tribunales internacionales.

Con este artículo esperamos brindar algunos aportes a la discusión de estos temas y contribuir a la reflexión y debate sobre la determinación de la existencia de la controversia en la jurisprudencia de la CIJ.

2. Acerca de la controversia

Desde 1945, los sujetos de derecho internacional tienen la obligación de solucionar pacíficamente las controversias (artículo 2, párrafo 3, de la Carta de las Naciones Unidas); esta es una norma imperativa del derecho internacional (*ius cogens*). A continuación presentamos la definición de controversia, cuáles pueden ser resueltas por la CIJ y cómo ha sido entendida en su jurisprudencia entre los años 2011 y 2018.

2.1. La definición de controversia

La controversia no está definida en una norma de derecho internacional y puede entenderse de varias maneras (Amaral Júnior, 2011, pp. 258-259). En su jurisprudencia, la CIJ ha tenido en consideración la definición establecida en el caso *Concesiones Mavrommatis en Jerusalén* (Grecia c. Reino Unido) —en adelante, el caso *Concesiones Mavrommatis*—, que fue resuelto por su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) en 1924: «A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons» (Permanent Court of International Justice, 1924, p. 11). De ahí que se entienda que es un desacuerdo u oposición sobre hechos o cuestiones de derecho (Lima, 2017, p. 210). La discrepancia podrá consistir en la contradicción de tesis jurídicas referidas a un derecho u obligación internacional, la interpretación de una norma jurídica internacional, la configuración de un hecho internacionalmente ilícito, su reparación, entre otros; también podrá referirse a puntos de vista opuestos sobre hechos o intereses contrapuestos. A lo largo del tiempo, la CIJ ha incorporado en su jurisprudencia otros elementos para precisar cuándo estamos ante una controversia, tales como identificar que las posiciones expresen reclamos opuestos y que sean objetivamente determinables; pero no modifican la definición «à la Mavrommatis» (Proulx, 2017, p. 929).

Si bien en la definición del caso *Concesiones Mavrommatis* se menciona que el desacuerdo se da entre dos personas, no excluye que la controversia surja entre más sujetos de derecho internacional. Así, podrá existir una pluralidad de demandantes y demandados. Además, podría suceder que Estados que no son partes en el proceso sean directamente afectados por la decisión. Ello llevó a formular la doctrina de las partes indispensables (Lima, 2017, p. 211). Esta doctrina se da en el siguiente supuesto: cuando el interés de un Estado (que no participa en el proceso) está directamente relacionado con la materia de la controversia, de modo tal que la resolución judicial no puede limitarse a los derechos, obligaciones e intereses del demandante y del demandado (Awmeé, 2018, p. 77); entonces, este Estado es una parte indispensable y debe participar en el proceso. Si no lo hace, el tribunal no podrá resolver el fondo del asunto (Orakhelashvili, 2011, p. 380). La CIJ tuvo en cuenta esta doctrina en el *Caso del Oro Amonedado* sacado de Roma en 1943 (Italia c. Francia, Reino Unido y Estados Unidos de América), y señaló que la resolución de la controversia afectaría jurídicamente a Albania, que no era parte en el proceso. En consecuencia, concluyó que no podía decidir sobre la controversia sin la participación de Albania (I.C.J. Reports, 1954, p. 32). A partir de este caso, a esta doctrina se le conoce también como el «principio del asunto del Oro Amonedado» (Zamir, 2017, p. 527).

En consecuencia, para la CIJ la controversia es el desacuerdo u oposición sobre hechos o cuestiones de derecho entre dos o más Estados.

2.2. Las controversias jurídicas internacionales sometidas a la Corte Internacional de Justicia

La CIJ tiene un rol importante en la solución de controversias internacionales, porque es el órgano jurisdiccional principal de la Organización de Naciones Unidas (ONU),

según el artículo 92 de su Carta. El Consejo de Seguridad invocará a los Estados a que recurran a ella como el medio más adecuado para resolverlas porque «las controversias de orden jurídico, por regla general, deben ser sometidas por las partes a la Corte Internacional de Justicia» (artículo 36, párrafo 3, de la Carta de la ONU).

En cuanto a la competencia *rationae personae*, los Estados podrán someter sus controversias a la Corte (artículo 34, párrafo 1, del Estatuto de la CIJ). No resolverá disputas entre otros sujetos de derecho internacional. Los miembros de la ONU son *ipso facto* partes en el Estatuto de la CIJ y podrán someterle sus controversias (artículo 93, párrafo 1, de la Carta de la ONU); también podrán hacerlo los Estados que no son miembros de la ONU, según el artículo 35 del Estatuto de la CIJ. Como se señaló en el caso sobre la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia), el consentimiento del Estado es fundamental para someter las controversias a la jurisdicción de la CIJ porque «no State may be subject to its jurisdiction without its consent» (I.C.J., 2008, p. 423, para. 33).

En cuanto a la competencia *rationae materia*, la CIJ podrá resolver las controversias de orden jurídico (artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ); entonces, el desacuerdo debe referirse a posiciones de derecho contrapuestas. Una controversia jurídica será resuelta a través de la aplicación del derecho internacional (Infante Caffi, 1987, pp. 63-64) y podrá consistir, por ejemplo, en una disputa sobre el contenido, interpretación y alcances de las normas internacionales (Amaral Júnior, 2011, p. 259), la existencia de un hecho internacionalmente ilícito y sus consecuencias. Sin embargo, esto no significa que estas carezcan de otros elementos relevantes de carácter político, histórico, económico, cultural, entre otros, que las hagan más complejas. Además, las disputas fundamentalmente políticas pueden transformarse en reclamos de derecho internacional (Kessler, 2011, p. 2180), como ocurrió en el caso de la Obligación de Negociar un Acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile). Por ello, la CIJ podrá resolver estas disputas en la medida en que se expresen como una contraposición de posiciones jurídicas (Méndez Chang, 2014, p. 29).

En los últimos años, los Estados han sometido más disputas a la jurisdicción de la CIJ, expresando así su confianza en este tribunal internacional (Méndez Chang, 2014, pp. 37-38). La CIJ también ha logrado un mayor reconocimiento por resolver controversias muy técnicas y científicas, como las relacionadas con la delimitación marítima; respecto a estas, ha generado claridad, estabilidad y predictibilidad sobre el derecho aplicable (Proulx, 2017, p. 937).

Actualmente, la CIJ enfrenta críticas y retos. En cuanto a las primeras, se advierte una tendencia a preferir tesis más conservadoras (Amaral Júnior, 2011, pp. 274-275) o a no pronunciarse sobre cuestiones políticamente sensibles, como las armas nucleares (Awmeé, 2018, p. 54), como sucedió en los casos relativos a los Ensayos Nucleares (Australia c. Francia y Nueva Zelanda c. Francia respectivamente) y los presentados por Islas Marshall. Algunos retos surgen de la fragmentación del derecho internacional y de la necesidad de adaptar su marco jurídico bilateral (Ramkumar & Singh, 2017, p. 132) para resolver adecuadamente las controversias entre una pluralidad de partes en un contexto multilateral. Hasta el momento, pareciera que la CIJ ha preferido «straitjacketing a multilateral dispute into a bilateral procedural setting» (Paddeu, 2017, p. 3).

2.3. La definición del Caso Mavrommatis en la jurisprudencia reciente de la CIJ (2011-2018)

A continuación analizaremos las resoluciones emitidas por la CIJ desde el 2011 hasta el 2018; en especial, aquellas sobre los casos concluidos. La finalidad es conocer qué definición de controversia ha utilizado la CIJ; es decir, verificar si se ha apartado o no de la mencionada en el caso Concesiones Mavrommatis.

He tomado en consideración aquellos casos en los que se interpuso la demanda sin que exista un compromiso o acuerdo entre las partes debido a que, en este supuesto, el demandado suele cuestionar la existencia de una disputa y la respuesta de la CIJ contribuye a determinar qué es una controversia.

El sometimiento obligatorio del demandado se dará cuando el Estado haya emitido una declaración o cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria (artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ), o cuando este se sustente en lo dispuesto en un tratado; por ejemplo, en el artículo XXXI del Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá de 1948. En cuanto al consentimiento del Estado como fundamento de la jurisdicción de la CIJ, este es un tema muy interesante (Das y Bhadda, 2014, pp. 554-555); también lo es la interpretación de las declaraciones (cláusulas facultativas) y sus respectivas reservas. No obstante, voy a abordarlos con el fin de responder las preguntas planteadas en este artículo y no de manera exhaustiva.

Con relación a la definición de controversia utilizada por la CIJ en sus resoluciones en el período comprendido entre el 2011 y el 2018, hemos identificado dos grupos.

El primer grupo está compuesto por los casos en los que la CIJ ha mencionado expresamente la definición de controversia del caso Concesiones Mavrommatis en su resolución. Al resolver las excepciones preliminares del caso relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Croacia c. Serbia) se hizo referencia a esta definición (I.C.J. Reports, 2008, p. 465, para. 143). Hemos considerado este caso porque el fallo sobre el fondo se dio en 2015. Posteriormente, en el caso Aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (Georgia c. Federación Rusa) —en adelante, Georgia c. Rusia— también se encuentra esta definición (I.C.J. Reports, 2011, p. 84, para. 30).

Los casos sobre Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear merecen una mención especial porque sus resoluciones han generado mayores críticas. El 24 de abril de 2014, Islas Marshall presentó demandas por separado contra nueve miembros de la ONU: China, Corea del Norte, Francia, India, Israel, Pakistán, Reino Unido, Rusia y Estados Unidos de América. A ellos se les conoce como los Nuclear Weapon States (NWS) porque tienen armas nucleares. Su posición política es contraria a la regulación de estas y al desarme nuclear (Awme, 2018, p. 56). Los NWS abiertamente se han opuesto a diversas iniciativas sobre estas materias en los foros multilaterales; también han rechazado la adopción del Tratado sobre Prohibición de Armas Nucleares en 2017. Sorprendentemente, Japón respaldó la posición de los NWS porque votó en contra de su adopción, aunque su justificación fue que no quería aumentar

la tensión existente entre estos y los demás Estados (Akimoto, 2018, p. 61). No obstante, este tratado es considerado como uno de los mayores logros jurídicos de la llamada diplomacia de resistencia de los Estados que no tienen un arsenal nuclear (Ritchie & Egeland, 2018, pp. 138-139).

Como cada Estado debe someterse voluntariamente a la CIJ, solo continuaron los procesos contra India, Pakistán y Reino Unido, porque ellos habían aceptado la jurisdicción obligatoria de la CIJ a través de una declaración (artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ). En cuanto a los demás NWS, que tienen un mayor armamento y poderío nuclear (Pitkanen & Farish, 2018, pp. 866-870), no aceptaron continuar el proceso ante la CIJ ni se produjo el *forum prorogatum*, como esperaba el demandante (Proulx, 2017, p. 928).

Los reclamos planteados por Islas Marshall eran sustancialmente los mismos. Con respecto a India, Pakistán y Reino Unido, se les imputaba haber violado sus obligaciones del derecho internacional consuetudinario; además, Reino Unido también habría violado aquellas establecidas en el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares. No obstante, en atención al contexto internacional, se puede concluir que, en estos casos, «the resolution of the legal question does not always correspond to, may be neither cause nor consequence of the resolution of, a real question» (Schultz & Ost, 2018, p. 27). En efecto, lo que Islas Marshall buscaba era que los NWS accedieran a negociar la prohibición de las armas nucleares, así como a iniciar el proceso de desarme; por ello, su interés no se limitaba a que la CIJ estableciera que los demandados eran responsables por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos.

Si bien los tres procesos eran independientes, la CIJ los resolvió de manera similar, casi idéntica (Amman, 2017, p. 440; Alvarez-Jimenez, 2017, p. 9), y por un estrecho margen de votos. En sus resoluciones, la CIJ afirmó que no existía una controversia y, en consecuencia, acogió las excepciones de competencia formuladas por India y Pakistán, y la primera excepción preliminar del Reino Unido. En su fundamentación, hizo referencia a la definición de controversia del caso *Concesiones Mavrommatis* (I.C.J. Reports, 2016, *Obligations India*, pp. 269-270, para. 34; I.C.J. Reports, 2016, *Obligations Pakistan*, pp. 566, para. 34; I.C.J. Reports, 2016, *Obligations United Kingdom*, p. 849, para. 37), pero incluyó otros elementos que presentaremos más adelante.

El segundo grupo lo conforman los casos en los que la CIJ utilizó la definición del caso *Concesiones Mavrommatis* en su resolución, pero sin mencionarla expresamente. Al resolver las excepciones preliminares del caso sobre la *Controversia Territorial y Delimitación Marítima* (Nicaragua c. Colombia), la CIJ señaló que «the Parties have presented different views about whether there is an extant dispute between them» (I.C.J. Reports, 2007, p. 847, para. 33). Hemos considerado este caso porque el fondo se resolvió en 2012. En el caso sobre la *Aplicación del Acuerdo Interino del 13 de septiembre de 1995* (la ex República Yugoslava de Macedonia c. Grecia), la CIJ concluyó que existía una controversia porque tenían posiciones opuestas: el demandante reclamó porque Grecia violó la obligación internacional del artículo 11, párrafo 1, del Acuerdo Interino, y esta última lo rechazó (I.C.J. Reports, 2011, *Application Interim*, p. 659, para. 37).

Con relación al caso sobre Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia, con intervención de Grecia) —en adelante, Alemania c. Italia—, la CIJ determinó que existía una disputa sobre si Italia violó o no la obligación internacional de respetar la inmunidad jurisdiccional de Alemania (I.C.J. Reports, 2012, Jurisdictional, p. 120, para. 50). En el caso relativo a las Cuestiones sobre la Obligación de Procesar o Extraditar (Bélgica c. Senegal) —en adelante, Bélgica c. Senegal—, la CIJ afirmó que las partes habían presentado puntos de vistas radicalmente divergentes (I.C.J. Reports, 2012, Questions, p. 441, para. 45). En el caso sobre la Caza de la Ballena en el Antártico (Australia c. Japón; interviniente: Nueva Zelanda), la CIJ concluyó que existía una oposición de puntos de vista respecto a las actividades de Japón, ya que se discutía si eran compatibles con las obligaciones establecidas en la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena (I.C.J. Reports, 2014, Whaling, p. 246, para. 40).

En el caso del Diferendo Marítimo (Perú c. Chile) —en adelante, Perú c. Chile—, la controversia consistía en un desacuerdo de las partes sobre la existencia de una delimitación marítima (Méndez Chang, 2014, pp. 29-30), ya que «Peru and Chile have adopted fundamentally different positions in this case» (I.C.J. Reports, 2014, Maritime, p. 16, para. 22). En cuanto a la resolución de la excepción preliminar en el caso Obligación de Negociar un Acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile) —en adelante, Bolivia c. Chile—, la CIJ determinó que la controversia era un desacuerdo jurídico entre las partes y concluyó que «the subject-matter of the dispute is whether Chile is obligated to negotiate in good faith Bolivia's sovereign access to the Pacific Ocean, and, if such an obligation exists, whether Chile has breached it» (I.C.J. Reports, 2015, Obligation, p. 605, para. 34); además, rechazó que la controversia haya sido resuelta, como argumentaba Chile (I.C.J. Reports, 2015, Obligation, p. 610, para. 54). En los casos acumulados del asunto sobre Determinadas actividades realizadas por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua) y la Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), la CIJ identificó que existía una controversia, ya que había disputas respecto a la soberanía territorial (I.C.J. Reports, 2015, Certain, pp. 396-397, para. 69). En los casos acumulados sobre la Delimitación Marítima del Caribe y el Océano Pacífico (Costa Rica c. Nicaragua) y la Frontera terrestre en la parte norte de la Isla Portillos (Costa Rica c. Nicaragua), la CIJ señaló que las disputas estaban referidas a la soberanía territorial (I.C.J., 2018, Maritime, p. 28, para. 59) y delimitación marítima (I.C.J., 2018, Maritime, p. 41, para. 103) respectivamente.

Como se puede apreciar en las resoluciones de 2011 a 2018, la CIJ ha utilizado constantemente y sin variación la definición de controversia del caso Concesiones Mavrommatis.

3. Sobre la existencia de una controversia

En el caso relativo a los Ensayos Nucleares, se afirmó que la existencia de una controversia es «the primary condition for the Court to exercise its judicial function; it is not sufficient for one party to assert that there is a dispute» (I.C.J. Reports, 1974, Nuclear Australia, pp. 270-271, para. 55; I.C.J. Reports, 1974, Nuclear New Zealand,

p. 476, para. 58). Por ello, presentaremos los criterios de la CIJ para que sea demostrada de manera satisfactoria.

3.1. La determinación objetiva del desacuerdo

Para que exista una controversia se debe demostrar que las partes tienen puntos de vista contrapuestos sobre cuestiones de hecho o de derecho. La CIJ ha afirmado que la determinación de los puntos de vista opuestos era una cuestión de fondo (*substance*) y no de procedimiento (I.C.J. Reports, 2011, Application Georgia, p. 84, para. 30; I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 270, para. 35; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 566, para. 35; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 849, para. 38).

Esta oposición debe ser objetivamente verificable. Por ello, la CIJ podrá identificar el desacuerdo entre las partes a partir de sus pronunciamientos o inferirlo de su conducta en sus relaciones entre sí o en foros multilaterales (Ramkumar & Singh, 2017, p. 130); también establecerá las posiciones antagónicas de los hechos y documentos del caso que tiene a su disposición (Paddeu, 2017, p. 2). La conducta de las partes resulta más relevante en los casos en los que no hubo intercambios diplomáticos ya que, de haberse planteado el reclamo y no haber obtenido la respuesta del Estado requerido, se podría concluir que había surgido una disputa (Gray, 2017, p. 428).

Hay que tomar en cuenta que no bastará que los Estados tengan intereses distintos para que surja una controversia; estos deben ser contrapuestos. Además, la percepción de una de las partes sobre un posible desacuerdo o su posición sobre una materia no serán suficientes *per se* para dar lugar a una disputa. Si el demandado cuestiona la jurisdicción de la CIJ, esto tampoco demostrará que hay una discrepancia entre las partes.

En su jurisprudencia, la CIJ se ha inclinado a favor de un criterio objetivo (*objective basis*) para determinar la existencia de una controversia (I.C.J. Reports, 2015, Obligation, p. 602, para. 26). Este le permite asumir un enfoque flexible y pragmático (Alvarez-Jimenez, 2017, p.15) en el que tiene en cuenta el contexto (*context-sensitive*) de cada caso al momento de analizar si hay o no una disputa (Proulx, 2017, p. 926).

La primera referencia al criterio objetivo se encuentra en la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía (Primera Fase). La CIJ sostuvo que era necesaria la determinación objetiva (*objective determination*) de la controversia (I.C.J. Reports, 1950, p. 74). Posteriormente, en su resolución sobre las excepciones preliminares en los Casos relativos al África Sudoccidental (Etiopía c. Sudáfrica; Liberia c. Sudáfrica) estableció que «It must be shown that the claim of one party is positively opposed by the other» (I.C.J. Reports, 1962, p. 328); en consecuencia, se debía demostrar que las posiciones de los Estados eran antagónicas. En estos casos, se constató que, con relación al cumplimiento de obligaciones de Sudáfrica (quien tenía el mandato correspondiente), los puntos de vista de los demandantes eran clara y positivamente opuestos a los del demandado. Esta determinación objetiva también se mencionó en los casos relativos a los Ensayos Nucleares (I.C.J. Reports, 1974, Nuclear Australia, p. 271, para. 55; I.C.J. Reports, 1974, Nuclear New Zealand, p. 476, para. 58).

El criterio objetivo se mantuvo y ahora se encuentra presente en la jurisprudencia reciente de la CIJ, como se puede comprobar en los siguientes casos: Controversia Territorial y Delimitación Marítima entre Nicaragua y Colombia (I.C.J. Reports, 2007, pp. 873-874, para. 138), Georgia c. Rusia (I.C.J. Reports, 2011, p. 84, para. 30), Bélgica c. Senegal (I.C.J. Reports, 2012, Questions, p. 442, para. 46), Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el Mar Caribe entre Nicaragua y Colombia (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, pp. 26-27, para. 50) y los presentados por Islas Marshall contra India (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 270, para. 36), Pakistán (I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 567, para. 36) y Reino Unido (I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 849, para. 37). En el caso Perú c. Chile, la CIJ concluyó que existía una controversia porque las partes tenían «fundamentally different positions in this case» (I.C.J. Reports, 2014, Maritime, p. 16, para. 22). En el caso Bolivia c. Chile, la CIJ identificó que las partes tenían puntos de vista claramente opuestos: por un lado, Bolivia afirmaba que el demandado estaba obligado a negociar de buena fe un acceso soberano por el océano Pacífico; por otro lado, Chile negaba tener tal obligación (I.C.J. Reports, 2015, Obligation, p. 605, para. 34).

Como se ha podido apreciar, la CIJ ha utilizado en su jurisprudencia el criterio objetivo, que fue planteado desde los Casos relativos al África Sudoccidental. De este modo, sin apartarse de la definición del caso Concesiones Mavrommatis, la CIJ ha establecido que para que la controversia exista se debe demostrar que, a partir del examen de los hechos, documentos y la conducta de las partes, los Estados tienen puntos de vista opuestos: debe darse una determinación objetiva del desacuerdo.

2.4. El criterio subjetivo: el conocimiento (*awareness*) del demandado

Si bien la CIJ ha aplicado un criterio objetivo, ha optado por emplear un criterio subjetivo para resolver algunos casos en los últimos años. El criterio subjetivo consiste en demostrar que el demandado tenía conocimiento (*awareness*) de la existencia de la controversia o que no podría haber dejado de conocerla. De esta manera, se va más allá de la revisión de los hechos, documentos y conducta de las partes para analizar la conciencia del Estado. Este criterio resulta restrictivo y formalista (Aw-mee, 2018, p. 71; Paddeu, 2017, p. 2).

La primera referencia al conocimiento (*awareness*) del demandado está en el caso Georgia c. Rusia (Palestini, 2017, p. 563). Al rechazar la primera excepción preliminar, la CIJ concluyó que existía una controversia sobre la interpretación y la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) frente a los hechos en Abjasia, Osetia del Sur y alrededores. La CIJ determinó que las comunicaciones entre las partes se referían con suficiente claridad al reclamo, de modo que permitieron al Estado identificar o entender que existía o podía existir una disputa (I.C.J. Reports, 2011, p. 85, para. 30). La identificación de la disputa por parte del demandado es un elemento subjetivo que no fue mencionado antes en su jurisprudencia. Con relación a la prueba de este elemento, la CIJ señaló que «An express specification would remove any doubt about one State's understanding of the subject-matter in issue and put the

other on notice» (I.C.J. Reports, 2011, Application Georgia, p. 85, para. 30). Con ello, se inclinó a favor de la notificación previa del reclamo o «prior notice of claim» para demostrar este conocimiento (Proulx, 2017, p. 940).

La segunda referencia al criterio subjetivo fue el caso Bélgica c. Senegal, en el que la CIJ estableció que el demandado debió ser advertido sobre los reclamos para que surja la controversia. Se constató que las comunicaciones de Bélgica dirigidas a Senegal solamente se habían referido a la violación de las obligaciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura). No hizo mención a las violaciones de las obligaciones del derecho internacional consuetudinario sobre el procesamiento y extradición por otros crímenes presuntamente cometidos por el señor Habré. Por ello, la CIJ concluyó que existía una controversia sobre la violación de las obligaciones convencionales pero no había una disputa sobre las de derecho internacional consuetudinario, en la medida en que Senegal no había podido darse cuenta de que también se alegaban estas violaciones en su contra (I.C.J. Reports, 2012, Questions, p. 444, para. 54). Nuevamente, se aludió al «prior notice requirement» del demandado (Palestini, 2017, p. 563).

En sus resoluciones del 2016, la CIJ expresamente consideró el conocimiento (*awareness*) del demandado como un requisito para la existencia de la controversia. En su resolución sobre la segunda excepción preliminar en el asunto sobre las Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia) —en adelante, Nicaragua c. Colombia—, la CIJ señaló que el demandado debía conocer la disputa para que esta exista; pero tuvo un enfoque más flexible (Gray, 2017, p. 420). Con respecto a los derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe, la CIJ concluyó que existía una controversia entre las partes cuando se presentó la demanda. Para ello, tomó en cuenta las manifestaciones públicas hechas por los representantes de ambos Estados en las que se planteaban puntos de vista opuestos frente a la conducta del demandado en los espacios marítimos correspondientes al demandante. En consecuencia, Colombia no podía sostener que desconocía la existencia de esta disputa ni haber malinterpretado la posición de Nicaragua porque «although Nicaragua did not send its formal diplomatic Note to Colombia in protest [...] at the time when the Application was filed, Colombia was aware» (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, p. 32, para. 73). Si bien fue decisivo constatar que Colombia tuviera conocimiento de la disputa, la CIJ sostuvo que no era necesario formular formalmente el reclamo para que surja la controversia. Con relación a la amenaza del uso de la fuerza, las declaraciones de autoridades militares nicaragüenses presentadas como evidencia no mencionaron dicha violación; por el contrario, expresaron que la situación en el mar era calma y estable (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, p. 33, para. 76). En consecuencia, la CIJ determinó que no existía una controversia porque no se demostró que Nicaragua haya informado a Colombia que había violado el artículo 2, párrafo 4, de la Carta de la ONU (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, p. 33, para. 78).

En los casos presentados por Islas Marshall, la CIJ tuvo un enfoque rígido (Gray, 2017, p. 423) y decidió que no existía una controversia porque el demandante no demostró que el demandado tuviera conocimiento (*awareness*) de esta. Al respecto,

señaló: «a dispute exists when it is demonstrated, on the basis of the evidence, that the respondent was aware, or could not have been unaware, that its views were “positively opposed” by the applicant» (I.C.J. Reports, 2016, Obligaciones United Kingdom, p. 849, para. 41; de forma similar, en I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 271, para. 38, e I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 568, para. 38). En consecuencia, no fue suficiente la determinación objetiva de los puntos de vista opuestos entre las partes; la CIJ puso como requisito que Islas Marshall demostrara que el demandado tenía conocimiento (*awareness*) de dicha oposición o que no podía haber dejado de conocer que su posición era contrapuesta a la del demandante. Exigir este requisito es discutible, y la votación de los magistrados de la CIJ en estas resoluciones así lo expresa. En su opinión disidente, el magistrado Robinson acertadamente cuestionó este criterio porque llevaría a averiguar qué piensa el Estado y, con ello, «it plunges us, quite unnecessarily, into the murky legal world of the state of mind of a State» (I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 1072, para. 24). Si bien la CIJ no exigió notificar el reclamo al Estado antes del inicio del proceso, es probable que otro hubiese sido el resultado si Islas Marshall lo hubiese hecho, si se tiene en cuenta lo planteado en el caso Georgia c. Rusia (I.C.J. Reports, 2011, p. 85, para. 30). De esta manera, la CIJ prefirió asumir una posición subjetiva y formalista por la que dejó sin resolver esta controversia.

Como hemos podido apreciar en la jurisprudencia reciente de la CIJ, el conocimiento (*awareness*) del demandado (criterio subjetivo) resulta decisivo para que exista la controversia. Este no puede ser entendido como un elemento del criterio objetivo ni como un «*objective awareness*» (Proulx, 2017, p. 932), ya que se refiere a lo que el demandado conocía o no podía haber dejado de conocer; alude a la conciencia del Estado sobre la controversia, que no puede ser objetivamente determinada.

El criterio subjetivo enfrenta varios cuestionamientos y resulta inconsistente con la jurisprudencia de la CIJ (Gray, 2017, p. 430). Como mencionó el magistrado Robinson, demostrar este conocimiento (*awareness*) llevará a ingresar en la mente del Estado (I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 1072, para. 24), lo que es difícil de probar (Amman, 2017, p. 445). Con este, se va contra la economía procesal y la eficiencia; se trata de una cuestión de prueba que puede ser subsanada (Awmeem, 2018, p. 76). Además, es formalista, porque la CIJ estaría priorizando la forma sobre el fondo (*substance*) y, en consecuencia, formalizando el fundamento de su jurisdicción (Proulx, 2017, p. 930). Este criterio resulta restrictivo porque limita a la CIJ y, al no resolver una controversia, no le permite cumplir satisfactoriamente su función. En los casos de Islas Marshall, hubiese sido importante conocer cuál era la posición de la CIJ sobre las obligaciones de los Estados respecto al desarme nuclear (Alvarez-Jimenez, 2017, p. 19); pero no fue así.

Frente a una resolución de la CIJ que declara que no existe una controversia, el demandante podría obtener una prueba del conocimiento del demandado, sea a través de la notificación del reclamo o por otro medio; inclusive, en mérito a la demanda interpuesta. Con esta prueba se podría interponer nuevamente la demanda contra el Estado (Paddeu, 2017, p. 2; Ramkumar & Singh, 2017, p. 129), ya que se cumpliría con demostrar el criterio subjetivo.

Para establecer si la interposición de una segunda demanda es viable en la práctica, analizaremos la perspectiva del demandante y del demandado, respectivamente. En cuanto al demandante, volver a interponer la demanda dependerá de su decisión política. El resultado del primer proceso y la asimetría de las partes podrían resultar disuasivos (Alvarez-Jimenez, 2017, p. 32). Además, deberá considerar los costos del proceso, que resultan onerosos especialmente para los países en desarrollo, y la duración total de ambos. Finalmente, tendrá en cuenta la imprevisibilidad respecto al resultado del segundo proceso, ya que el demandante no estará seguro de si logró o no persuadir a la CIJ de que declare fundada su demanda hasta que resuelva el fondo del asunto.

En cuanto al demandado, su reacción en el primer proceso indicaría que no identifica una controversia entre ambos o que no quiere que sea sometida a la CIJ. En consecuencia, podrá modificar su sometimiento a la jurisdicción de la CIJ para evitar el segundo proceso. En el supuesto de que el Estado tenga una declaración o cláusula facultativa de jurisdicción obligatoria (artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la CIJ), podrá retirarla o formular reservas, de modo que excluya la materia de la disputa. Ello ha sucedido con Reino Unido y Pakistán, que han formulado reservas en sus declaraciones para que no prospere una nueva demanda de Islas Marshall (Alvarez-Jimenez, 2017, p. 5; Awmee, 2018, p. 77; Palestini, 2017, pp. 573-574). Reino Unido modificó su declaración en 2014 y posteriormente en 2017, después de la resolución del caso. En ella hay nuevas reservas: no se someterá a la jurisdicción de la CIJ cuando la controversia se refiera al desarme nuclear y/o a armas nucleares, a menos que todos los NWS partes del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares hayan aceptado someterse a este tribunal internacional y sean partes del proceso (I.C.J., 2017, United Kingdom). Pakistán también modificó su declaración en 2017, y sus reservas excluyen las controversias sobre hechos o situaciones de hostilidades y seguridad nacional, así como aquellas respecto a obligaciones de tratados multilaterales, a menos que todos los Estados partes participen en el proceso (I.C.J., 2017, Pakistan). Si bien India no ha modificado su declaración de 1974, tiene algunas reservas (I.C.J., 1974, India) similares a las formuladas por Pakistán en 2017; estas podrían excluir estas materias de la jurisdicción de la CIJ (Das y Bhadada, 2014, pp. 556-559).

En el supuesto de que un Estado esté sometido obligatoriamente a la jurisdicción de la CIJ por una disposición en un tratado, podrá denunciarlo. Colombia hizo la denuncia del Pacto de Bogotá el 27 de noviembre de 2012, días después de emitida la resolución del caso sobre la Controversia Territorial y Delimitación Marítima en el que fue demandado en aplicación del artículo XXXI de dicho tratado. No obstante, esta denuncia no tuvo efectos inmediatos ni impidió que la CIJ decidiera que tenía jurisdicción por el artículo XXXI en el caso sobre Presuntas violaciones de derechos soberanos y espacios marítimos en el mar Caribe (Nicaragua c. Colombia); por ello, rechazó la primera excepción preliminar (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, p. 26, para. 48).

Después de revisar estos casos, podemos concluir que hay un punto de inflexión en la jurisprudencia reciente de la CIJ; en especial, desde 2016. El criterio objetivo se mantiene porque es necesaria la determinación de los puntos de vista opuestos

de las partes para que haya un desacuerdo. Adicionalmente, la CIJ ha introducido un criterio subjetivo que consiste en el conocimiento (*awareness*) del demandado de la disputa. Como la CIJ ha considerado que el criterio subjetivo es decisivo para la existencia de la controversia, ha dejado en un segundo plano el criterio objetivo.

3.5. La demostración del conocimiento (*awareness*) del demandado sobre la existencia de la controversia

La CIJ ha afirmado que «is the duty of the Court, after having given careful consideration to all the evidence in the record, to assess its probative value, to determine which facts must be considered relevant, and to draw conclusions from them» (I.C.J. Reports, 2015, Certain, p. 726, para. 176). En cumplimiento de este deber, corresponde a la CIJ evaluar cuidadosamente el valor probatorio de todas las evidencias que le presenten las partes en cada caso y sacar sus conclusiones. Por ello, para demostrar el criterio subjetivo, el demandante deberá brindar las pruebas que persuadan suficientemente a la CIJ de que el demandado conocía de la existencia de la controversia o de que no podía razonablemente haber dejado de conocerla (Palestini, 2017, pp. 561-562). De esta manera, se ha elevado el nivel de exigencia probatorio (Ramkumar & Singh, 2017, p. 133). A partir de los casos revisados, analizaremos cómo podría demostrarse el conocimiento (*awareness*) del demandado y cuál ha sido la posición de la CIJ.

En primer lugar tenemos la notificación del reclamo o la protesta formal al Estado antes de la interposición de la demanda en la que se presente claramente la posición del solicitante. Si el Estado lo rechaza, habrá una oposición de puntos de vista entre ellos. Si bien la comunicación formal de un reclamo puede llamar la atención de la otra parte (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, p. 32, para. 73), la CIJ ha afirmado reiteradamente que esta no es necesaria antes del inicio del proceso judicial (Lima, 2017, p. 211), porque no hay obligación de notificar (I.C.J. Reports, 2011, p. 84, para. 30; I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 270, para. 35; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 566, para. 35; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 849, para. 38). Además, en el caso Nicaragua c. Colombia, la CIJ señaló que el demandado conocía el reclamo aunque el demandante no le haya enviado formalmente una nota diplomática (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, p. 32, para. 73).

Sin embargo, encontramos algunos matices en otras resoluciones. En el caso Georgia c. Rusia, la CIJ estableció que la protesta formal o la notificación previa del reclamo llevarían a que no hubiera dudas de que el Estado tenía conocimiento del reclamo en su contra (I.C.J. Reports, 2011, p. 85, para. 30); pero precisó que no hay una obligación de notificar. En el caso Bélgica c. Senegal, el plantear previamente el reclamo cobra más importancia. Por ello, el contenido de las comunicaciones de Bélgica fue determinante para que la CIJ decidiera que no había una controversia respecto a las violaciones de las obligaciones del derecho internacional consuetudinario: como no fueron mencionadas en los reclamos dirigidos a Senegal, este no pudo conocerlos (I.C.J. Reports, 2012, Questions, p. 444, para. 54). Posteriormente, en las resoluciones de los casos presentados por Islas Marshall, Reino Unido, India y Pakistán argumentaron que el demandante no les comunicó su reclamo ni los no-

tificó antes de interponer la demanda (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 269, para. 32; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 565, para. 32; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 846, para. 27-28). Al respecto, la CIJ concluyó que el demandante no demostró el conocimiento (*awareness*) de los demandados sobre esta disputa; entonces, no había controversia. (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 276, para. 52; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 572, para. 52; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 856, para. 57). En estos casos, si Islas Marshall hubiese notificado a estos Estados antes de iniciar el proceso judicial, no habría dudas que los demandados conocían este reclamo (Ramkumar & Singh, 2017, p. 132).

En la medida en que no es obligatorio notificar el reclamo al demandado, hay varias críticas a la posición de la CIJ. En el caso Islas Marshall c. Reino Unido, el magistrado Robinson en su opinión disidente (I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 1072, para. 24 y el magistrado Sebitunde en su opinión separada (I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 1055, para. 31) cuestionaron el énfasis dado al criterio subjetivo, ya que el demandante estaría obligado a notificar al demandado y plantearle su reclamo antes de interponer la demanda para lograr demostrar que tenía conocimiento (*awareness*) de la controversia. Por nuestra parte, consideramos que la CIJ entra en una contradicción: por un lado, su jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la notificación no es un requisito para determinar la existencia de la controversia; además, no hay obligación de notificar. Por otro lado, cuando se introduce el criterio subjetivo, la notificación o la protesta formal previa resultan relevantes para probar el conocimiento (*awareness*) del demandado, como se mencionó en el caso Georgia c. Rusia. Sin embargo, se deberían considerar otras evidencias, como las manifestaciones públicas de los representantes de los Estados en el caso Nicaragua c. Colombia (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, pp. 32-33, para. 73). En todo caso, la notificación no debe convertirse en una obligación del demandante, porque no hay un fundamento jurídico para tal exigencia. Espero que, a partir de lo que resuelva la CIJ en el futuro, se pueda superar esta contradicción.

En segundo lugar, las declaraciones, pronunciamientos e intercambios de los Estados en los foros multilaterales podrían servir de prueba del conocimiento del demandado sobre la existencia de la controversia. En el caso Georgia c. Rusia, la CIJ señaló que los intercambios entre los representantes de ambos Estados en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas el 10 de agosto de 2008 permitieron verificar que existía una controversia entre ellos porque tenían puntos de vista opuestos respecto al cumplimiento de Rusia de las obligaciones previstas en la CERD (I.C.J. Reports, 2011, p. 120, para. 113).

En los casos presentados por Islas Marshall, la CIJ admitió que se pueda demostrar el conocimiento del demandado a partir de las declaraciones y actuaciones de los Estados en foros multilaterales (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 270, para. 36; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 567, para. 36; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 850, para. 39). Sin embargo, estableció que el reclamo debía estar dirigido de manera individual al demandado, de modo tal que la oposición de puntos de vista se diera bilateralmente (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 273, para. 45; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, pp.

569-570, para. 45; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, pp. 852-853, para. 48). Islas Marshall sustentó la existencia de la controversia en las declaraciones realizadas por sus representantes en foros multilaterales en los que participaron los demandados: en la Reunión de Alto Nivel de la Asamblea General de la ONU sobre el Desarme Nuclear (2013) y en la Segunda Conferencia sobre el Impacto Humanitario de las Armas Nucleares en Nayarit, México (2014); en esta última, Reino Unido no estuvo presente. Con relación a estas declaraciones, la CIJ concluyó que no demostraron que los demandados (India, Pakistán y Reino Unido) hubiesen conocido o no hubiesen podido dejar de conocer que se les imputaba la violación de sus obligaciones internacionales (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 275, para. 48; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 571, para. 48; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 854, para. 52). En primer lugar, la CIJ argumentó que las declaraciones de Islas Marshall fueron formuladas de forma general a los Estados participantes en estos foros, sin estar individualizadas ni dirigidas expresamente a los demandados (Awmeem, 2018, p. 69). No obstante, coincidimos con la opinión del magistrado Robinson, quien sostuvo que no era necesario mencionar a cada Estado por su nombre, en la medida en que la identidad de los NWS es conocida en la comunidad internacional (I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 1086, para. 60). En segundo lugar, el contenido de estas declaraciones no era un reclamo o pretensión concreta de Islas Marshall, porque fueron formuladas en términos exhortativos. Al no haber especificado cuál era la conducta cuestionada o considerada como la violación de una obligación internacional atribuible a cada demandado, el Estado no pudo identificar el reclamo en su contra y, en consecuencia, no tuvo conocimiento de que existía una controversia (Amman, 2017, p. 445). No obstante, si se considera el contexto en que estas fueron emitidas, podrían haber alertado a los NWS acerca de la posición de Islas Marshall sobre el desarme nuclear, la que era claramente contraria a las suyas y a sus intereses (Proulx, 2017, p. 931).

De lo anteriormente mencionado se puede concluir que, para que las declaraciones, pronunciamientos e intercambios en los foros multilaterales puedan demostrar el conocimiento (*awareness*) del demandado, es necesario que se formule claramente un reclamo o pretensión dirigido al Estado.

En tercer lugar, la conducta de los Estados en iniciativas diplomáticas o negociaciones podría expresar sus puntos de vista sobre alguna cuestión y, a partir de esta, deducir que el demandado conocía que eran opuestos. No obstante, participar en iniciativas diplomáticas o iniciar negociaciones no podría entenderse *a priori* como la demostración de la existencia de una controversia; tampoco es un requisito *sine qua non* para que esta surja (Ramkumar & Singh, 2017, p. 132), salvo que se haya acordado que se deban llevar a cabo antes de acudir a la CIJ. Como precisó la CIJ en el caso Georgia c. Rusia, la existencia de una controversia y entablar negociaciones son cosas distintas; aunque estas últimas podrían contribuir en demostrar que ha surgido una disputa entre las partes (I.C.J. Reports, 2011, p. 84, para. 30). Sin embargo, la CIJ estableció que los Estados estaban obligados a llevar a cabo negociaciones y a utilizar los medios de solución estipulados en el artículo 22 de la CERD, porque eran las precondiciones para que ejerza su jurisdicción en este caso. Como Georgia no lo hizo, la CIJ acogió la segunda excepción preliminar (I.C.J. Reports, 2011, p.

140, para. 183), pese a que existía una controversia (I.C.J. Reports, 2011, p. 85, para. 30).

Con relación a los casos presentados por Islas Marshall, la CIJ consideró que, pese a que los demandados no participaron ni cooperaron en ciertas iniciativas diplomáticas para negociar el desarme nuclear y, por el contrario, llevaron a cabo programas para modernizar su arsenal nuclear, estas conductas no constituían *per se* un desacuerdo ni expresaban puntos de vista opuestos al del demandante; tampoco probaban el conocimiento del demandado. La CIJ fue enfática al subrayar que las conductas de los Estados serán relevantes en la medida en que lleven a identificar claramente sus posiciones antagónicas y se demuestre que esta oposición era conocida por el demandado (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, pp. 275-276, para. 51; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 572, para. 51; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, pp. 855-856, para. 57). Sin embargo, estas afirmaciones son discutibles, porque la posición de los tres NWS demandados resultaba evidentemente opuesta a la de Islas Marshall.

En cuarto lugar, la votación de los Estados en los órganos de las organizaciones internacionales o foros multilaterales podría indicar su posición sobre ciertas materias y contribuir a demostrar el conocimiento del demandado sobre la disputa. No obstante, la CIJ fue muy cuidadosa al momento de considerar los votos como prueba en los casos presentados por Islas Marshall. Al respecto, precisó que el registro de la votación de los Estados en órganos políticos como la Asamblea General de la ONU no era *per se* indicativo de su posición sobre una materia, ya que las resoluciones eran producto de negociaciones y discusiones complejas. Por ello, la CIJ estimó que el voto del Estado no era suficiente para demostrar la existencia de una controversia. Si el Estado hubiese emitido una declaración para explicar su voto, se conocería claramente cuál era su punto de vista; pero esto no sucedió en estos casos (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 276, para. 53; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 572, para. 53; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 855, para. 56).

En quinto lugar, la conducta del demandado después de la interposición de la demanda podría demostrar que tiene una posición contrapuesta a la del demandante. Si bien el inicio de un proceso ante la CIJ no resulta prueba suficiente para afirmar que ya existe una disputa entre las partes (Proulx, 2017, p. 933), la reacción del demandado puede evidenciar que conocía o que era consciente de la oposición de puntos de vista. Por ello, al resolver la excepción preliminar en el caso Bolivia c. Chile, la CIJ señaló que era necesario tener en cuenta la demanda, así como los alegatos orales y escritos de las partes para identificar la controversia (I.C.J. Reports, 2015, Obligation, pp. 602-603, para. 26). Sin embargo, hubo un cambio de posición en los casos presentados por Islas Marshall, porque la CIJ estableció que la controversia debía existir al momento de la interposición de la demanda (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, pp. 271-272, para. 39; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 568, para. 39; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 851, para. 42). De acuerdo con esta decisión, la conducta del demandado después de la presentación de la demanda no será una prueba de dicho conocimiento.

Luego de revisar cómo se podría demostrar que el demandado tenía conocimiento (*awareness*) de la existencia de la controversia y cuáles son los planteamientos de la CIJ, resulta evidente que se ha colocado una mayor carga de la prueba en el demandante. Si bien no hay una obligación de notificar, la protesta formal o la notificación del reclamo antes del inicio del proceso judicial se convierten en la manera más adecuada de demostrarla.

4. Sobre el momento en el que surge una controversia internacional

Como la CIJ resuelve las controversias de orden jurídico que se le someten (artículo 38, párrafo 1, del Estatuto de la CIJ), es necesario que existan durante todo el proceso para que tenga jurisdicción (Alvarez-Jimenez, 2017, p. 9).

En el caso sobre la Controversia Territorial y Delimitación Marítima (Nicaragua c. Colombia), la CIJ decidió que no tenía jurisdicción por no existir una controversia sobre la soberanía de las islas San Andrés, Providencia y Santa Catalina, que eran reclamadas por el demandante. En la medida en que Nicaragua había reconocido expresamente la soberanía de Colombia sobre las tres islas en el artículo 1 del Tratado sobre Cuestiones Territoriales entre Colombia y Nicaragua de 1928, antes de la fecha de interposición de la demanda no había controversia que resolver (I.C.J. Reports, 2007, p. 874, para. 138).

La CIJ estableció que la controversia debe subsistir hasta el momento en el que tome su decisión, ya que esta es el objeto de juzgamiento. Si las partes la solucionaron durante el proceso judicial, no habrá controversia al momento de decidir el fondo del asunto. Esto sucedió en el caso Fumigación Aérea con Herbicidas (Ecuador c. Colombia), en el que las partes celebraron un acuerdo el 9 de septiembre de 2013 con el que terminó la controversia (I.C.J. Reports, 2013, p. 279).

En los casos relativos a los Ensayos Nucleares, la CIJ concluyó que la controversia había desaparecido para el momento del juzgamiento y, en consecuencia, no había una disputa que resolver (I.C.J. Reports, 1974, Nuclear Australia, pp. 270-271, para. 55; I.C.J. Reports, 1974, Nuclear New Zealand, p. 476, para. 58). Sin embargo, la CIJ no se pronunció sobre lo planteado en la demanda de Australia: determinar si la realización de pruebas nucleares atmosféricas en el océano Pacífico era o no conforme con el derecho internacional (I.C.J. Reports, Nuclear Australia, 1974, p. 256, para. 11); tampoco lo hizo respecto a lo solicitado en la demanda de Nueva Zelanda: declarar si estos ensayos violaban sus derechos (I.C.J. Reports, 1974, Nuclear New Zealand, p. 460, para. 11). Por ello, discrepo de lo resuelto por la CIJ, porque el acto unilateral de Francia, por el cual dejó de realizar ensayos nucleares en la atmósfera, no resolvió las controversias; estas subsistían al momento del juzgamiento (Méndez Chang, 1996, p. 23).

Con relación al momento en que existe una controversia, la CIJ tuvo en cuenta lo resuelto en el caso Concesiones Mavrommatis. La CPJI declaró que, por tener jurisdicción internacional, no otorgaba el mismo grado de importancia a cuestiones de forma, a diferencia de lo que sucedía en los tribunales nacionales. Por ello, asumió una postura flexible y concluyó que «Even if the grounds on which the institution of proceedings was based were defective [...], this would not be an adequate reason

for the dismissal of the applicant's suit» (Permanent Court of International Justice, 1924, p. 34). Según esta resolución, la controversia debe existir cuando se produce el juzgamiento (Palestini, 2017, p. 560).

En concordancia con este antecedente, la CIJ ha tenido una valoración flexible y pragmática respecto a la existencia de la controversia en cada caso durante décadas (Proulx, 2017, p. 934). Por este motivo, la oposición de puntos de vista puede ir tomando forma, cristalizándose o ajustándose a lo largo del proceso, ya que las partes pueden dar paulatinamente mayor claridad y precisión a sus posiciones; es decir, debe existir al momento de la emisión de la resolución correspondiente.

Un ejemplo de esta flexibilidad se encuentra en el fallo acerca del fondo del caso sobre la Controversia Territorial y Delimitación Marítima (Nicaragua c. Colombia). Después de la resolución de las excepciones preliminares en 2007, Nicaragua hizo cambios en sus pretensiones referidas a la extensión de la plataforma continental (Cruz Martínez, 2014, p. 124) y Colombia los objetó porque consideró que había modificado sus reclamos. La CIJ concluyó que la reivindicación formulada por Nicaragua en la sección I 3 de sus conclusiones finales sobre la delimitación de una plataforma continental más allá de las 200 millas náuticas era admisible (I.C.J. Reports, 2012, Territorial, p. 665, para. 112) por lo siguiente: si bien el demandante planteó formalmente un nuevo reclamo (I.C.J. Reports, 2012, Territorial, p. 664, para. 108), la CIJ afirmó que este estaba incluido en la disputa sobre delimitación marítima y no había transformado el objeto de la controversia (I.C.J. Reports, 2012, Territorial, p. 665, para. 111). De este modo, la modificación del reclamo no es *per se* inadmisibles.

Al resolver la excepción preliminar en el caso Bolivia c. Chile, la CIJ mantuvo un enfoque flexible porque, para identificar la materia controvertida, precisó que era necesario tener en cuenta la demanda, así como los alegatos orales y escritos de las partes (I.C.J. Reports, 2015, Obligation, pp. 602-603, para. 26); es decir, se debía considerar la conducta de las partes después de interpuesta la demanda hasta el juzgamiento.

Sin embargo, la CIJ aplicó un criterio temporal más limitado en otros casos. A partir del asunto Georgia c. Rusia, se estableció que «The dispute must in principle exist at the time the Application is submitted to the Court» (I.C.J. Reports, 2011, p. 85, para. 30). En consecuencia, la controversia tendrá que haber surgido entre las partes, en principio, en la fecha en que se interpuso la demanda. La CIJ constató que Georgia, antes de demandar, presentó sus reclamaciones por el incumplimiento de las obligaciones de la CERD y Rusia las rechazó; incluso hubo intercambios entre sus representantes en el Consejo de Seguridad con relación a estos reclamos, los que permitieron identificar sus puntos de vista opuestos. En consecuencia, la CIJ rechazó la primera excepción preliminar y concluyó que existía una controversia entre las partes el día en que Georgia presentó la demanda (I.C.J. Reports, 2011, p. 120, para. 113). En el caso Bélgica c. Senegal, la CIJ reiteró que, en principio, esta fecha era clave para la existencia de la controversia. Como Bélgica no planteó un reclamo a Senegal por la violación de las obligaciones de Derecho Internacional consuetudinario (frente a los crímenes atribuidos al señor Habré) hasta esa fecha, la CIJ afirmó que no había una controversia sobre este reclamo cuando se interpuso la demanda (I.C.J. Reports, 2012, Questions, pp. 444-445, para. 54-55). En cuanto a los reclamos

sobre la violación de las obligaciones de la Convención contra la Tortura dirigidos contra Senegal, la CIJ señaló que tenía jurisdicción, porque la controversia ya existía al momento de la presentación de la demanda (I.C.J. Reports, Questions, 2012, pp. 462-463, para. 122). Posteriormente, en el caso Nicaragua c. Colombia, la CIJ tomó en consideración lo anterior al resolver la segunda objeción preliminar: en principio, la fecha crítica para determinar la existencia de la controversia era el momento de la presentación de la demanda (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, p. 27, para. 52). Como Colombia tenía conocimiento de esta disputa antes del inicio del proceso judicial, existía una controversia (I.C.J. Reports, 2016, Alleged, pp. 32-33, para. 73-74).

Si bien la CIJ sostuvo que la fecha de interposición de la demanda era relevante para establecer la existencia de la controversia en los casos anteriores, había un cierto margen de flexibilidad con la expresión «en principio» (*«in principle»*). Así, era posible que la controversia se cristalizara después de la interposición de la demanda, ya que la CIJ tendría en consideración cómo se han comportado las partes desde el inicio del proceso hasta el momento en que emite su resolución (Paddeu, 2017, p. 2). Con ello, su decisión era congruente con lo resuelto en la excepción preliminar en el caso Bolivia c. Chile (I.C.J. Reports, 2015, Obligation, pp. 602-603, para. 26).

No obstante, la CIJ optó por un criterio temporal más limitado en los casos presentados por Islas Marshall (Proulx, 2017, pp. 933-935). Aunque en el texto de sus resoluciones se encuentra la expresión «en principio», la CIJ estableció que la fecha crítica (*critical date*) era el momento de la presentación de la demanda y, en consecuencia, la controversia debía existir necesariamente en esa fecha, no después (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, pp. 271-272, para. 39; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, p. 568, para. 39; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 851, para. 42). Además, la CIJ afirmó que, después de interpuesta la demanda, la conducta de las partes «cannot create a dispute *de novo*, one that not already exist» (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 275, para. 50; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, pp. 571-572, para. 50; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 855, para. 54). Para sustentar su decisión, la CIJ señaló que, si admitía que surgiera una controversia después de la interposición de la demanda, el demandado se vería privado de la oportunidad de reaccionar frente a este reclamo (I.C.J. Reports, 2016, Obligations India, p. 272, para. 40; I.C.J. Reports, 2016, Obligations Pakistan, pp. 568-569, para. 40; I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, p. 851, para. 43). En consecuencia, la decisión de la CIJ buscaría proteger el derecho de defensa del demandado, que podría verse afectado al tener que enfrentar una disputa que no estuvo definida desde el inicio del proceso. Sin embargo, esto resulta discutible porque se trata de un proceso internacional en el que un Estado soberano siempre tendrá libertad para reaccionar frente a un reclamo o pretensión que se le plantee. En caso de existir una controversia, podrá elegir qué hacer en el marco del derecho internacional. Una reacción del demandado podrá ser llegar a un acuerdo con el demandante después de la interposición de la demanda, como sucedió en el caso Fumigación Aérea con Herbicidas (Ecuador c. Colombia). La demanda se presentó en el año 2008 y las partes celebraron un acuerdo el 9 de septiembre de 2013 que dio fin a la controversia antes del juzgamiento (I.C.J. Reports, 2013, p. 279); en consecuencia, se desistieron del proceso ante la CIJ. Con relación a los casos

presentados por Islas Marshall, India, Pakistán y Reino Unido no habrían cambiado su posición sobre sus programas de armamento nuclear ni sobre el desarme nuclear si hubiesen conocido el reclamo de Islas Marshall antes de la interposición de la demanda. Su reacción habría sido la misma; se habrían opuesto a dichos reclamos y podríamos haber determinado objetivamente sus puntos de vista antagónicos que dan lugar a una controversia. Con un enfoque flexible, no se habrían afectado sus derechos (Alvarez-Jimenez, 2017, p. 27).

Como se puede apreciar en las resoluciones de la CIJ, se ha empleado un criterio temporal más limitado en cuanto al momento en que surge una controversia: la fecha crítica será la de interposición de la demanda; no podrá surgir posteriormente. De esta manera, la CIJ ha cambiado su posición: se ha alejado de su enfoque flexible y pragmático (Palestini, 2017, p. 569) para adoptar uno más rígido y formal (Paddeu, 2017, p. 2). El criterio subjetivo, que desplaza a un segundo plano al criterio objetivo, pareciera ser una pieza clave dentro del cambio de la posición de la CIJ; también lo es este límite temporal. Si bien se puede decir que la CIJ adopta ahora un criterio más riguroso respecto a la existencia de una controversia, como lo señala el magistrado Abraham en su Declaración en el caso Islas Marshall c. Reino Unido (I.C.J. Reports, 2016, Obligations United Kingdom, pp. 858-859, para. 4-5), considero que la CIJ debería evaluar este cambio, ya que su función es la solución de controversias internacionales entre los Estados, no dejarlas sin resolver.

5. Reflexiones finales

En su jurisprudencia comprendida entre los años 2011 y 2018, la CIJ ha establecido varios puntos importantes respecto a las controversias internacionales que se deben tener en cuenta en el futuro. A partir de sus resoluciones, se responderán las preguntas planteadas inicialmente.

La CIJ ha utilizado constantemente la definición de controversia del caso Concesiones Mavrommatis en sus resoluciones: es un desacuerdo u oposición sobre cuestiones de hecho o de derecho entre dos o más Estados. No se ha producido un cambio al respecto.

Para establecer si existe una controversia, la CIJ ha considerado dos criterios. El primero busca la determinación objetiva del desacuerdo. Como la CIJ debe identificar la oposición de los puntos de vista de las partes, analizará los hechos, documentos y conducta de estas en el caso; por ello, es un criterio objetivo. Desde la Opinión Consultiva sobre la Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía (Primera Fase) en 1950 hasta la fecha, la CIJ ha empleado constantemente el criterio objetivo en sus resoluciones.

El segundo es el criterio subjetivo por el cual el demandante debe demostrar que el demandado tenía conocimiento (*awareness*) de la existencia de la controversia. Este criterio ha sido utilizado en algunos casos; la primera referencia se encuentra en el asunto Georgia c. Rusia (2011). A partir de las resoluciones de los casos presentados por Islas Marshall contra India, Pakistán y Reino Unido respectivamente en 2016, el criterio subjetivo es decisivo para la CIJ: si no se prueba el conocimiento

del demandado, no hay controversia. En consecuencia, se deja el criterio objetivo en un segundo plano.

En la medida en que se exige demostrar el conocimiento (*awareness*) del demandado, aumenta la carga de la prueba para el demandante. Adicionalmente, el criterio subjetivo resulta difícil de probar. Por ello, la notificación o protesta formal del reclamo se vuelve el medio de prueba más confiable para demostrar este conocimiento, pese a que no hay una obligación de notificar, como expresamente lo ha señalado la CIJ.

En cuanto al momento en que surge la controversia, la CIJ ha cambiado una aproximación flexible por un enfoque más rígido y formal. Anteriormente, la CIJ evaluaba la existencia de la disputa hasta el momento en que debía emitir su resolución, como en su decisión sobre la excepción preliminar en el caso *Bolivia c. Chile* (2015). Al respecto, entendía que la controversia se puede cristalizar, aclarar o ajustar a lo largo del proceso. A partir del caso *Georgia c. Rusia* (2011), la CIJ estableció que la controversia debía existir en la fecha de la presentación de la demanda, pero incluyó «en principio», con el fin de brindar una cierta flexibilidad en cada caso. Si bien mantuvo esta expresión en el texto de sus resoluciones, su posición se ha hecho más limitada temporalmente desde los casos presentados por *Islas Marshall* (2016), ya que la controversia deberá existir en el momento de la interposición de la demanda, no después.

Si bien la CIJ está facultada para establecer los criterios y enfoques más adecuados para evaluar si existe o no una controversia y cómo demostrarla, consideramos que los cambios que plantea deberían servir para que cumpla más eficientemente su función como medio de solución de controversias internacionales. La rigidez y el formalismo de su posición actual no deberían ser el fundamento para que no se pronuncie sobre las disputas entre Estados, como sucedió en los casos presentados por *Islas Marshall*. Adicionalmente, la CIJ podría modificar la manera en que aborda algunas controversias porque, si bien se plantean en términos bilaterales, algunas surgen en un contexto multilateral.

Actualmente, la CIJ tiene como tarea evaluar y replantear los criterios y enfoques de sus últimas resoluciones, teniendo en cuenta las críticas y cuestionamientos que se han dado. Visto el rol de la CIJ en la solución de controversias, es importante que este tribunal internacional se fortalezca a lo largo del tiempo, genere más confianza en los Estados y contribuya a la mejora del derecho internacional.

Referencias

Akimoto, D. (2018). The Nuclear Weapons Prohibition Treaty and the paradox of Japan's nuclear identity. *Journal of International & Global Studies*, 9(2), pp. 58-75. Recuperado de <https://www.lindenwood.edu/files/resources/58-75-the-nuclear-weapons-prohibition-treaty.pdf>

Alvarez-Jiménez, A. (2017) The ICJ's Marshall Islands (Mis) judgments on nuclear disarmament. *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, 45(1), pp. 1-33.

Amann, D. M. (2017). International decisions. Obligations concerning negotiations relating to cessation of the nuclear arms race and to nuclear disarmament. *The American Journal of International Law*, 111(2), pp. 439-446. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/ajil.2017.34>

Amaral Júnior, A. do (2011). *Curso de direito internacional público*. 2.^a edición. Sao Paulo: Atlas.

Awmeé, D. (2018). Nuclear weapons before the International Court of Justice: a critique of the Marshall Islands v. United Kingdom Decision. *Victoria University of Wellington Law Review*, 49(1), pp. 53-82. Recuperado de https://www.victoria.ac.nz/__data/assets/pdf_file/0007/1686436/Awmeé.pdf

Cruz Martínez, A. (2014). La labor hermenéutica de la Corte Internacional de Justicia en el fallo del diferendo territorial y marítimo entre Nicaragua y Colombia. *Estudios Internacionales*, 46(178), pp. 111-131. Recuperado de <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/32526>

Das, R., & Bhadada, S. (2014). India and nuclear disarmament: a discussion in light of the application by the Republic of the Marshall Islands before the International Court of Justice. *Journal of the Indian Law Institute*, 56(4), pp. 553-569. Recuperado de http://14.139.60.114:8080/jspui/bitstream/123456789/12169/1/041_India%20and%20Nuclear%20Disarmem%20%28550-559%29.pdf

Gray, C. (2017). The 2016 judicial activity of the International Court of Justice. *American Journal of International Law*, 111(2), pp. 415-436. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/ajil.2017.29>

I.C.J. Reports (1950). *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion*.

I.C.J. Reports (1954). *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom, United States of America), Preliminary Objection, Judgment*.

I.C.J. Reports (1962). *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa), Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962*.

I.C.J. (1974). *Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory – India*. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/declarations/in>

I.C.J. Reports (1974). *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment*.

I.C.J. Reports (1974). *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment*.

I.C.J. Reports (2007). *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment.

I.C.J. Reports (2008). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, Preliminary Objections, Judgment.

I.C.J. Reports (2011). *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, Preliminary Objections, Judgment.

I.C.J. Reports (2011). *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011.

I.C.J. Reports (2012). *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment.

I.C.J. Reports (2012). *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, Judgment.

I.C.J. Reports (2012). *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, Judgment.

I.C.J. Reports (2013). *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador v. Colombia)*, Order of 13 September 2013.

I.C.J. Reports (2014). *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, Judgment.

I.C.J. Reports (2014). *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*, Judgment.

I.C.J. Reports (2015). *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, Judgment.

I.C.J. Reports (2015). *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)*, Preliminary Objection, Judgment.

I.C.J. Reports (2016). *Alleged Violations of Sovereign Rights and Maritime Spaces in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment.

I.C.J. Reports (2016). *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment.

I.C.J. Reports (2016). *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment.

I.C.J. Reports (2016). *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*, Preliminary Objections, Judgment.

I.C.J. (2017). *Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory – Pakistan*. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/declarations/pk>

I.C.J. (2017). *Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory – United Kingdom*. Recuperado de <https://www.icj-cij.org/en/declarations/gb>

I.C.J. (2018). *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment*.

Infante Caffi, M. T. (1987). La solución judicial de controversias entre Estados. *Derecho PUCP*, 41, pp. 61-121.

Kessler, O. (2011). The same as it never was? Uncertainty and the changing contours of international law. *Review of International Studies*, 37(5), pp. 2163-2182. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/S0260210511000386>

Lima, L. C. (2017). Da relevância dos casos do Desarmamento Nuclear perante a Corte Internacional de Justiça. *Revista de Direito Internacional*, 14(3), pp. 202-215.

Méndez Chang, E. (1996). *El principio precautorio y su aplicación a los ensayos nucleares subterráneos franceses en el Pacífico Sur*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Méndez Chang, E. (2014). La Corte Internacional de Justicia en el diferendo entre Perú y Chile. *Derecho PUCP*, 73, pp. 27-46.

Orakhelashvili, A. (2011). The competence of the International Court of Justice and the Doctrine of the Indispensable Party: from *Monetary Gold* to *East Timor* and Beyond. *Journal of International Dispute Settlement*, 2(2), pp. 373-392. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/jnlids/idr005>

Paddeu, F. I. (2017). Multilateral disputes in bilateral settings: international practice lags behind theory. *Cambridge Law Journal*, 76(1), pp. 1-4. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/S0008197317000083>

Palestini, L. (2017). Forget about Mavrommatis and judicial economy: the alleged absence of a dispute in the cases concerning the obligations to negotiate the cessation of the nuclear arms race and nuclear disarmament. *Journal of International Dispute Settlement*, 8(3), pp. 557-577. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/jnlids/idx008>

Permanent Court of International Justice (1924). *Collection of Judgments. Series A-02. The Mavrommatis Palestine Concessions. Judgment N.º 2*.

Pitkanen, L., & Farish, M. (2018). Nuclear landscapes. *Progress in Human Geography*, 42(6), pp. 862-880. Recuperado de <https://doi.org/10.1177/0309132517725808>

Proulx, V. J. (2017). The World Court's Jurisdictional formalism and its lost market share: the Marshall Islands decisions and the quest for a suitable dispute settlement Forum for multilateral disputes. *Leiden Journal of International Law*, 30(4), pp. 925-946. Recuperado de <https://doi.org/10.1017/S0922156517000401>

Ramkumar, M., & Singh, A. (2017). The nuclear disarmament cases: is formalistic rigour in establishing jurisdiction impeding access to justice? *Utrecht Journal of International and European Law*, 33(85), 2017, pp. 128-134. Recuperado de <http://doi.org/10.5334/ujiel.422>

Ritchie, N., & Egeland, K. (2018). The diplomacy of resistance: power, hegemony and nuclear disarmament. *Global Change, Peace & Security*, 30(2), pp. 121-141. Recuperado de <https://doi.org/10.1080/14781158.2018.1467393>

Schultz, T., & Ost, F. (2018). Shakespearean legal thought in international dispute settlement. *Journal of International Dispute Settlement*, 9(1), pp. 1-27. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/jnlids/idx021>

Zamir, N. (2017). The applicability of the Monetary Gold principle in international arbitration. *Arbitration International*, 33(4), pp. 523-538. Recuperado de <https://doi.org/10.1093/arbint/aix013>

Los supuestos de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales

Fabián Novak

Sumilla

Este artículo tiene por objeto analizar específicamente los supuestos de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales por la comisión de hechos ilícitos contemplados en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de 2011, de forma tal que sea posible conocer los casos concretos en que una organización estará obligada a reparar la conducta ilícita internacional cometida. Si bien se trata de una materia nueva y respecto de la cual la jurisprudencia se encuentra en formación, consideramos que existe suficiente base doctrinaria y casuística para establecer la situación en que se encuentra esta materia en el derecho internacional actual.

1. Introducción

El derecho internacional actual reconoce la posible responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales (OI), tanto si incumplen una obligación internacional y, por tanto, cometen una conducta ilícita, como si provocan daños transfronterizos derivados de actividades lícitas (Novak & García-Corrochano, 2018, p. 50).

Sobre el primer tipo de responsabilidad, si bien durante mucho tiempo este pudo haber sido una preocupación más abstracta que real, la proliferación y el aumento de la autonomía de las organizaciones desde la Segunda Guerra Mundial ha incrementado la preocupación sobre el potencial abuso de esta autonomía. Este ha sido particularmente el caso relacionado con el crecimiento del número de operaciones de paz de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que actúan en territorios donde las estructuras de gobernanza se han roto, o en relación con el Consejo de Seguridad de la ONU, que ejerce poderes que van más allá de los que cualquier Estado posee actuando de manera unilateral. Ello resulta particularmente alarmante teniendo en cuenta la falta de supervisión judicial final en el sistema de Naciones Unidas (Collins & White, 2013, p. 128).

Ya en el siglo XXI, esta preocupación impulsó a la Asamblea General de la ONU a adoptar la Resolución 56/82 de 2001, encargándole a la Comisión de Derecho Internacional (CDI) trabajar el tema; así la responsabilidad internacional de las or-

ganizaciones internacionales por actos ilícitos se incluyó en el programa de trabajo de la CDI en mayo de 2002, y a lo largo de ocho años fue objeto de ocho informes elaborados por el relator especial Giorgio Gaja, quien finalmente culminaría un proyecto definitivo de 67 artículos que sería aprobado por la CDI en segunda lectura en 2011.

Este proyecto parte de muchos conceptos y posiciones adoptadas por la CDI en el Proyecto de Responsabilidad Internacional de los Estados por Hechos Ilícitos de 2001 (Amerasinghe, 2012, pp. 2931 y ss.), tales como los elementos objetivo y subjetivo del hecho ilícito (artículo 4); las causales de exclusión del hecho ilícito como el consentimiento, las contramedidas, la legítima defensa, el peligro extremo, el estado de necesidad y la fuerza mayor (artículos 20-25); las modalidades de reparación, como la indemnización, la restitución y la satisfacción (artículos 34-38); así como las obligaciones complementarias consistentes en el cese del hecho ilícito y las garantías de no repetición (artículos 29 y 30). También se repiten las disposiciones del proyecto de 2001, relativas a violaciones graves de obligaciones derivadas de normas imperativas (artículos 41 y 42).

No obstante, adopta también disposiciones particulares en relación con el proyecto de 2001, por la especial y distinta naturaleza de las organizaciones internacionales. Este es el caso de las normas internas de la organización cuyo incumplimiento puede conllevar, en algunos casos, la violación de normas internacionales (artículo 10); se elimina la responsabilidad por ejercer atribuciones de poder público (tal como lo contempla el artículo 5 del proyecto de 2001), en tanto las organizaciones internacionales no poseen tales atributos, razón por la cual deben ser responsables solo por actos de órganos o funcionarios que ejerzan competencias de la organización; también se eliminan referencias a la responsabilidad por actos de grupos insurrectos (señalada en el artículo 10 del proyecto de 2001), dado que las organizaciones internacionales carecen de base territorial. Sin embargo, sobre esto último, la CDI reconoce en sus comentarios que podrían surgir en el futuro casos como los ocurridos en el pasado con Namibia y Kosovo, es decir, territorios administrados por organizaciones internacionales de manera temporal, y señala que en tal supuesto deberá aplicarse por analogía el mismo razonamiento y solución contemplada en el proyecto de 2001. Por último, en relación con el estado de necesidad como causal de exclusión, la CDI la contempla (artículo 25) solo para salvaguardar un interés esencial de sus Estados miembros o de la comunidad internacional (Möldner, 2012, p. 305), criticándose que no se admita para la defensa de un interés esencial propio de la organización, como podría ser evitar su propia desaparición (Gallo, 2014, pp. 3-29).

En ese marco, el objeto de este artículo consiste en analizar específicamente los supuestos de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales por la comisión de hechos ilícitos contemplados en el proyecto de la CDI de 2011, de forma tal que se puedan conocer los casos concretos en los que una organización estará obligada a reparar la conducta ilícita internacional cometida. Si bien se trata de una materia nueva y respecto de la cual la jurisprudencia se encuentra en formación, consideramos que existe suficiente base doctrinaria y casuística para establecer la situación en que se halla esta materia en el derecho internacional actual.

2. Los supuestos de responsabilidad

El proyecto de la CDI de 2011 contempla seis supuestos de responsabilidad de las organizaciones internacionales.

2.1. Agentes u órganos en ejercicio de su función

Respecto de este primer supuesto de responsabilidad de las organizaciones internacionales, los artículos 4 y 6 del proyecto de la CDI establecen lo siguiente:

Se presenta un hecho internacionalmente ilícito de una organización internacional cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) es atribuible a esa organización según el derecho internacional, y
- b) constituye una violación de una obligación internacional de esa organización.

1. El comportamiento de un órgano o de un agente de una organización internacional en el ejercicio de sus funciones se considerará hecho de esa organización según el derecho internacional, cualquiera que sea la posición del órgano o el agente en relación con la organización.

2. Las reglas de la organización se aplicarán para determinar las funciones de sus órganos y agentes.

La responsabilidad de las organizaciones internacionales por actos de sus órganos o agentes en el ejercicio de sus funciones (lo que se conoce como «hecho ilícito propio») ha sido reiteradamente señalada por la Corte Internacional de Justicia en diversos casos, como en el Asunto de la controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, en el que estipuló:

[...] la Corte desea subrayar que la cuestión de la inmunidad de jurisdicción es distinta de la de la reparación de cualquier daño sufrido como resultado de actos realizados por las Naciones Unidas o por sus agentes en el desempeño de sus funciones oficiales.

Las Naciones Unidas pueden ser obligadas a asumir la responsabilidad por las consecuencias perjudiciales dimanantes de tales actos. (CIJ, 1999, p. 62)

Para que se configure este supuesto de responsabilidad será necesario que el órgano o agente haya incumplido una obligación internacional a la que la organización se encuentre sujeta, no requiriéndose como requisito la existencia de un daño o perjuicio. Y es que, como señaló la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre la Interpretación del acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, las organizaciones internacionales deben «cumplir todas las obligaciones que [les] impongan las normas generales de derecho internacional, su instrumento constitutivo o los acuerdos internacionales en que sean partes» (CIJ, 1980, p. 73). En consecuencia, si la obligación adquirida y vigente se incumple, nace la responsabilidad internacional de la organización.

Además, el órgano o agente deberá encontrarse en ejercicio de sus funciones cuando cometió el ilícito, para lo cual habrá que tener en cuenta las reglas de la organización; en consecuencia, no habrá responsabilidad de la organización si el órgano o agente actúa a título particular. En todo caso, será irrelevante la posición del órgano o agente al interior de la organización.

Vinculado al punto anterior, cuando se alude a agentes u órganos, ambos términos deben ser entendidos en sentido amplio, es decir, puede tratarse de cualquier persona, sea o no funcionario, que ejerza alguna función, misión o encargo de la organización. Así, en su opinión consultiva sobre la Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas, la Corte Internacional dijo:

La Corte entiende el término «agente» en el sentido más amplio, es decir, cualquier persona, sea o no funcionario remunerado y tenga o no un contrato permanente, a la que un órgano de la Organización ha encomendado que ejerza, o que ayude a ejercer, una de sus funciones; en resumen, toda persona por medio de la cual la Organización actúa. (CIJ, 1949, p. 177)

Posteriormente, en la opinión consultiva sobre la Aplicabilidad de la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunities de las Naciones Unidas, la Corte confirmó esta postura, al señalar que: «En la práctica, de conformidad con la información facilitada por el Secretario General, las Naciones Unidas han tenido ocasión de encomendar misiones, cada vez de naturaleza más diversa, a personas que no tienen la condición de funcionario de la Organización» (CIJ, 1989, p. 177).

Por otro lado, el proyecto de 2011 claramente establece que una organización internacional será responsable por los hechos ilícitos cometidos por sus agentes durante el cumplimiento de su función en el territorio de algún Estado miembro. La disposición se justifica en la medida en que, al carecer las organizaciones de base territorial, sus acciones ilícitas siempre las ejercerán necesariamente en el territorio de un Estado (Pons Rafols, 1995, p. 94).

Encontramos una aplicación práctica temprana de este tipo de responsabilidad luego de la Primera Guerra Mundial. En efecto, el territorio de la Alta Silesia se mantuvo por mandato del artículo 88 del Tratado de Versalles bajo administración internacional hasta que se celebrara un plebiscito que decidiría si este territorio se incorporaba a Alemania o a Polonia. La administración la llevaba a cabo una comisión internacional con personería jurídica internacional. Durante la ocupación aliada se produjeron una serie de altercados con la población local, resultando muerto en uno de ellos el comandante francés Bernard Montalègre, quien ejercía funciones orientadas a mantener el orden interno. La comisión admitió su responsabilidad y pagó una indemnización como reparación. Aquí se dijo (Abellán Honrubia, 1993, p. 280):

Este asunto [la muerte del comandante Montalègre] no desencadena la responsabilidad de un Gobierno respecto de una organización internacional, puesto que es precisamente esta Organización la que desempeñaba provisionalmente las fun-

ciones gubernamentales y a la que incumbía, en consecuencia, la responsabilidad. Con mayor razón ya que una responsabilidad de este género se fundamenta en los poderes de policía detentados por la Comisión —esta fue la tesis a la que se ciñó el Ministro de Asuntos Exteriores francés en una carta al Presidente de la Comisión, de 25 de julio de 1921—, la solución adoptada en este asunto apoyaba la convicción del Gobierno francés, compartida por la Comisión, de que existen unas obligaciones *especiales* para la autoridad que ejerce la competencia territorial, respecto de los agentes de una Organización Internacional en el ejercicio de sus funciones.

Más tarde, este supuesto de responsabilidad ha surgido particularmente en el caso de las fuerzas armadas que participan en operaciones «controladas» por la ONU. En tales casos las Naciones Unidas han aceptado la responsabilidad por cualquier acto ilegal que pueda haber sido cometido por fuerzas armadas pertenecientes a Estados miembros actuando bajo la tutela de la organización. Como señala la CDI:

Las Naciones Unidas dan por supuesto que, en principio, tienen el control exclusivo del despliegue de los contingentes nacionales de una fuerza de mantenimiento de la paz. Este supuesto llevó al Asesor Jurídico de las Naciones Unidas a declarar: «El hecho de una fuerza de mantenimiento de la paz, órgano subsidiario de las Naciones Unidas, es, en principio, imputable a la Organización, y si se comete en violación de una obligación internacional, entraña la responsabilidad internacional de la Organización y su obligación de indemnizar». (2011, p. 64)

Aquí, la atribución de los actos de las fuerzas de la ONU es posible cuando los contingentes o grupos nacionales se convierten en órganos de las Naciones Unidas por estar bajo la autoridad de la Organización o de un comandante designado que sigue órdenes de esta y en circunstancias en las que los Estados han cedido su jurisdicción orgánica sobre ellos (Amerasinghe, 2013, p. 73).

Este fue el caso de la Fuerza de Emergencia de las Naciones Unidas (FENU) establecida en los años 1950, donde la compensación a los dependientes de ciudadanos egipcios asesinados accidentalmente por miembros de la FENU fue pagada por las Naciones Unidas y no por el gobierno del Estado que proporcionó el contingente en cuestión (Amerasinghe, 2013, p. 74; Shraga, 2013, p. 202).

También fue el caso de los asesinatos, requisas ilegales, etcétera, llevados adelante por miembros de las Naciones Unidas contra súbditos belgas en el Congo. Aquí el Consejo de Seguridad había aprobado, el 14 de julio de 1960, la Resolución 143, dirigida a prestar asistencia técnica y militar al gobierno del Congo belga (Zaire), lo que dio lugar a la creación de la Operación de las Naciones Unidas en el Congo (ONUC), cuyas actividades se prolongaron hasta el 30 de junio de 1964. En ese período se involucró en el conflicto interno con dos ofensivas que pusieron fin a la secesión en Katanga, lo que motivó que se atribuyeran los actos delictivos referidos a la organización. Esto dio lugar a un arreglo amistoso suscrito el 20 de febrero de 1965 entre Bélgica y la referida organización. Asimismo, provocó el acuerdo entre

Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), relativo a la compensación por la muerte del delegado Olivert y otros miembros de la Cruz Roja en el curso de las operaciones.

Otro ejemplo se daría en esos mismos años, cuando, mediante acuerdo entre la República de Indonesia y el Reino de los Países Bajos, este último traspasó la administración del territorio de Nueva Guinea Occidental (Irian Occidental) en disputa a una Autoridad Ejecutiva de las Naciones Unidas (AEPNU) instituida por el secretario general y bajo su mando, traspaso que se produjo el 30 de septiembre de 1962. El administrador designado por Naciones Unidas ejercería autoridad plena bajo la dirección del secretario general. En octubre de 1962 hubo un enfrentamiento entre miembros del Cuerpo de Voluntarios Papúes y oficiales del contingente indonesio en Irian Occidental, que dejó varios heridos y un teniente coronel indonesio muerto. El problema se zanjó con el pago de una indemnización por la AEPNU (Abellán Honrubia, 1993, p. 281).

Un caso más reciente debió materializarse por el brote del cólera en Haití a propósito de la Misión de Estabilización de la ONU en Haití (MINUSTAH). En efecto, el 22 de octubre de 2010, el Laboratorio Nacional de Salud Pública de Haití confirmó el primer caso de cólera en casi un siglo. Desde entonces, más de 700 000 personas han sido infectadas y más de 8500 han muerto de ese mal. A los 10 días del primer caso confirmado, los Centros para el Control de Enfermedades de Estados Unidos identificaron la cepa de bacterias que causó el brote como «similar a una cepa de cólera encontrada en el sur de Asia». El 6 de enero de 2011, el entonces secretario general de las Naciones Unidas, Ban Ki-moon, nombró un panel independiente para investigar la fuente del brote de cólera. El panel encontró que las condiciones de saneamiento en el campamento de MINUSTAH de Mirebalais eran insuficientes para prevenir la contaminación del río Artibonite. Señaló también que la evidencia respaldaba de manera contundente la conclusión de que el brote de cólera en Haití se debió a la contaminación del río Artibonite con una cepa patógena del tipo actual *Vibrio cholerae* del sur de Asia como resultado de la actividad humana. Frente a ello, el Instituto para la Justicia y la Democracia (IJDH) con sede en Boston y diversas ONG haitianas argumentaron que la ONU había violado sus obligaciones legales internacionales. Los peticionarios argumentaron que la Organización actuó «de forma negligente, imprudente y con deliberada indiferencia por la salud y la vida de los peticionarios», y que las acciones y omisiones de la ONU relacionadas con la introducción del cólera violaron varias obligaciones internacionales. Los peticionarios alegaron que la ONU violó el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas (SOFA) entre la ONU y Haití, el cual exigía a la ONU respetar la ley haitiana. También argumentaron que la ONU no cumplió con los principios ambientales internacionales y violó los derechos fundamentales de los peticionarios. De manera separada, los solicitantes sostuvieron que la ONU tenía la obligación de proporcionar una indemnización en virtud del derecho de los tratados, el derecho internacional consuetudinario y los artículos de responsabilidad de la OI. No obstante, luego de 15 meses, el 21 de febrero de 2013, el secretario general de la ONU informó al presidente haitiano Michel Martelly que la Organización rechazaba el reclamo haitiano, lo que recibió una cobertura periodística extensa y uniformemente crítica. Esta reacción adversa de la

opinión pública llevó finalmente a la ONU a adoptar algunas medidas para abordar el cólera en Haití (Daugirdas, 2014, pp. 1001-1007).

Por otra parte, en otros casos voluntariamente se ha acordado que la responsabilidad será asumida no por la organización sino por el Estado donde se desarrollaron las actividades. Este fue el caso del Acuerdo celebrado por Naciones Unidas y Australia en 1968, sobre prestación de asistencia técnica al territorio de Papúa y al de Nueva Guinea. Así se acordó que Australia: «[...] asumirá la responsabilidad por cualquier reclamación que por actividades que se realicen en los territorios conforme al presente Acuerdo formulen terceros contra las Organizaciones, conjunta o separadamente, y sus expertos, agentes o empleados [...]».

La propia CDI reconoce la validez de estos acuerdos, pero a la vez hace una precisión muy pertinente:

Sea como fuere, este tipo de acuerdo no es concluyente, ya que solo regula las relaciones entre el Estado o la organización que aportan una contribución y la organización que la recibe y, por consiguiente, no puede tener por efecto privar a un tercero de cualquier derecho que le asista frente al Estado o la organización responsable en virtud de las normas generales. (2011, p. 64)

2.2. Agentes puestos a disposición de otra organización

Respecto de este segundo supuesto de responsabilidad de las organizaciones internacionales, el artículo 7 del proyecto de la CDI establece lo siguiente:

El comportamiento de un órgano de un Estado o de un órgano o un agente de una organización internacional que hayan sido puestos a disposición de otra organización internacional se considerará un hecho de esta última organización según el derecho internacional si esta ejerce un control efectivo sobre ese comportamiento.

Para comprender este artículo, debemos diferenciarlo del supuesto del artículo 6 antes comentado. En efecto, el supuesto del artículo 7 es diferente, pues se refiere al caso en que el órgano o agente adscrito sigue actuando como órgano del Estado que lo adscribe o como órgano o agente de la organización que lo adscribe, por lo cual los actos ilícitos internacionales cometidos por este le son atribuibles al Estado u organización que realizó la puesta a disposición.

En estos casos, por tanto, como señala la CDI, la cuestión decisiva es quién tiene el «control efectivo» del órgano o agente que comete el ilícito, pues a él corresponderá la atribución de responsabilidad (2011, p. 65).

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los Casos Behrami v. Francia y Saramanti v. Francia, Alemania y Noruega (2007) llevó adelante una interpretación respecto del término «control efectivo», que si bien ha sido seguida por otros tribunales, no ha estado exenta de duras críticas. El Tribunal de Estrasburgo analizó la actuación de la Misión de Administración Provisional de las Naciones Unidas en Kosovo y la Fuerza de Kosovo y, si bien basó su evaluación en el criterio

del control efectivo, introdujo para muchos una nueva prueba para la atribución de conducta, a saber, la prueba de autoridad y control definitivos; esto es, según este Tribunal la ONU era responsable de las acciones y omisiones de los contingentes militares de la organización, basándose en la interpretación efectuada por la CIJ de la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad de la ONU, según la cual la intención de este órgano era mantener su autoridad y control definitivos sobre la misión de seguridad de la KFOR, aunque en la práctica la ONU no emitió instrucciones sobre operaciones específicas ni hizo cumplir esas operaciones, ya que estas decisiones fueron dejadas al comando nacional. Para Gerlich, esta interpretación no es correcta, pues antepone lo dicho en la resolución a la realidad de los hechos. Según esta autora, el control efectivo sobre una conducta debe asignarse más bien a la entidad que sea competente para emitir órdenes en la acción misma que genera la infracción, es decir, lo que debe importar es el «control fáctico sobre la conducta específica». Como lo explicó la CIJ en el Caso Nicaragua v. Estados Unidos, la prueba de control efectivo requiere que una entidad dirija o haga cumplir la comisión de actos contrarios al derecho internacional; por lo tanto, la prueba debe estar vinculada directamente al mando operacional ejercido sobre la conducta específicamente impugnada (Gerlich, 2013, pp. 29-31).

En consecuencia, cuando los grupos nacionales son órganos de un Estado miembro y se encuentran, plenamente, bajo la jurisdicción de este, incluso si actuaran en cumplimiento de una decisión de las Naciones Unidas, esta no puede ser responsable por los actos del grupo, como lo fue en el caso de Corea en 1950. Asimismo, la ONU no ha asumido responsabilidad en casos en los que los actos no estuvieron bajo su autoridad, como los que fueron cometidos por aeronaves empleadas por los Estados que proporcionaron fuerzas o grupos en el Congo a principios de los años 1960. De esta manera, también los actos de los mercenarios katangeses de las tropas del ejército nacional congoleño y de los balubeses, que no eran miembros de las fuerzas de la ONU, fueron excluidos del alcance de la responsabilidad de la ONU (Amerasinghe, 2013, p. 74).

Mucho más tarde, en 1994, la comisión de investigación creada para hacer indagaciones acerca de los ataques armados contra el personal de la Operación de las Naciones Unidas en Somalia II (ONUSOM II) asumió idéntico criterio al afirmar:

El comandante de la Fuerza de la ONUSOM II no tenía un control efectivo sobre los distintos contingentes nacionales que, en grado diverso, seguían pidiendo órdenes a sus autoridades nacionales antes de ejecutar las que recibían del mando de la Fuerza. Muchas operaciones importantes emprendidas bajo la bandera de las Naciones Unidas y en el contexto del mandato de la ONUSOM escapaban totalmente al mando y control de las Naciones Unidas, aun cuando tenían repercusiones cruciales en la labor de la ONUSOM y en la seguridad de su persona. (CDI, 2011, p. 65)

Varios años después, en la sentencia de 8 de diciembre de 2010, una posición similar fue adoptada por un Tribunal de Primera Instancia de Bélgica. Un examen objetivo de la decisión del comandante del contingente belga de la Misión de Asistencia de las

Naciones Unidas en Ruanda (UNAMIR), de retirar el contingente belga del campo de Kigali y abandonar el campo de refugiados en 1994 (Caso Mukeshimana-Ngulinzira), condujo al tribunal citado a concluir que las conductas en cuestión estaban sujetas al control efectivo del Estado que aportó las tropas, lo que determinaba la responsabilidad de Bélgica, y no de las Naciones Unidas (Shraga, 2013, pp. 204-205).

De igual forma, en el Caso Al-Jedda la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó, en su sentencia de 7 de julio de 2011, que la detención del señor Hilal Abdul-Razzaq Ali Al-Jedda por las fuerzas armadas británicas que operaban como parte de la Fuerza Multinacional de la ONU en Irak (MNF) no podía atribuirse a dicha organización después de, entre otras cosas, analizar las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que autorizaron la fuerza multinacional en 2003, de la cual el Reino Unido era parte. El Tribunal consideró que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no tenía control efectivo ni autoridad y control definitivos sobre los actos y omisiones de las tropas dentro de la Fuerza Multinacional y que, por lo tanto, la detención de Al-Jedda no era atribuible a esta organización universal sino al Estado demandado (Sari, 2016, pp. 337-341).

Lo mismo ocurrió en los casos de Nuhanović y Mustafić, en los que se determinó la responsabilidad legal de los Países Bajos por los actos cometidos por un batallón de soldados holandeses (Dutchbat) puestos a disposición de las Naciones Unidas para participar en una misión de mantenimiento de la paz en la ex Yugoslavia (UNPROFOR). Parte de la estrategia de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz consistió en crear las llamadas «áreas seguras», esto es, enclaves de paz donde los civiles podrían esconderse de la guerra. Srebrenica se convirtió en una «zona segura» en abril de 1993. Desafortunadamente, el personal de mantenimiento de la paz holandés no pudo evitar la caída de Srebrenica en manos del Ejército bosnio-serbio en julio de 1995. Miles de musulmanes que se escondían en la «zona segura» fueron asesinados por los serbios de Bosnia casi tan pronto como los pacificadores holandeses evacuaron la zona. Al intérprete Hasan Nuhanović se le permitió irse con los soldados de Dutchbat; sin embargo, se negaron a llevar a sus familiares, quienes básicamente fueron entregados al Ejército de Bosnia y Serbia; concretamente, el hermano y el padre de Hasan fueron asesinados junto con miles de otros musulmanes de Bosnia. Nuhanović solicitó al Tribunal Supremo holandés que declarara que Holanda había cometido un acto ilícito por la negativa de Dutchbat a llevarse a sus familiares; este rechazo finalmente condujo a su muerte, y la Dutchbat sabía o debería haber sabido esto. Al respecto, en septiembre de 2013 el Tribunal Supremo de los Países Bajos señaló que, según el derecho internacional, la evaluación de una situación de riesgo no corresponde solamente a las Naciones Unidas, que dirigían la misión de paz, sino también al Estado, que tenía un control efectivo sobre la actuación de los soldados holandeses. En ese sentido, el Tribunal concluyó que el Estado holandés tenía el «control efectivo» sobre la actuación de la misión de paz de las Naciones Unidas en Bosnia, por lo que la responsabilidad en las decisiones no podía ser atribuida solo a la ONU (Spikers, 2016, pp. 343-349).

Finalmente, es preciso señalar que resulta perfectamente posible una concurrencia de responsabilidades si se establece un «doble control», esto es, tanto de la

organización como de parte del Estado, como parecería ser el caso de los daños causados por las tropas británicas que formaron la Fuerza de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz en Chipre (UNFICYP), establecida en 1964 por las Naciones Unidas para ayudar a restaurar la paz en dicho país (Amerasinghe, 2013, p. 75). Esta posibilidad también fue admitida más tarde, en septiembre de 2013, por el Tribunal Supremo de los Países Bajos en los casos de Nuhanović y Mustafić al señalar que dos entidades (un Estado y una organización internacional) pueden ejercer el control efectivo al mismo tiempo y con referencia a la misma conducta, por lo que puede producirse una atribución múltiple de responsabilidad (Messineo, 2014, pp. 95-97). Incluso, para algunos autores la aplicación de la responsabilidad exclusiva de las organizaciones internacionales se limitará a los casos en los que se han producido verdaderas transferencias de órganos, lo que rara vez ocurre en el contexto de las operaciones militares bajo los auspicios de la ONU. En consecuencia, cuando las transferencias estén incompletas o sean solo de papel, se producirá una atribución de responsabilidad múltiple (Messineo, 2014, pp. 95-97).

2.3. Agentes u órganos actuando *ultra vires*

Tratándose de este tercer supuesto de responsabilidad, el artículo 8 del proyecto de la CDI establece lo siguiente:

El comportamiento de un órgano o un agente de una organización internacional se considerará un hecho de esa organización según el derecho internacional si tal órgano o agente actúa a título oficial en el marco de las funciones generales de la organización, aunque ese comportamiento exceda de la competencia del órgano o agente o contravenga sus instrucciones.

Con relación a la responsabilidad de la organización por una actuación *ultra vires* de uno de sus agentes (que excedan su competencia o contravengan órdenes) (Daillier & Pellet, 2002, p. 745), la Corte Internacional de Justicia admitió tal posibilidad en su Opinión Consultiva sobre ciertos gastos de las Naciones Unidas, en la que declaró:

Si se admite que la acción de que se trata entra dentro del ámbito de las funciones de la Organización pero se alega que ha sido iniciada o ejecutada de un modo no conforme a la separación de funciones entre los distintos órganos, establecida en la Carta, se produce un desplazamiento hacia el plano interno, hacia la estructura interna de la Organización. Si la acción fue decidida por un órgano que no era competente para ello, se trataría de una irregularidad desde el punto de vista de esa estructura interna, pero eso no supondría necesariamente que los gastos en que se hubiera incurrido no fueran gastos de la Organización. Tanto el derecho nacional como el derecho internacional prevén casos en los que una persona jurídica o una entidad política pueden quedar obligadas frente a terceros por el acto *ultra vires* de uno de sus agentes. (CIJ, 1962, p. 151)

Posteriormente, la Corte confirmó lo antes dicho en su opinión consultiva acerca de la Controversia relacionada con la inmunidad judicial de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, donde señaló: «[...] huelga decir que todos los agentes de las Naciones Unidas, sea cual fuere la capacidad oficial en que actúen, deben procurar no extralimitarse en el ejercicio de sus funciones y comportarse de modo que eviten cualquier demanda dirigida contra la Organización» (CIJ, 1999, p. 89).

También se discutió este tema en el Caso Tadic ante el Tribunal Penal de la ex Yugoslavia. Aquí, como explica Querejazu:

[...] se cuestionaron los poderes del CS para crear un tribunal encargado de conocer y sancionar por los crímenes cometidos en la antigua Yugoslavia. Según el defensor de Tadic, se trataba de un caso evidente de *ultra vires*, pues la competencia del CS tiene que ver con las amenazas contra la paz y la seguridad, pero no con temas relacionados con crímenes de guerra y lesa humanidad, por lo que la misma existencia del tribunal era cuestionable. Al momento de pronunciarse sobre la excepción preliminar la Cámara de Apelaciones del Tribunal concluyó que el poder de definir una amenaza contra la paz y la seguridad internacional conferido por la Carta es un poder muy amplio, limitado únicamente por los principios y propósitos de la organización; además, las medidas permitidas por la Carta no son taxativas, por lo que el CS no habría actuado de manera *ultra vires*. (2013, p. 22)

La razón de la atribución de responsabilidad a la organización internacional obedece a que para los terceros la actuación del agente u órgano de dicha organización guarda relación con su función oficial, pero también a que si tal responsabilidad no se atribuyera a esta, la parte lesionada quedaría privada de reparación (Gerlich, 2013, p.28).

Por otro lado, se debe precisar que el supuesto del artículo se cumple tanto si el órgano o agente excede la competencia específica que le fue asignada como si excede las competencias generales de la organización. En otras palabras, el término *ultra vires* cubre dos situaciones: una conducta *ultra vires* que está dentro de la competencia de una organización, pero que excede la autoridad de un órgano o agente actuante; y una conducta que excede la competencia de una organización, que en este sentido también significa actuar más allá del alcance de la autoridad de un órgano o de un agente que la realizó (Gerlich, 2013, p. 27).

Por último, resulta fundamental para la atribución de responsabilidad que el órgano o agente actúe a título oficial en el marco de las funciones generales de la organización. Para respaldar lo dicho, la CDI cita un informe elaborado por la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas en relación con ciertas reclamaciones por actos realizados por fuerzas de mantenimiento de paz cuando no estaban en servicio. Señala el informe:

La política de las Naciones Unidas en materia de actos efectuados fuera de servicio por los miembros de las fuerzas de mantenimiento de la paz es que la Organización no asume ninguna responsabilidad jurídica o financiera en caso de

fallecimiento, lesiones o daños derivados de dichos actos [...]. Estimamos que el factor principal para determinar una situación «fuera de servicio» consiste en saber si el miembro de una misión de mantenimiento de la paz estaba actuando en capacidad no oficial/no operacional cuando ocurrió el incidente y no el hecho de que dicha persona estuviera vestida de militar o llevara ropa civil en el momento del incidente o el hecho de que el incidente ocurriera dentro o fuera de la zona de operaciones [...]. Por lo que se refiere a la responsabilidad jurídica y financiera de las Naciones Unidas, un miembro de la Fuerza que se halle en estado de alerta puede perfectamente bien estar en situación de fuera de servicio si actúa independientemente a título individual [...].

[...] Queremos hacer constar que [...] las circunstancias fácticas de cada caso varían y que, por lo tanto, una determinación de si un miembro de una misión de mantenimiento de la paz se halla en situación de servicio o de fuera de servicio puede depender parcialmente de los factores particulares del caso, habida cuenta de la opinión del Comandante de la Fuerza o del Jefe de Estado Mayor. (CDI, 2011, p. 69)

2.4. Reconocimiento de comportamiento como propio

Sobre el cuarto supuesto de responsabilidad de las organizaciones internacionales, se debe citar el artículo 9 del Proyecto de la CDI: «El comportamiento que no sea atribuible a una organización internacional en virtud de los artículos 6 a 8 se considerará, no obstante, hecho de esa organización según el derecho internacional, en el caso y en la medida en que la organización reconozca y adopte ese comportamiento como propio».

Al respecto, se debe señalar que en este supuesto de responsabilidad habrá que tener especialmente en cuenta las reglas de la organización para efectos de establecer la competencia del órgano que efectúe el reconocimiento y adopción de la conducta ilícita por parte de la organización. Tratándose de asumir la responsabilidad por un hecho ilícito, la lista de órganos o autoridades competentes debe ser sin duda reducida.

Por otro lado, la declaración de reconocimiento y adopción de la conducta ilícita, al ser un acto unilateral, deberá ser interpretada con cautela (Gerlich, 2013, p. 29), de forma tal que la atribución de responsabilidad sea indubitable.

La CDI señala un buen ejemplo de aplicación de este artículo —aunque en su criterio es dudoso—, cuando la Comunidad Europea, en el informe oral presentado ante un grupo especial de la OMC en el Asunto Comunidades Europeas – Clasificación aduanera de determinado equipo informático, declaró que estaba: «dispuesta a asumir plenamente la responsabilidad internacional por todas las medidas adoptadas en materia de concesiones arancelarias, con independencia de que la medida objeto de la denuncia se haya tomado a nivel de la CE o a nivel de los Estados miembros» (CDI, 2011, p. 69).

También este supuesto fue analizado por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia en el Asunto Nikolić, aunque concluyó que aquí no existió reconocimiento y adopción de la conducta ilícita perpetrada

(detención de Nikolić) por parte de la Fuerza de Estabilización (SFOR) (CDI, 2011, pp. 78-79).

2.5. Hechos ilícitos de terceros

Sobre el quinto supuesto de responsabilidad de las organizaciones internacionales, resultan pertinentes los artículos 14 a 16 del Proyecto de la CDI:

La organización internacional que presta ayuda o asistencia a un Estado o a otra organización internacional en la comisión por ese Estado o por esta última organización de un hecho internacionalmente ilícito es responsable internacionalmente por prestar ayuda o asistencia si:

- a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito, y
- b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que presta la ayuda o asistencia.

La organización internacional que dirige y controla a un Estado o a otra organización internacional en la comisión por ese Estado o por esta última organización de un hecho internacionalmente ilícito es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) lo hace conociendo las circunstancias del hecho internacionalmente ilícito, y
- b) el hecho sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por la organización que dirige y controla.

La organización internacional que coacciona a un Estado o a otra organización internacional para que cometan un hecho es internacionalmente responsable por este hecho si:

- a) el hecho, de no mediar coacción, constituiría un hecho internacionalmente ilícito del Estado o la organización internacional coaccionados, y
- b) la organización internacional que ejerce la coacción actúa conociendo las circunstancias del hecho.

Como se puede apreciar, el proyecto de la CDI de 2011 establece que la responsabilidad de la organización internacional también podrá configurarse por ayudar o asistir, dirigir y controlar o coaccionar a otro Estado u organización en la comisión de un ilícito (lo que se conoce como «hechos ilícitos de terceros»).

En el primer caso (ayuda o asistencia), el artículo 14 exige dos requisitos. El primero, que la organización que presta el apoyo conozca las circunstancias del hecho ilícito, es decir, que si no está al tanto sobre cómo la otra organización o Estado se propone utilizar su ayuda, no incurrirá en responsabilidad internacional. El segundo requisito es que la obligación violada que genera la responsabilidad internacional sea también vinculante para la organización que presta la ayuda o el apoyo.

Un documento preparado el 12 de octubre de 2009 por el asesor jurídico de las Naciones Unidas proporciona un ejemplo de una práctica de asistencia a una orga-

nización internacional. Este texto se refería al apoyo brindado por la Misión de las Naciones Unidas en la República Democrática del Congo (MONUC) a las Fuerzas Armadas de la República Democrática del Congo (FARDC), y al riesgo de que esas fuerzas cometieran violaciones del derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de los refugiados. De acuerdo con el asesor legal:

Si la MONUC tiene razones para creer que las unidades de las FARDC que participan en una operación están violando alguna parte de este cuerpo legal y, a pesar de su intercesión con las FARDC y el Gobierno de la República Democrática del Congo, la MONUC tiene razones para creer que tales violaciones continúan siendo cometidas, no puede, legalmente, continuar apoyando esta operación, sino que debe cesar cualquier participación en ella. [...] La MONUC no puede proporcionar legalmente ningún apoyo logístico a una operación de las FARDC si tiene motivos para creer que las unidades de las FARDC que participan en ella están violando alguna parte de este cuerpo legal. [...] Este es un resultado directo de las obligaciones del derecho internacional consuetudinario y la Carta sobre la Organización para defender, promover y fomentar el respeto de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho de los refugiados. (CDI, 2011, p. 74)

Por ello, en su resolución 1906, de 2009, el Consejo de Seguridad pidió a la MONUC «interceder con el comando FARDC si se sospechaba que los elementos de una unidad FARDC, que recibían apoyo de la MONUC, habían cometido graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y que si la situación persistía, retiraran el apoyo de estas unidades de las FARDC» (Shraga, 2013, p. 206).

Respecto del segundo caso (dirección o control), se exigen los mismos dos requisitos que en el artículo 14, por lo cual los comentarios ahí formulados son también aplicables a este. Pero un aspecto adicional de importancia se relaciona con lo que debemos entender por control y dirección. Al respecto, la CDI nos recuerda (2011, p. 75): «[...] el término “controla” se refiere a los casos de dominación sobre la comisión de un hecho ilícito y no solamente al ejercicio de supervisión, ni mucho menos a la simple influencia e interés, y el término “dirige” no abarca la simple instigación o sugerencia sino connota más bien una dirección real de tipo efectivo».

Finalmente, en el tercer caso (coacción), de lo que se trata es de que una organización internacional coaccione a otra organización o Estado para cometer un acto que sería ilícito para el coaccionado, y siempre que quien coaccione tenga conocimiento de las circunstancias del hecho. Si bien son escasas, existen decisiones vinculantes y aplicables coactivamente a los miembros dadas por una organización internacional, como es el caso de las Naciones Unidas. En este supuesto no existiría opción del coaccionado de realizar un comportamiento diferente, asemejándose a un caso de fuerza mayor, por lo cual este no respondería, sino la organización.

2.6. Orden o autorización para cometer un hecho ilícito

Finalmente, el sexto caso de responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales se encuentra establecido en el artículo 17 del Proyecto de la CDI, que dispone lo siguiente:

1. Una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si se sustrae al cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales adoptando una decisión que obliga a Estados miembros o a organizaciones internacionales miembros a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por aquella organización.
2. Una organización internacional incurre en responsabilidad internacional si se sustrae al cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales autorizando a Estados miembros o a organizaciones internacionales miembros a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por aquella organización y el hecho en cuestión es cometido en virtud de esa autorización.
3. Los párrafos 1 y 2 se aplican independientemente de que el hecho en cuestión sea internacionalmente ilícito para los Estados miembros o las organizaciones internacionales miembros a los que se dirigió la decisión o la autorización.

De lo anterior se desprende que el proyecto de artículos dispone que la organización internacional será internacionalmente responsable cuando se sustraiga al cumplimiento de una de sus obligaciones internacionales adoptando una decisión que obligue o autorice a Estados u organizaciones internacionales miembros a cometer un hecho que sería internacionalmente ilícito si fuese cometido por ella. La propia CDI lo explica de la siguiente manera:

El hecho de que una organización internacional sea un sujeto de derecho internacional distinto de sus miembros abre la posibilidad de que la organización trate de influir en sus miembros con el objeto de lograr por medio de ellos un resultado que no podría alcanzar lícitamente de una manera directa, y eludir así una de sus obligaciones internacionales.

El término «elusión» denota la intención de la organización internacional de aprovechar la personalidad jurídica independiente de sus miembros para sustraerse al cumplimiento de una obligación internacional. La prueba de la existencia de esa intención dependerá de las circunstancias. (2011, p. 76)

El párrafo 1 del artículo 17 citado refiere el supuesto de que la organización eluda una de sus obligaciones internacionales adoptando una decisión de carácter vinculante para sus miembros —no teniendo estos margen para adoptar una conducta diferente—, que sería ilícita si la realizara la propia organización.

Aquí resultan pertinentes los ejemplos dados por Tzanakopoulos (2013, pp. 364-365). Según este autor, la ONU puede, a través de resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad, crear obligaciones internacionales para sus miembros que pueden, al mismo tiempo, constituir actos ilícitos internacionales, comprometiendo

la responsabilidad internacional de la organización. Así tenemos la «demarcación» de la frontera de Irak-Kuwait por la Resolución 687 (1991) del Consejo de Seguridad que parecía más una imposición, lo que resultaba inapropiado e incompatible con el derecho internacional general. El autor también menciona las medidas tomadas contra Libia en el caso Lockerbie entre 1992 y 1998 (lo que podría considerarse como una violación de la libertad de religión, así como de la obligación de determinar la existencia de una amenaza a la paz); también tenemos las medidas que excluyen la posibilidad de iniciar acciones judiciales contra el personal de mantenimiento de la paz de la ONU ante la Corte Penal Internacional entre 2002 y 2003 (una violación de la obligación de determinar la existencia de una amenaza a la paz); y las sanciones antiterroristas bajo el régimen establecido de conformidad con la Resolución 1267 (1999) del Consejo de Seguridad (una violación del derecho de acceso a un tribunal y del derecho a un recurso efectivo).

De igual forma, resulta interesante citar aquí el Caso Bosphorus. Este se inicia cuando Bosphorus Airways, una aerolínea turca, llevó a Dublín un avión que había alquilado a Yugoslav National Airlines para un servicio. A su llegada, las autoridades irlandesas confiscaron la aeronave sobre la base de un Reglamento de la UE que se basaba en las sanciones impuestas a la República Federativa de Yugoslavia por el Consejo de Seguridad de la ONU. El Reglamento establecía que todas las «aeronaves en las que una persona o empresa en la República Federativa de Yugoslavia (Serbia y Montenegro) posean una participación mayoritaria serán incautadas por las autoridades competentes de los Estados miembros». Después de haber agotado todos los recursos en los tribunales irlandeses, Bosphorus presentó una demanda contra Irlanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) alegando una violación de su derecho a la propiedad garantizado por el artículo 1, Protocolo 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos introdujo entonces en su sentencia de 30 de junio de 2005 la llamada *Bosphorus presumption*, según la cual si un Estado miembro de una organización actuó en cumplimiento de una obligación derivada de su membresía y no tenía ningún margen de discrecionalidad, existe una presunción de que el Estado miembro ha cumplido con sus obligaciones en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos, siempre que la propia organización garantice una protección de los derechos fundamentales equivalente a lo que exige el Convenio. Si es así, la presunción solo puede ser refutada si esta protección fue manifiestamente deficiente (Lock, 2016a, pp. 309-318). Luego, en el Caso Gasparini, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos extendió la misma presunción a la OTAN (Lock, 2016b, pp. 328-330).

El párrafo 2 del artículo 17, en cambio, se refiere no a un mandato, sino a una autorización, por lo cual existe un margen de decisión por parte del Estado o la organización miembro de realizar la conducta. No obstante, la CDI sostiene al respecto:

Cuando un Estado miembro o una organización miembro es autorizado a cometer un hecho, diríase que es libre de no hacer uso de la autorización. Sin embargo, esta libertad puede ser solamente teórica, porque la autorización lleva aparejada frecuentemente la asignación por una organización de determinadas funciones al miembro o miembros de que se trate, para que ejerza esas funciones en lugar

de la organización. Además, cuando da la autorización para cometer un hecho, la organización espera, de ordinario, que se haga algo al respecto. (2011, p. 77)

En todo caso, la organización internacional que expide la orden o autorización sería responsable si solicitara, incluso implícitamente, la comisión de un acto que constituiría una elusión de una de sus obligaciones, pero no sería responsable de ninguna otra violación que pudiera cometer el Estado o la organización internacional a la que se dirige la orden u autorización. En este sentido, sostiene la CDI, la siguiente declaración, que figura en una carta del primer ministro de Ruanda al secretario general de las Naciones Unidas, de fecha 11 de noviembre de 1996, parece correcta:

[...] con respecto a la «Operación Turquesa», aunque «autorizada» por el Consejo de Seguridad, la operación en sí estaba bajo control nacional y no era una operación de Naciones Unidas. Como resultado, las Naciones Unidas no son internacionalmente responsables de actos y omisiones que puedan ser atribuibles a la «Operación Turquesa». (CDI, 2011, p. 77)

3. Reflexión final

Como se puede apreciar, el proyecto de la CDI de 2011 contiene una regulación adecuada y ajustada al derecho internacional actual de los supuestos de responsabilidad de las organizaciones internacionales por la comisión de hechos ilícitos.

Ello no implica, sin embargo, que el proyecto bajo comentario esté exento de críticas. Una primera consiste en la nula referencia al individuo en el texto de la Comisión como posible beneficiario y/o víctima de las acciones y la conducta de las organizaciones internacionales. Otra tiene que ver con la ausencia de mecanismos jurisdiccionales para hacer efectiva esta responsabilidad. En este sentido, se pregunta Proulx: ¿qué recursos poseen los individuos afectados por el hecho ilícito internacional cometido por una organización?, ¿qué foros judiciales o arbitrales existen para que las víctimas puedan reivindicar sus reclamos? (Proulx, 2013, p. 119; Cançado Trindade, 2013, p. 13). Pero incluso los Estados o las organizaciones internacionales afectadas tampoco tienen una vía internacional de reclamo.¹ Así, por ejemplo, según el artículo 34 (1) del Estatuto de la CIJ, solo los Estados pueden ser partes en las disputas sometidas a la jurisdicción de este tribunal. La cuestión de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia en relación con las organizaciones internacionales surgió en los casos de legalidad del uso de la fuerza (2004) presentados por Serbia y Montenegro contra ocho Estados miembros de la OTAN. Los casos se referían a la presunta violación de la prohibición del uso de la fuerza por el bombardeo de la República Federativa de Yugoslavia por parte de esa organización en 1999. Como

¹ Salvo casos específicos donde ello es permitido, como el del sistema de solución de diferencias de la OMC o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (artículo 20 del Estatuto y 305.1.f de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar).

Serbia y Montenegro no pudieron iniciar un procedimiento contra la organización debido a la limitación *ratione personae* del tribunal, decidió interponer una demanda contra sus Estados miembros. El solicitante señaló que los miembros de la OTAN eran «conjunta y solidariamente responsables de las acciones de la organización». Lamentablemente, la CIJ nunca tuvo la oportunidad de responder a la cuestión de la responsabilidad de los Estados miembros de la OTAN, ya que los casos fueron desestimados debido a la falta de la jurisdicción *ratione temporis*. No obstante, esto muestra las implicaciones de la deficiencia del sistema de solución de controversias internacionales en relación con los actos ilícitos de las organizaciones internacionales (Gerlich, 2013, pp. 51-52).

Una tercera crítica que se plantea es que tampoco existe un órgano jurisdiccional que se pronuncie sobre la validez de los actos de las organizaciones, siendo la única alternativa, por el momento, acudir a la CIJ a través de una opinión consultiva (Schermers & Blokker, 2003, pp. 912-914).

Otra observación apunta a un tema diferente, esto es: ¿cuán realista es esperar la implementación de contramedidas contra organizaciones internacionales importantes y poderosas como la ONU? Esto se vuelve particularmente importante a la luz de la Opinión Consultiva de la CIJ relativa a la Sentencia N.º 2867 dictada por el Tribunal Administrativo de la Organización Internacional del Trabajo en relación con la no renovación del contrato de trabajo de un miembro del personal. En esta opinión, la Corte reconoció y lamentó la desigualdad que existía entre la organización internacional en cuestión y el funcionario (Proulx, 2013, p. 119; Collins & White, 2013, p. 128).

Finalmente, se advierte que si solo se responsabiliza a la organización internacional, es posible que se enfrente el problema de los medios financieros insuficientes para cubrir el pago, debido a su dependencia de las contribuciones de los Estados miembros. La preocupación de que la falta de recursos financieros de una organización internacional podría dejar a sus acreedores con las manos vacías se remonta al conocido colapso del International Tin Council (ITC). Precisamente por ello, la CDI decidió incorporar un artículo en el proyecto sobre el papel de los Estados miembros para garantizar el cumplimiento efectivo de la obligación de reparación (Ahlborn, 2011, p. 49). Así, según el artículo 40, inciso 2 del proyecto: «Los miembros de la organización internacional responsable adoptarán todas las medidas apropiadas que las reglas de la organización puedan requerir para que esta pueda cumplir efectivamente las obligaciones que le incumben en virtud del presente capítulo».

Si bien las observaciones formuladas cuentan con pleno sustento y las compartimos, creemos que estas mal pueden atribuirse a una falencia u omisión del proyecto de la CDI, en tanto su solución escapa largamente al propósito de este.

Por tanto, el balance del proyecto es positivo, pues viene a dar certeza respecto a las reglas que deben regir la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales. En efecto, el trabajo de la CDI puede ayudar a aclarar el contenido de las normas de derecho internacional primario que vinculan a las OI, y su invocación por parte de actores transnacionales puede estimular a estas a participar tanto en el discurso sobre sus obligaciones legales como a tomar medidas para detener, corregir o reparar las violaciones del derecho internacional que ellas perpetren (Daugirdas, 2014, p. 1016).

Consideramos que en la medida en que los Estados y las víctimas individuales presionen a las organizaciones internacionales para que estas vayan implementando las distintas situaciones de responsabilidad que pueden configurarse —contempladas en el proyecto de 2011—, este adquirirá mayor fuerza y legitimidad; y, sin duda, eficacia.

Referencias

- Abellán Honrubia, V. (1993). *Prácticas de derecho internacional público*. Barcelona: Bosh.
- Ahlborn, Ch. (2011). The rules of international organizations and the law of international responsibility. *Acil Research Paper N.º 2011-03 (Shares Series)*, pp. 1-59. University of Amsterdam.
- Amerasinghe, Ch. (2012). Comments on the ILC's draft articles on the responsibility of international organizations. *International Organizations Law Review*, volumen 9, número 1, pp. 29-31.
- Amerasinghe, Ch. (2013). An assessment of the ILC's articles on the responsibility of international organizations. En Ragazzi, M. (Editor), *Responsibility of international organizations. Essays in memory of Sir Ian Brownlie* (pp. 71-78). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Cançado Trindade, A. (2013). Some reflections on basic issues concerning the responsibility of international organizations. En Ragazzi, M. (Editor), *Responsibility of international organizations. Essays in memory of Sir Ian Brownlie* (pp. 3-14). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Collins, R., & White, N. (2013). Between independence and accountability: exploring the legal autonomy of international organizations. En Reinalda, B. (Editor). *Routledge Handbook of International Organization* (pp. 119-132). Londres/Nueva York.
- Comisión de Derecho Internacional. (2011). *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales y comentarios*. Anuario, volumen II, segunda parte. Nueva York.
- Corte Internacional de Justicia. (1949). Observaciones escritas del gobierno francés en el asunto de los daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas. *Mémoires, plaidoiries et documents*.
- Corte Internacional de Justicia. (1949). Réparation des dommages subis au service des Nations Unies. *Recueil*.
- Corte Internacional de Justicia. (1962). Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2) de la Charte. *Recueil*.
- Corte Internacional de Justicia. (1980). Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte. *Recueil*.
- Corte Internacional de Justicia. (1989). Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies. *Recueil*.
- Corte Internacional de Justicia. (1999). Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme. *Recueil*.
- Daillier, P., & Pellet, A. (2002). *Droit international public*. París: LGDJ.
- Daugirdas, K. (2014). Reputation and the responsibility of international organizations. *The European Journal of International Law*, volumen 25, número 4, pp. 992-1018. Oxford University Press.

Gallo, V. (2014). El proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales adoptado por la Comisión de Derecho Internacional: principales conclusiones. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen 14, pp. 3-29. Ciudad de México.

Gerlich, O. (2013). Responsibility of international organizations under international law. *Folia Iuridica Wratislaviensis*, volumen 2, número 2, pp. 11-58. Wrocławski University.

Lock, T. (2016a). Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland, App. N.º 45036/ 98, European Court of Human Rights, 30 June 2005. En Cedric, R., Ige, D., Ramsel, W., & Jan, W (Editores), *Judicial decisions on the law of international organizations* (pp. 309-318). Oxford University Press.

Lock, T. (2016b). Gasparini v. Italy and Belgium, App. N.º 10750/ 03, Admissibility Decision, European Court of Human Rights, 12 May 2009. En Cedric, R., Ige, D., Ramsel, W., & Jan, W (Editores), *Judicial Decisions on the Law of International Organizations* (pp. 328-335). Oxford University Press.

Messineo, F. (2014). Attribution of conduct. En Nollkaemper, A., & Plakokefalos, I. (Editores), *Principles of shared responsibility in international law* (pp. 72-76). Cambridge University Press.

Möldner, M. (2012). Responsibility of international organizations. Introducing the ICL's DARIO. En Von Bogdandy, A., & Wolfrum, R. (Editores), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, volumen 16, pp. 281-328.

Novak, F., & García-Corrochano, L. (2018). *Derecho internacional público*. Tomo III: *Otros sujetos y solución de controversias*. Lima: Thomson Reuters.

Pons Rafols, X. (1995). *Codificación y desarrollo progresivo del derecho relativo a las organizaciones internacionales*. Barcelona: José María Bosch Editor.

Proulx, V. (2013). An uneasy transition? Linkages between the law of state responsibility and the law governing the responsibility of international organizations. En Ragazzi, M. (Editor), *Responsibility of international organizations. Essays in memory of Sir Ian Brownlie*, (pp. 109-121). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Querejazu, A. (2013). Responsabilidad de las organizaciones internacionales por actos ultra vires. *Revista de Derecho*, número 39, pp. 1-29. Barranquilla: Universidad del Norte.

Sari, A. (2016). Al-Jedda v. United Kingdom, App. N.º 27021/ 08, European Court of Human Rights, 7 July 2011. En Cedric, R., Ige, D., Ramsel, W., & Jan, W (Editores), *Judicial decisions on the law of international organizations*, pp. 351-360. Oxford University Press.

Schermers, H., & Blokker, N. (2003). *International institutional law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Shraga, D. (2013). ILC articles on responsibility of international organizations: the interplay between the practice and the rule (A view from the United Nations). En Ragazzi, M. (Editor), *Responsibility of international organizations. Essays in memory of Sir Ian Brownlie* (pp. 201-212). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Spikers, O. (2016). Nuhanović v. Netherlands, Judgment, BZ9225, and Mustafić v. Netherlands, Judgment, BZ9228, Supreme Court of the Netherlands, 6 September 2013. En Cedric, R., Ige, D., Ramsel, W., & Jan, W (Editores), *Judicial decisions on the law of international organizations* (pp. 342-350). Oxford University Press.

Tzanakopoulos, A. (2013). The countermeasure of disobedience: implementing the responsibility of international organizations. En Ragazzi, M. (Editor), *Responsibility of international organizations. Essays in memory of Sir Ian Brownlie* (pp. 361-372). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Autonomía de la voluntad contractual y métodos de protección de la parte débil en derecho internacional privado

César Delgado Barreto

Sumilla

Se aborda en este artículo el principio general de la autonomía de la voluntad contractual para elegir la ley aplicable y el foro competente; también, las necesarias limitaciones a sus alcances cuando se entablan relaciones contractuales entre partes que no están en situación de igualdad y se requiere de métodos especiales de protección del contratante débil por parte del derecho internacional privado (DIPr). Por ello, se identifican las normas e instrumentos más importantes de los cuales se vale el DIPr del siglo XXI para limitar el poder de elegir de las partes frente a determinadas situaciones y tipos de contratos. Estos son, en primer lugar, aquellos que garantizan el respeto de las normas de orden público o de aplicación necesaria e inmediata de la *lex fori* que defienden intereses y principios fundamentales del foro, como son las normas laborales que consagran derechos irrenunciables (como las vacaciones); y la no contravención del orden público internacional que faculta al juez a rechazar la ley elegida y sustituirla por la ley del foro, para defender principios fundamentales de su propio ordenamiento jurídico. Y, en segundo lugar, aquellos que buscan proteger a la parte débil de la relación contractual en ciertos tipos de contratos especiales en los que se presume que las partes no están en igualdad de condiciones, como los contratos de trabajo y de consumo, y que han conducido a la creación de normas de conflicto especiales protectoras de la parte débil de la relación que limitan e incluso suprimen la voluntad como factor de conexión principal. Además, se destaca el rol del contrato como instrumento no solo para preservar la seguridad jurídica, sino también para armonizar la justicia cuando se trata de relaciones contractuales entre partes desiguales, sean estas personas privadas o de derecho público, como los Estados cuando suscriben contratos de financiamiento internacional que generan deuda externa. En este último caso también existe un desigual poder de negociación entre las partes, pues una de ellas pertenece a un país desarrollado y la otra a un país subdesarrollado, lo que origina el quiebre del equilibrio del contrato para la elección libre de la ley aplicable y el tribunal competente. Por ello, el artículo refiere de manera particular a la problemática que suscita este tipo de contra-

tos y a las dificultades que plantea la autonomía de la voluntad en los países en vías de desarrollo. También se aborda la necesidad de contar con procedimientos de insolvencia justos y equitativos y de un juzgador internacional imparcial para estos casos. Finalmente, se relevan los mecanismos más adecuados, equitativos y transparentes que ofrece el DIPr del siglo XXI para resolver los problemas de contratos sobre deuda externa.

1. Introducción

Si bien en pleno siglo XXI la posición que prima en materia contractual es la admisión de la autonomía de la voluntad, ya que las partes pueden elegir la ley aplicable y el foro competente, no se puede negar que dicha voluntad nunca es irrestricta y que está delimitada de forma más o menos estricta por las diversas normas y principios imperantes en los Estados.

Entre las normas limitativas se pueden distinguir: 1) aquellas cuya finalidad es «garantizar la organización del Estado», sobre la base de un determinado modelo económico y social, y que integran la llamada legislación económica; por ejemplo, leyes contra la prácticas restrictivas de la competencia y leyes fiscales, entre otras; 2) aquellas cuyo objeto principal es «proteger a la parte más débil en determinados contratos»; por ejemplo, los de consumo y trabajo.

2. Principio de la autonomía de la voluntad

Este concepto aparece por primera vez en la doctrina *ius privatista* a principios del siglo XIX. Nos recuerda Ranouil (1980, pp. 12-75) que este principio está tradicionalmente asociado al triunfo de una concepción puramente individualista del derecho, para la cual toda obligación jurídica se funda en última instancia en la libertad de que gozan todos los individuos. La formulación clásica reposa sobre una concepción abstracta de la libertad contractual que ignora las condiciones concretas de la determinación de la voluntad de los sujetos del derecho.

La consagración contemporánea de la autonomía de la voluntad descansa en una concepción más concreta, que reconoce a los contratantes la facultad de elegir la ley aplicable a sus contratos, con lo cual la autonomía de la voluntad se cimienta en la voluntad común de las partes, elemento subjetivo que difiere de los criterios de conexión objetivos usados anteriormente para determinar la ley aplicable. Ello, sin embargo, no significa de forma alguna la sumisión de la ley a la voluntad de las partes, como proclamaron equivocadamente los autores subjetivistas: en la segunda mitad del siglo XIX, según relata Mayer (1983, p. 546), estos autores recibieron severas críticas de Von Bar y Pillet, quienes sostuvieron que la voluntad de las partes solo juega el rol que la ley le ha confiado. Las críticas se centraron fundamentalmente en que se había deformado la autonomía de la voluntad de su significación original, pues es la ley la que habilita a los contratantes a elegir la ley rectora de su contrato

y, por tanto, los individuos están sometidos al derecho y no el derecho a los individuos. *Ergo*, fundamentar el derecho en el consentimiento de las partes implica negar la esencia misma del derecho.

En tal sentido, la consagración contemporánea de la autonomía de la voluntad no significa la sumisión de la ley al contrato. Al designar las partes la ley que determinará la validez y efectos de su contrato, lo hacen en el marco de una regla de DIPr que las faculta a realizar tal elección; ello implica que ellas escogen dentro de los límites que autorizan las reglas de DIPr y no pueden eliminar las disposiciones internacionalmente imperativas de la ley elegida —vale decir, aquellas que tienen como función la defensa de principios fundamentales—.

En los contratos internacionales se reconoce una libertad más grande a la autonomía de la voluntad que en los contratos de orden interno, pudiendo los contratantes escoger un derecho según su libre conveniencia. La facultad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato es a la vez conferida por un sistema jurídico dado y sometido a la autoridad de sus disposiciones internacionalmente imperativas. La voluntad de las partes no es superior al derecho étático, pero se desarrolla gracias a la libertad que este derecho reconoce y dentro de los límites que él le asigna.

Es interesante recordar que el doctor Max Arias Schreiber, presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil, en su calidad de ponente de la parte general de contratos, dejó establecido que:

Las normas del nuevo Código se mantienen dentro del marco de la autonomía de la voluntad, pero atemperadas por una dosis no excesiva de intervencionismo que permitirá evitar, en la medida en que ello sea posible, la entronización de la injusticia y el predominio abusivo de la parte fuerte en la relación contractual. El texto se mueve pues en un péndulo que intenta armonizar el valor de la justicia con la necesidad imperiosa de preservar la seguridad jurídica, sin descuidar una ni otra, pero con la salvedad de que, en la hipótesis de que entren en conflicto, prevalezca la primera, pues sin ella el derecho carece de sustancia. Es así como se han incorporado figuras como la excesiva onerosidad de la prestación y la lesión genéricamente considerada. (Revoredo, 2015, pp. 27-28)

Asimismo, Arias Schreiber afirmó que, desde una concepción humanista, el contrato no puede ser instrumento de explotación, sino de paz y de desarrollo de la comunidad. Ello supone la necesidad de armonizar la justicia, preservando la seguridad; y en el supuesto de que justicia y seguridad entraran en conflicto, deberá prevalecer la primera, pues sin ella el derecho carece de sustancia (Revoredo, 2015, pp. 27-28).

3. Autonomía de la voluntad y métodos de protección de la parte débil en los contratos de derecho internacional privado

Hoy en día, la voluntad de las partes es el factor privilegiado para elegir la ley competente en el campo contractual. No obstante, como ya dijimos, el alcance de

la libertad contractual no es ilimitado. El Tribunal Constitucional (TC), en su sentencia del 30 de enero de 2004 (Exp. N° 2670-2002AA-TC), expresó que el derecho a la libertad contractual no es ilimitado, ya que se encuentra condicionado por los límites que tiene todo derecho constitucional. Así, los dos principales límites a este derecho son la observancia de las normas de orden público y el debido respeto a los otros derechos fundamentales protegidos también por la Constitución. El TC concluye que en un Estado social y democrático, la libertad contractual tiene límites y no puede usarse en forma abusiva (Landa, 2014, pp. 309-327).

Los profesores Delgado y Pejnovic (2018, pp. 116-121) resumen los más relevantes instrumentos y normas de los cuales se vale el DIPr del siglo XXI para limitar el poder de elegir de las partes frente a determinadas situaciones y tipos de contratos. Entre ellos destacan:

- a. Aquellos que garantizan el respeto de las normas de orden público o de aplicación necesaria o inmediata de la *lex fori*, como son las normas laborales que consagran derechos irrenunciables (por ejemplo, las vacaciones); y la no contravención del orden público internacional que faculta al juez a rechazar la ley elegida y sustituirla por la ley del foro, para defender principios fundamentales de su propio ordenamiento jurídico. Estas normas están previstas en todos los cuerpos legislativos de derecho internacional privado, como es el caso del Código Civil peruano de 1984 (artículos 2049 y 2096); así como en los textos internacionales que regulan el derecho aplicable a contratos internacionales como la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V) de 1994 (artículos 11 y 17) y el Reglamento de Roma I de 2008 sobre ley aplicable a los contratos internacionales en el marco de la Unión Europea (UE) (artículos 9 y 21).
- b. Aquellos que buscan proteger a la parte débil de la relación contractual en ciertos tipos de contratos en los que se presume que las partes no están en igualdad de condiciones. Ejemplos representativos son los contratos de trabajo y de consumo en los que se conjetura que hay una parte débil de la relación que se debe defender. Para ello se han creado normas de conflicto especiales, que rompen la tradicional neutralidad de la norma de DIPr, con la única finalidad de proteger a la parte débil de la relación; ello ha llevado incluso a suprimir la voluntad como factor de conexión principal, asegurando conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, como son el lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo y la residencia habitual del consumidor respectivamente. La voluntad como conexión principal será reemplazada por la conexión objetiva —ley de la residencia habitual del consumidor o de realización habitual de labores del trabajador—, cuando la ley escogida no favorezca a la parte débil de la relación.

4. Contratos de consumidores

Conforme expresamos los autores Delgado Barreto, Delgado Menéndez y Candela Sánchez (2007, p. 392), el Convenio de Roma de 1980 determina la ley aplicable

a los contratos concluidos por consumidores, protegiendo a la parte más débil. En estos contratos, las partes no tienen poder de negociación, corriéndose el riesgo de que el empresario que vende o presta sus servicios a los consumidores les imponga la ley aplicable.

Hay que tener presente que el artículo 5 de este Convenio no protege todos los contratos concluidos por consumidores, sino aquellos que cumplan ciertas condiciones materiales o internacionales. En relación con las primeras, el artículo 5 exige que se trate de un contrato que tenga por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios al consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional. También abarca los contratos destinados a la financiación de tales suministros de bienes o servicios, así como los contratos que, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento.

Por el contrario, están excluidos: a) los contratos de venta y arrendamiento de inmuebles; b) los contratos referidos a derechos incorporeales, como licencias de patente, contratos de edición; c) los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes, servicios o concesión de créditos a una persona para que los use en el ejercicio de su actividad profesional; d) los contratos de transporte; e) los contratos de suministro de servicios, cuando los servicios deban prestarse al consumidor de manera exclusiva en un país distinto de aquel en el que tenga su residencia habitual, como son los prestados en alojamientos y hoteles y los cursos de idiomas desarrollados exclusivamente en países distintos al Estado donde reside habitualmente el consumidor (Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, p. 392).

En lo que respecta a las condiciones internacionales, el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 y el artículo 6 del Reglamento (CE) N° 593/2008, conocido como Roma I, que sustituyó al Convenio de Roma (desde el 17 de diciembre de 2009 que empezó su aplicación), hacen referencia a la protección del consumidor pasivo que es captado en su mercado doméstico por un empresario extranjero. El artículo 5.2 del Convenio de Roma y el artículo 6.2 del Reglamento Roma I no anulan la autonomía de la voluntad de las partes que les reconocen ambos cuerpos normativos para elegir la ley rectora de su contrato, sino que exigen como condición de aplicación de la ley elegida que esta sea más protectora del consumidor —en tanto parte débil de la relación— que la ley del lugar de residencia habitual de este último. Por disposición de ambos cuerpos normativos, queda entonces la operación de consumo localizada en la residencia habitual del consumidor.

Nos dice Virgos Soriano (en Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, pp. 392-393), que la ley de la residencia habitual del consumidor se erige como el eje en torno al cual el Convenio de Roma permite realizar una elección del derecho aplicable; de suerte que el alcance real de la autonomía de la voluntad de las partes vendrá dado por el contenido o protección que el derecho del país de la residencia del consumidor establezca a favor de este último. Ello implica que la ley objetivamente aplicable marca los límites del contenido de la ley elegida, ya que esta solo será de aplicación si resulta más favorable al consumidor que la de su domicilio habitual. Por eso, la autonomía consentida por el artículo 5.2 del Convenio y por el artículo 6.2 del Reglamento viene a ser en realidad una autonomía dependiente.

En el mismo sentido, en defecto de elección de las partes de la ley rectora de su contrato de consumo, el contrato se regirá por la ley del país donde el consumidor tenga su residencia habitual (artículo 5.3 del Convenio y artículo 6.1 del Reglamento). Esa ley no sería forzosamente la más favorable al consumidor, pero tiene, sin embargo, la ventaja de ser la que mejor conoce y con cuya protección jurídica puede contar (Virgós Soriano citado en Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, p. 392).

El consumidor especialmente «hipervulnerable» y el derecho internacional privado

Según Luciane Klein (2016, p. 413):

[...] los aspectos doctrinarios que se refieren al consumidor activo y pasivo fueron contruidos para diferenciar el comportamiento del consumidor conforme a las situaciones en las que actúa internacionalmente para, a partir de allí, ofrecerle o no protección legal. Esta categorización es insuficiente siendo necesario de antemano, identificar al consumidor transfronterizo, a partir de su particular vulnerabilidad, vinculada al contexto en que está insertado.

En el siglo XXI se ha utilizado la expresión «hipervulnerable» como una nueva calificación del derecho internacional privado para referirse a un sector de los consumidores en situación de mayor fragilidad respecto a los productores de bienes y servicios. Esta situación de inferioridad puede estar determinada por sus condiciones físicas (niños, personas con habilidades distintas o adultos mayores), por sus deficiencias intelectuales o culturales, o por su desconocimiento del idioma. Ante estos grupos se considera necesario adoptar medidas que justifiquen una discriminación positiva y, así, plasmar un equilibrio entre la situación fáctica y la jurídica (Klein, 2016, pp. 416-417).

Klein concluye que ante el vacío normativo con la nueva realidad y exigencia del mundo globalizado, el derecho internacional privado posmoderno se revela como un instrumento apto para promover la protección de la persona humana, ya que sitúa al individuo en su núcleo teórico y lo eleva como finalidad última. Es decir, el consumidor pasa a ser el centro de la protección sustantiva en las relaciones multilaterales (2016, p. 417).

5. El contrato de trabajo internacional

El artículo 6 del Convenio de Roma y el artículo 8 del Reglamento Roma I regulan la determinación de la ley aplicable al contrato individual del trabajo, el cual está inspirado en la protección de la parte débil del contrato. Según Virgós Soriano, se entiende por «contrato de trabajo» el contrato referido a un servicio por cuenta y bajo la dirección de otro, a cambio de una remuneración, con las notas de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, concurriendo también las relaciones de

trabajo de mero hecho (en Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, p. 392).

En lo que respecta a la ley aplicable, el artículo 6 del Convenio y el artículo 8 del Reglamento contienen varias reglas:

- a. En primer lugar, el contrato se regirá por la ley elegida por las partes con las condiciones que establece el artículo 3 de cada uno de estos cuerpos normativos. La elección puede ser expresa o implícita. Sin embargo, la libertad de elección de las partes tiene limitaciones. De ahí que el artículo 6.1 del Convenio y el artículo 8.1 del Reglamento dispongan que la elección no puede privar al trabajador de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley designada por los criterios de conexión objetivos (lugar de ejecución del contrato, lugar del establecimiento contratante y lugar que tenga vínculos más estrechos con el contrato).

Según el Informe Giuliana-Lagarde, estas disposiciones imperativas no solo están referidas al contrato propiamente dicho, sino también a las disposiciones concernientes a la seguridad e higiene en el trabajo e, incluso, a los convenios colectivos. El artículo 6.1 del Convenio y el artículo 8.1 del Reglamento consagran, por tanto, un sistema de autonomía *in favorem*; es decir, que la elección por las partes de la ley aplicable no puede ser utilizada en perjuicio del trabajador. Por ello, en principio se aplica la ley elegida, salvo que las disposiciones de la ley objetivamente competente protejan mejor al trabajador, en cuyo caso sus normas prevalecen y deben aplicarse, descartándose la aplicación de la ley elegida (Pérez Bevia citado en Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, pp. 392-393).

Esta regla exige una comparación entre la ley elegida y la ley aplicable en defecto de elección de la ley, que es normalmente la del lugar donde se ejecuta el trabajo, luego de lo cual se determinará como aplicable la ley más favorable al trabajador. La comparación debiera hacerse por institutos (vacaciones, terminación del contrato, derechos en caso de enfermedad), respetándose la coherencia interna de las respectivas regulaciones.

- b. En defecto de elección de la ley, se deben distinguir los siguientes casos:
 - (i) El trabajo realizado en un solo Estado. El contrato se rige por la ley de ese Estado, aun cuando el trabajador haya sido enviado con carácter temporal a otro Estado. Se trata de la ley donde el trabajador presta sus servicios: la *lex loci laboris*.
 - (ii) El trabajo que no es realizado habitualmente en un mismo país. Es el supuesto de los «trabajadores itinerantes», en cuyo caso rige la ley del lugar donde se encuentra el establecimiento que haya contratado al trabajador, que es normalmente la ley del domicilio del empleador.
 - (iii) El trabajo que, independientemente de cuál sea el país o los países de prestación de servicios, presenta vínculos más estrechos con otro país. En este caso se aplicará la ley de ese otro país, es decir, la ley del Estado con que el contrato presente los vínculos más estrechos (Virgos Soriano citado en Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, p. 393).

6. Problemas que plantea la autonomía de la voluntad en los países en vías de desarrollo

Nos dice la profesora Fresnedo de Aguirre (1991, pp. 98-100) que al analizar la situación de los contratos internacionales percibimos que esta es un reflejo de la división del mundo entre países fuertes y débiles, con intereses diversos que normalmente no coinciden, lo cual determina que lo que es conveniente para unos no lo sea para los otros.

Las investigaciones constatan que los conceptos tradicionales de «parte débil» manejados son absolutamente insuficientes para la problemática que plantea el uso abusivo de una autonomía de la voluntad irrestricta. Hay muchas situaciones que no entran en estos parámetros y que también importan una desigualdad en las posibilidades reales de negociación de los términos del contrato. Por tanto, el riesgo que implica la autonomía de la voluntad se extiende a ámbitos más amplios que los tradicionalmente considerados (Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, pp. 394-404).

Parece lógico que el ejercicio de la libertad para elegir la ley aplicable funcione bien en contratos internacionales en los que ambas partes tienen igual poder de negociación, pero aun en estos casos es necesaria la aplicación de normas proteccionistas de los Estados afectados. Esta igualdad de condiciones no se cumple en la mayoría de los países subdesarrollados. Efectivamente, existe un desigual poder de negociación de las partes cuando una de ellas pertenece a un país desarrollado y la otra a un país subdesarrollado, lo que origina el quiebre del equilibrio del contrato para la elección libre de la ley aplicable.

Para Fresnedo de Aguirre (1991, pp. 98-100), los contratos internacionales reflejan la desigualdad de poder de negociación de las partes, lo cual perjudica a los países en vías de desarrollo. El comercio internacional proporciona una amplia variedad de situaciones; sin embargo, cuando una de las partes está en desventaja económica respecto de la otra, tendrá menor poder de negociación. Podemos citar como ejemplos los contratos de seguros, los de intermediación financiera, los de adhesión en general, en especial los de transporte.

Es necesario destacar que es frecuentemente admitido por la doctrina y la legislación de los Estados cuyos sistemas admiten la autonomía de la voluntad que esta no es aceptable en los contratos de adhesión; en Francia, Bélgica, Dinamarca y Alemania se ha adoptado una política liberal en las cláusulas de elección del foro, salvo con respecto a los contratos de adhesión, en los que dichas cláusulas están sujetas a limitaciones estrictas. La Convención sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias Civiles y Comerciales de la Unión Europea de 1968 admite la autonomía de la voluntad con ciertos límites, establecido uno de ellos en el artículo 17 sobre la cláusula de elección del foro insertada en los contratos de adhesión.

7. Contratos de financiamiento internacional

En la temática del tribunal competente y la ley aplicable, el derecho internacional privado utiliza como conexión la autonomía de la voluntad, aunque el ámbito den-

tro del cual pueden hacer la elección siempre está limitado por las llamadas leyes de aplicación necesaria e inmediata, cuya finalidad es garantizar la organización del Estado con base en un determinado modelo económico y una legislación económica cuyo objetivo principal es proteger a la parte más débil de la relación contractual.

En la práctica del financiamiento internacional observamos que dominan las cláusulas en que se «escoge» a los tribunales de Nueva York o Londres, pudiéndose allanar hasta 14 jurisdicciones diferentes, pero todas aplicables a discreción del acreedor (lo mismo sucede en lo que respecta a la ley aplicable). Los contratos exigen asimismo que el deudor renuncie a cualquier inmunidad que tenga o pudiese tener en cualquier juicio que pudiera entablar el acreedor en contra suya o de sus bienes. Esta renuncia de inmunidad se extiende también a los procedimientos de ejecución.

De hecho, nos dice Samtleben —del Instituto Max Planck de Hamburgo de Derecho Privado—que

esta uniformidad despierta la duda de si no falta aquí el fundamento que únicamente puede dar validez a las cláusulas contractuales: la libre voluntad de las partes contratantes. El principio universalmente aceptado *pacta sunt servanda* se basa en el supuesto de que las partes están en iguales condiciones para determinar libremente el contenido del contrato. Consecuentemente, donde falta este equilibrio, se puede defender la tesis de que toda cláusula onerosa impuesta unilateralmente por una de las partes es inválida. (1995, pp. 324-325)

Así, para referirse a los casos en los que las cláusulas de jurisdicción y la ley aplicable son producto de una negociación, Samtleben afirma que

si no hay libertad negociadora, una demanda basada en esta cláusula podrá correr riesgo de ser rechazada por tratarse de cláusulas abusivas establecidas solo a favor de una de las partes o a un *forum non conveniens*. La práctica cautelara ya ha tomado en consideración este argumento exigiendo una renuncia expresa del deudor a tales excepciones. Además, la banca internacional ha logrado una reforma legislativa en el Estado de Nueva York que reduce la aplicación de la teoría del *forum non conveniens* al mínimo. (1995, pp. 324-325)

7.1. La Doctrina Calvo¹

Nos dice Samtleben (1995, p. 326) que la Constitución peruana de 1933, como reacción a los eventos de La Brea y Pariñas, consignó la Doctrina Calvo en su artículo 17, exigiendo la sumisión a las leyes y tribunales de la república en todo contrato del Estado con extranjeros. Sin embargo, con el transcurso del tiempo esta posición fue considerada un obstáculo para el crecimiento participativo del Perú en el mercado comercial y financiero internacional. A comienzos de la década de 1970, ante la urgencia del crédito externo, se firmaron contratos de empréstitos en el extranjero

¹ Este contenido sobre la Doctrina Calvo fue extraído de mi discurso de incorporación a la Academia Peruana de Derecho en 2004, pronunciado en la ciudad de Lima.

que no cumplieran con el precepto constitucional, recurriéndose al argumento de que el artículo 17 «solo se refería al Estado» y, adicionalmente, solo regía dentro del territorio de la república.

Después ganaron gran notoriedad los contratos sobre el Oleoducto Nor-Peruano, firmados en Tokio en 1974, sometidos en la parte de los préstamos a la ley y jurisdicción japonesas, y en la parte de la compraventa de petróleo a la ley y arbitraje ingleses. Estos contratos se basaron en los decretos leyes N° 19988 y 20050 del año 1973. El primero permitía a las empresas públicas dedicadas al comercio internacional someterse a la jurisdicción arbitral o a la jurisdicción extranjera, fuera de la jurisdicción obligatoria establecida en el artículo 17 de la Constitución de 1933. El segundo aplicó el mismo principio a las instituciones de crédito (Samtleben, 1995, pp. 324-326).

La Constitución de 1979, en su artículo 136, por un lado extendió claramente la Doctrina Calvo a las empresas públicas y, por otro lado, previó dos excepciones: una para el sector financiero y la otra referente a la posibilidad de someterse a tribunales constituidos en virtud de convenios de los cuales es parte el Perú. El artículo 63 de la Constitución de 1993 repite el artículo 136 de la Constitución anterior, salvo el primer párrafo, que señalaba, taxativamente: «las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a la ley de la República», que sin argumento fue eliminado.

En resumen, la situación actual en la negociación de la deuda pública externa en América Latina puede describirse como un triunfo de los acreedores sobre la Doctrina Calvo, la cual todavía se aplica en otros campos de la contratación estatal. Una legislación especial para el campo financiero ha creado las condiciones para que los créditos externos puedan ser exceptuados de la jurisdicción y legislación de los Estados deudores, a pesar de la resistencia en el área política. En años anteriores, la aceptación o no de la Doctrina Calvo por los acreedores extranjeros fue parte de una valoración del riesgo. Hoy en día, por una práctica constante, estos contratos cuidadosamente redactados se sujetan a la jurisdicción y leyes de los países acreedores, porque «no hay otra salida para los Estados deudores, necesitados de préstamos externos» (Samtleben, 1995, p. 326).

7.2. La jurisprudencia de la Corte de Apelaciones de Nueva York y los «bonos buitres»

Según Muñoz (2005, pp. 55-77), Elliott era una empresa de abogados que actuaba como sociedad limitada incorporada en el estado de Delaware, y con domicilio en el estado de Nueva York, que formó un equipo de inversión para lucrar con la deuda de países en desarrollo, lo que hizo con Panamá, Ecuador, Vietnam, Costa de Marfil, Congo y también con el Perú. Entre enero y marzo de 1996, Elliott compró al Swiss Bank bonos de la deuda externa peruana por un monto total nominal de 20 millones 700 mil dólares, pagando solo 11 millones 400 mil dólares. Hay que tener en cuenta que el banco por contrato con el Perú no podía vender los bonos de esta deuda a terceros y que, en el caso de hacerlo, debía comunicárselo al gobierno del Perú, compromisos que no cumplió.

El 18 de octubre de 1996, Elliott Associates L.P. demandó al Estado peruano y al Banco de la Nación ante los tribunales de Nueva York por el incumplimiento en el pago de los títulos, amenazando con embargar los fondos destinados por el Perú al pago de los nuevos títulos o bonos y exigiendo el pago total de la deuda, más el pago adelantado de los intereses, todo lo cual alcanzaba la suma de 66 millones de dólares (Muñoz, 2005, p. 62).

El juez federal de primera instancia de Nueva York falló a favor del Perú en 1998, aduciendo que Elliott compró la deuda peruana con la sola intención de iniciar un procedimiento judicial, lo cual violaba el principio Champerty de las leyes de Nueva York (sección 489 de la Ley del Poder Judicial), que establece que ninguna persona natural o jurídica puede comprar documentos de crédito vencidos con la única finalidad de hostigar al deudor para obtener reparación crediticia (Muñoz, 2005, p. 68).

En 1999, la Cámara de Apelaciones de Nueva York revocó el fallo de primera instancia con el argumento de que la normativa que establece la prohibición no aplicaba al caso *Sub Litis*, por cuanto, según la Cámara, Elliott no compró la deuda peruana con la intención ni con el propósito de demandar al Perú. El objeto de la compra fue obtener el pago completo de la deuda, y la posibilidad de iniciar acciones judiciales fue solo contingente y accidental, ya que en caso de que el Perú hubiese pagado o acordado una forma de pago a Elliott, este no hubiese interpuesto la acción judicial (Muñoz, 2005, p. 68).

La Cámara agregó que si bien la sentencia de primera instancia en el caso Elliott podría beneficiar a los deudores en el corto plazo, en el largo plazo causaría un daño significativo al Perú y a otros países en desarrollo y a sus instituciones que busquen financiamiento en Nueva York. Según la Cámara de Apelaciones, dicha interpretación significaría que los tenedores de deuda tendrían dificultades significativas en la venta de dichos instrumentos si el pago no fuera realizado en forma voluntaria por el deudor.

De acuerdo con la Cámara de Apelaciones, la interpretación de la sentencia de primera instancia crearía también un resultado perverso, en razón de que permitiría a los demandados rehusar el cumplimiento de sus obligaciones de pago de los préstamos. Un deudor podría declarar simplemente su falta de voluntad de pago, dejando en claro entonces que ningún pago podría ser recibido por los acreedores sin ninguna acción de por medio. Bajo estas circunstancias, los compradores potenciales, en el mercado secundario, no podrían adquirir instrumentos de deuda sin correr el riesgo de que se decreta que dicha compra se basó en el propósito de iniciar las acciones judiciales necesarias para obtener el cobro. En términos de la Cámara de Apelaciones, era muy probable que esto incrementase el costo del financiamiento en Nueva York, lo que obligaría a las partes involucradas en estos mercados a financiar proyectos en otros lugares.

Elliott inició acciones judiciales inscribiendo la resolución de la Cámara de Apelaciones de Nueva York en los estados de Washington, Maryland y Florida a efectos de trabar embargo sobre propiedades del Perú y del Banco de la Nación. Más aún: extendió sus acciones judiciales en Alemania, Holanda, Bélgica, Luxemburgo y Canadá, y así obtuvo órdenes judiciales con el fin de embargar los fondos del Estado peruano destinados al pago de los Bonos Brady.

En ese marco, el juez de primera instancia de Nueva York emitió una nueva resolución obligando al Perú a pagar 60 millones de dólares por concepto de capital e intereses. Acto seguido, Elliott obtuvo una orden de embargo por el total de la sentencia ejecutable contra cualquier propiedad comercial del Estado peruano. Dicha sentencia y el embargo correspondiente constituyeron una victoria para Elliott y, por ende, para todos los acreedores activos en los mercados secundarios de deuda de países emergentes, incluso para aquellos acreedores de mala fe que habían adquirido los bonos de la deuda solo para especular con los denominados «fondos buitres».

La resolución obligó al Perú a transar y pagar a Elliott 58 millones de dólares para evitar que los fondos del Estado peruano designados al Plan Brady, con vencimiento el 7 de septiembre de 2000, fueran «capturados» bajo el embargo a favor de Elliott, quien ya había notificado de la orden de este al agente pagador de la suma Brady y a la institución depositaria de dichos títulos en Europa, mediante la participación de tribunales europeos (Muñoz, 2005, pp. 68-72).

7.3. Actor sequitur forum rei y ley de Estado del deudor

Hemos visto que las cláusulas referentes al tribunal competente y a la ley aplicable en los contratos de préstamo han sido impuestas a los países deudores por la urgente necesidad de créditos de sus economías, debilitadas por las irregularidades en los términos comerciales de intercambio que caracterizan a la economía contemporánea.

Si aceptamos que las mencionadas cláusulas contractuales pueden ser invalidadas por abusivas, la jurisdicción de los tribunales en cada caso tendrá que ser aceptada o denegada según las reglas generales de competencia, que varían de país en país. Un criterio universalmente reconocido en esta materia es el adagio *actor sequitur forum rei*, de cuya aplicación resulta que el Estado deudor debe ser demandado ante sus propios tribunales. Evidentemente, los acreedores prefieren los tribunales de su propio país. Pero, de hecho, en las cláusulas de jurisdicción que ellos utilizan para sus contratos de préstamo siempre pueden reservarse el derecho que pueden accionar también ante los tribunales del Estado deudor, lo que demuestra que su desconfianza no es insuperable.

En lo que respecta a la competencia legislativa, es decir, a la ley aplicable al contrato, de ser invalidada la cláusula que designa a la ley del Estado acreedor como rectora del contrato, hay que buscar una conexión objetiva para el contrato conforme a la reglas del DIPr del país del foro. Ahora bien: entre las conexiones objetivas a ser usadas para determinar la ley aplicable al contrato de préstamo figuran, además de la ley del domicilio del acreedor, la del lugar de celebración del contrato, o del lugar de pago y reembolso, los cuales generalmente coinciden con el domicilio de los acreedores. Sin embargo, frente a estas conexiones, hay argumentos válidos a favor de la ley del propio Estado deudor, porque es en este Estado que se va a utilizar el capital prestado. El interés ilegítimo del Estado soberano es sujetar sus obligaciones a su legislación interna, lo cual ya fue reconocido en 1929 por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de los empréstitos brasileños y serbios.

Contra la aplicación de la ley del Estado deudor se arguye que ello expone al contrato de préstamo a cambios legislativos y políticos del Estado prestatario. No obstante, esto no debe ser centro de preocupación en la relación con los países de América Latina, pues en el derecho de los países latinoamericanos, incluido el del Perú, la Doctrina de los Derechos Adquiridos ocupa un lugar destacado. Esta reposa en el postulado de que una situación legalmente consolidada no puede ser afectada por un acto posterior del legislador. Así lo consagra la propia Constitución Política del Perú en su artículo 62, el cual dispone

Los términos contractuales no pueden ser modificados por otras leyes u otras imposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Sin embargo, no debe olvidarse que, por su naturaleza, los actos monetarios y cambiarios de los Estados —según la doctrina moderna del DIPr— se rigen por las normas de orden público de cada país, las cuales son reglas especiales de aplicación necesaria e inmediata y de ineludible observancia dados los intereses y principios fundamentales que protegen.

No obstante, en el fondo, el verdadero riesgo para el acreedor no está en la aplicación de la ley del Estado deudor, sino en el hecho de que este, por razones económicas que no son exclusivamente de su responsabilidad, se pueda ver imposibilitado de cumplir con sus obligaciones financieras. En este caso, el derecho internacional público reconoce su derecho a declarar una moratoria.

7.4. Necesidad de procedimientos de insolvencia justos y equitativos y de un juzgador internacional imparcial

En el sistema internacional no se considera a los países acreedores responsables de conceder préstamos erróneos, lo que refuerza la desigualdad entre acreedores y deudores al desconocer el «principio de corresponsabilidad».

Hemos precisado ya que la deuda externa es la adquirida o garantizada por el Estado o por las personas jurídicas de derecho público interno, e incluso aquella contraída por residentes del sector privado en moneda extranjera —dólares, euros, yenes— que, por problemas económicos y financieros del país, los deudores no pueden amortizar, y que hasta ahora se han resuelto estos problemas a partir de sucesivas refinanciaciones cuyos términos y condiciones han sido impuestos por los acreedores y han conducido a un mayor endeudamiento de los Estados deudores, por lo que es necesario romper este círculo vicioso.

En estas circunstancias, diversas organizaciones están examinando la posibilidad de crear un mecanismo internacional que proteja a los Estados deudores frente a la insolvencia. Incluso, en septiembre de 2002 la asamblea conjunta del Fondo Mo-

netario Internacional (FMI) y el Banco Mundial acordó que el «Consejo Monetario y Financiero», que es el órgano político del FMI, estudie la constitución de un tribunal internacional que pueda declarar a los Estados en insolvencia. El mecanismo permitiría poner en marcha una suspensión de pagos en caso de que algún país argumentara estar en la imposibilidad de honrar sus compromisos internacionales. La declaración de insolvencia le permitiría evitar presiones de sus acreedores mientras asegura la reestructuración de su deuda. Este mecanismo existe, desde hace años, para la empresa privada. En los Estados Unidos está la *Bankruptcy Act*, ley a la que se acogió una empresa como Enron. Le bastó invocar el artículo 11 de la ley de quiebras para que su situación se congelara en espera de un pronunciamiento judicial (Ugarteche & Acosta, 2003, pp. 1-26).

Desde la óptica del FMI, la iniciativa tiene poco de filantrópica, pues busca, en lo esencial, dejar de inyectar dinero en países que caen en graves crisis financieras. Pero también busca que el sector privado asuma su responsabilidad en el caso de los países emergentes, que cuando todo va bien reciben puntualmente sus primas de riesgo, mientras que cuando todo se derrumba esperan cómodamente el rescate de la comunidad internacional, cobrando sus acreencias por medio de seguros. Para decirlo de otra manera: las ganancias se privatizan y las pérdidas se hacen públicas y las pagan todos los ciudadanos.

Visto desde la óptica de los países endeudados y en crisis, un mecanismo de esta naturaleza puede ser de gran utilidad, pues podría conducir a una reestructuración ordenada de la deuda externa, lo que, a su vez, impediría una crisis mayor o un estado de crisis permanente. La objeción que se adelanta es que tal «tribunal de insolvencia» no puede depender del FMI, pues los Estados verían afectada su soberanía y, adicionalmente, este organismo financiero se convertiría en «juez y parte». Pero el problema puede ser resuelto con la conformación de un organismo jurisdiccional independiente.

En suma, muchos países verían de modo favorable la intervención de una «Corte independiente» en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, lo cual posibilitaría «civilizar la deuda» permitiendo a los países que no pueden pagar suspender sus pagos mientras lleven a cabo negociaciones con sus acreedores hasta que se inicie el proceso judicial de insolvencia, sin que por ello dejen de ser sujetos de crédito internacional.

Este procedimiento neutral es seguido por los bancos internacionales de desarrollo en sus contratos con los Estados prestatarios que acuden a la vía arbitral; es el caso del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que prevé en sus contratos de préstamos un procedimiento arbitral «en conciencia», sin relación con la legislación de un país determinado. Es interesante, en lo que respecta al tema, tener en cuenta la experiencia de los gobiernos locales de los Estados Unidos, los cuales reciben una protección jurídica que los defiende de sus acreedores cuando resultan insolventes.

Cuando un gobierno local —por ejemplo, el condado de Orange, en California— se declaró insolvente, la audiencia fue presidida por árbitros neutrales que garantizaron al deudor la protección del artículo 9 de la ley, a tenor del cual: 1) se mantienen los gastos del gobierno local para los servicios públicos; 2) cualquier aumento de impuestos debe ser necesario y factible, la carga tributaria no puede subir sin considerar su impacto en la población del condado deudor; 3) a los acree-

dores se les paga lo que se considera razonable en estos casos; 4) a los funcionarios públicos se les considera personalmente responsables de los actos ilegales; 5) los deudores, los acreedores y los contribuyentes tienen derecho a ser oídos en el tribunal; y, 6) el tribunal no puede interferir en las decisiones del gobierno local en lo concerniente a los servicios y beneficios que se deben dar a los ciudadanos (Ugarteche & Acosta, 2003, pp. 1-26).

Compartimos la necesidad de un «proceso concursal internacional», propuesta por Ugarteche y Acosta (2003, pp. 1-26) en el caso de cese de pagos de la deuda externa por parte del Estado prestatario, a cargo de un juzgado imparcial. Sin embargo, consideramos conveniente resaltar que estamos en presencia de un proceso concursal internacional *sui generis*, en el sentido de que solo procede la etapa del saneamiento en la cual los acreedores del Estado deudor deben ponerse de acuerdo en el monto, condiciones y plazos de pago; y en el caso de discrepancias, el juzgador internacional tendrá la decisión final. En ningún caso procedería la liquidación de la persona jurídica deudora, porque los Estados que constituyen la expresión jurídica de la Nación, a diferencia de las empresas, no pueden ser liquidados.

El Tribunal Internacional de Arbitraje de Deuda Soberana (TIADS), propuesto por los referidos autores, debe ser del mismo estilo del Tribunal Penal Internacional que ya se encuentra en funcionamiento. El TIADS evitará, en el futuro, la repetición de los problemas que ahora sufrimos los habitantes de los países deudores afectados gravemente en nuestros derechos económicos, sociales y culturales por el pago indiscriminado de la deuda externa.

8. Conclusiones

De todo lo expuesto, podemos concluir que:

1. Si bien en pleno siglo XXI la posición que prima en materia contractual es la admisión de la autonomía de la voluntad que permite a las partes elegir la ley aplicable y el tribunal competente, dicha voluntad no es irrestricta, ya que se encuentra condicionada por los límites que tiene todo derecho constitucional, siendo los dos principales límites a este derecho la observancia de las normas de orden público y el debido respeto de todos los otros derechos fundamentales que la Constitución protege.
2. La consagración contemporánea de la autonomía de la voluntad no significa la sumisión de la ley al contrato. Al designar las partes la ley que determinará la validez y efectos de su relación contractual, lo hacen en el marco de una norma de DIPr que las faculta a realizar dicha elección; ello implica que ellas escogen, dentro de los límites que autoricen las reglas de DIPr y no pueden eliminar las disposiciones internacionalmente imperativas de la ley elegida que tienen como función la defensa de principios fundamentales.
3. El DIPr del siglo XXI cuenta con instrumentos y mecanismos para limitar el poder de elegir de las partes frente a determinadas situaciones y tipos de contratos, entre los cuales destacan:

- a. Aquellos que garantizan el respeto de las normas de orden público o de aplicación necesaria o inmediata de la *lex fori*, como son las normas laborales que consagran derechos irrenunciables como las vacaciones; y la no contravención del orden público internacional que faculta al juez a rechazar la ley elegida y sustituirla por la ley del foro, para defender principios fundamentales de su propio ordenamiento jurídico; y
 - b. Aquellos que buscan proteger a la parte débil de la relación contractual en ciertos tipos de contratos especiales donde se presume que las partes no están en igualdad de condiciones. Ejemplos representativos son los contratos de trabajo y de consumo en los que se presume que hay una parte débil de la relación que se debe defender. Para ello, se han creado normas de conflicto especiales, que rompen la tradicional neutralidad de la norma de DIPr, con la única finalidad de proteger a la parte débil de la relación; ello ha llevado a limitar e incluso a suprimir la voluntad como factor de conexión principal cuando no favorezca a la parte más vulnerable de la relación contractual.
4. El contrato tiene como rol no solo preservar la seguridad jurídica, sino también armonizar la justicia cuando se trata de relaciones contractuales entre partes desiguales, sean estas personas privadas o personas de derecho público, como los Estados cuando suscriben contratos de financiamiento internacional que generan deuda externa. Al analizar la situación de los contratos internacionales celebrados entre los Estados, percibimos que ello refleja la división del mundo entre países fuertes —desarrollados— y débiles —subdesarrollados— con intereses diversos —que generalmente no coinciden— y con desigual poder de negociación de las partes, lo que origina el quiebre del equilibrio del contrato para la elección libre de la ley aplicable y el tribunal competente.
 5. En el caso de los contratos de financiamiento internacional, las cláusulas referentes al Tribunal Competente y a la Ley aplicable son impuestas a los países deudores por la urgente necesidad de créditos de sus economías debilitadas. De ahí la necesidad de contar con procedimientos y mecanismos de insolvencia justos y equitativos y de un juzgador internacional imparcial, como los que ofrece el DIPr del siglo XXI, para enfrentar los problemas que generan los contratos sobre deuda externa. En esta línea, desde inicios del presente siglo diversas organizaciones internacionales vienen examinando la implantación de nuevos mecanismos internacionales que protejan a los Estados deudores frente a la insolvencia, entre los cuales se encuentra la constitución de un Tribunal Internacional de Arbitraje de Deuda Soberana que resuelva los casos vinculados con los contratos generadores de deuda externa.

Referencias

Libros, revistas y tesis

Calvo, A., & Carrascosa, J. (1997). *Introducción al derecho internacional privado*. Granada: Editorial Comares.

Delgado Barreto, C. (2015). La autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de la Asociación Civil Ius et Veritas de la Facultad de Derecho de la PUCP. Reflexiones en torno al derecho civil a los treinta años del Código Civil*, pp. 327-346.

Delgado Barreto, C., & Delgado Menéndez, M. A. (2008). Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. *Libro de homenaje a Felipe Osterling Parodi* (pp. 2231-2250). Lima: Palestra Editores.

Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M. A., & Candela Sánchez, C. (2007). *Introducción al derecho internacional privado* (pp. 375-406). Tomo II: *Conflicto de leyes-Parte especial*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Delgado Menéndez, M. A. (2017). *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo* (pp. 1-208). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 44.

Delgado Menéndez, M. A., & Pejnovic Delgado, M. (2018). Lex contractus. En Collantes, J. L. (Director), *Enciclopedia de arbitraje* (pp. 116-121). Segunda parte. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 48.

Fresnedo de Aguirre, C. (1991). *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional* (pp. 98-101). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Klein Vieira, L. (2016). El consumidor especialmente hipervulnerable y el derecho internacional privado. Fernández, D., & Moreno, A. (Directores), *Contratos internacionales (entre la libertad de las partes y el control de los poderes públicos)* (pp. 411-434). Buenos Aires: Asociación Americana de Derecho Internacional Privado – ASADIP.

Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *Themis. Revista de Derecho de la Asociación Civil Themis de la Facultad de Derecho de la PUCP por el aniversario del Código Civil*, número 66, pp. 309-327.

Mayer, P. (1983). *Droit international privé*. París: Editorial Montchrestienne.

Muñoz, I. (2005). Los «fondos especulativos» contra el desarrollo: Caso Elliot contra el Perú. En Ercilio Moura, F., & Saco Chung, V. *Deudas corruptas: crímenes de cuello blanco, cuando la corrupción afecta los derechos de las personas* (pp. 55-77). Lima: Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. Capítulo Peruano.

Ranouil, V. (1980). *Autonomía de la voluntad, nacimiento y evolución del concepto*. París: Presses Universitaires de France – PUF.

Revoredo Marsano, D. (2015). *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. 2.^a edición. Tomo VI. Lima: Thomson Reuters.

Samtleben, J. (1995). *Deuda y soberanía. Debito internnazionale principi generali del diritto*. Milán: CEDAM.

Ugarteche, Ó., & Acosta, A. (2003). A favor de un Tribunal Internacional de Arbitraje de Deuda Soberana (TIADS) (pp. 1-26). Documentos de Discusión Global. Montevideo: D3E Desarrollo, Economía, Ecología y Equidad.

Códigos civiles, constituciones políticas, convenios y reglamentos internacionales

Código Civil Peruano de 1984 (Decreto Legislativo 295, publicado el 25 de julio de 1984). Véase <http://spij.minjus.gob.pe/notificacion/guias/CODIGO-CIVIL.pdf>

Constitución Política del Perú de 1993. Véase: <https://legis.pe/constitucion-politica-peru-actualizada/>

Constitución Política del Perú de 1979. Véase <http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

Constitución Política del Perú de 1933. Véase <http://www4.congreso.gob.pe/historico/quipu/constitu/1933.htm>

Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), Ciudad de México 1994. Véase http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/

Convenio de Roma de 1980.

Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. Véase: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41980A0934>

Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales L177/6. Véase: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF/>

Reglamento Roma I de 2008.

Jurisprudencia

CORTE DE APELACIONES DE NUEVA YORK. Caso Elliott Associates, LP contra el Perú (Fallo de octubre 1999). Véase <file:///F:/Abril%202014/DIPr/LIBRO%20100%20A%C3%91OS%20FACULTAD%20DER%20PUCP/ARTICULO%20CDB/CASO%20ELLIOT%20ASSOCIATES%20LLP%20TOMO%20I%20-%20Informe%20Congreso%20de%202003%20-%20Cons%20Fb20.19.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2004). *Expediente N° 2670-2002*. Sentencia: 30 de enero de 2004. Fundamento Jurídico 3, incisos 'd' y 'e'. Véase <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02670-2002-AA.html/>

Alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI: una mirada desde el derecho internacional privado peruano

María del Carmen Delgado Menéndez
María Antonieta Delgado Menéndez,

Sumilla

En este artículo nos referimos a los alcances y límites de la autonomía de la voluntad en los contratos y acuerdos internacionales. Se reflexiona sobre la autonomía de la voluntad de las partes como factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos en el siglo XXI, cuyos alcances y límites dependen de las normas de derecho internacional privado (DIPr) de cada país. Se identifican asimismo los diferentes factores de conexión y fórmulas adoptadas por los Estados para determinar la ley aplicable en defecto de elección de las partes, sea el juzgador un tribunal estatal o arbitral. También se analizan las limitaciones usualmente impuestas por los Estados a la autonomía de la voluntad de las partes dirigidas a proteger derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos vinculados al contrato. Asimismo, se trata con especial énfasis la creación de nuevas normas de conflicto para proteger a la parte débil de la relación en aquellos contratos en los que se presume desigualdad entre las partes, como en los contratos de trabajo y de consumo, por lo cual las normas conflictuales asumen un rol protector de la parte más frágil del contrato. Se analizan asimismo otros acuerdos que generan múltiples relaciones patrimoniales, vinculadas a la familia internacional y al régimen económico matrimonial, con parejas de diferente nacionalidad o domicilio o con bienes situados en diferentes Estados. Al respecto, se pone en evidencia el creciente número de países que permiten a los cónyuges —antes o durante el matrimonio— realizar capitulaciones, pactos o acuerdos para decidir sobre su régimen económico matrimonial y su ley reguladora, con el fin de lograr una mayor previsibilidad y seguridad jurídica en las relaciones patrimoniales que involucran a los cónyuges y a terceros. Además, se da cuenta de las fórmulas modernas y prevaecientes contenidas en convenios internacionales y otros cuerpos legales, de fuente nacional e internacional, que versan sobre la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales y en los acuerdos sobre regímenes patrimoniales de matrimonios a nivel mundial; las normas internacionalmente imperativas y otros límites a la autonomía de la voluntad. Finalmente, se formulan propuestas concretas de modificación normativa que permitirían al Perú contar con

un marco jurídico moderno y previsible que ofrezca mayor seguridad jurídica a la contratación internacional y a los acuerdos sobre el régimen patrimonial de los matrimonios internacionales.

1. Introducción

En el siglo XXI experimentamos una continua movilidad de personas y bienes y una economía globalizada signada por el libre comercio de mercancías, servicios y capitales y el desarrollo de un sinfín de relaciones jurídicas que traspasan a diario las fronteras de los Estados provocando un crecimiento exponencial del tráfico jurídico internacional. En este marco, el contrato se erige como la principal herramienta jurídica para la circulación de la riqueza (Delgado Menéndez, 2017, p. 23).

Los contratos internacionales, al conectarse con múltiples países con ordenamientos jurídicos distintos, suscitan una suerte de incertidumbre jurídica respecto a la ley aplicable a ellos, que debe ser aclarada por el DIPr para que los contratantes tengan certeza sobre las normas que enmarcan el cumplimiento de sus obligaciones contractuales (Carrascosa González, 2009, pp. 7-40). Es pues el DIPr el llamado a determinar cuál es el régimen jurídico que regula el contrato internacional, es decir, cuál es el derecho que regula el fondo de las relaciones contractuales —*lex contractus*— brindando predictibilidad y seguridad jurídica a las relaciones de tráfico externo.

Para realizar esta labor, el DIPr analiza los puntos de conexión de la relación contractual con los diferentes ordenamientos jurídicos, procurando vincular la relación jurídica en cuestión con la sociedad y el sistema jurídico con los que tenga una relación más estrecha. Así, la relación contractual será regulada por el ordenamiento jurídico con más vínculos respecto a los derechos involucrados (González de Cossío, 1997, p. 118).

Hoy la autonomía de la voluntad de las partes —autonomía conflictual— es el factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos. Sin embargo, dicha autonomía tiene distinto alcance, matiz y reconocimiento, dependiendo de las normas de DIPr de cada país. Además, los Estados han previsto diferentes factores de conexión y fórmulas para determinar la ley aplicable cuando las partes no han hecho uso de su facultad de elección, habiendo dispuesto la aplicación supletoria de distintas normas de conflicto según sea un tribunal estatal o arbitral el que conozca el caso. Ello trae como consecuencia que las soluciones respecto del derecho aplicable a un contrato y, por tanto, las decisiones de los tribunales respecto a un mismo caso, puedan diferir de país a país, dependiendo de cuál sea el tribunal al que se someta el asunto, que en el campo contractual puede ser también un tribunal arbitral. Ello afecta la previsibilidad de las soluciones y la seguridad jurídica requerida por la contratación internacional e incrementa los costos de transacción (Delgado Menéndez, 2017, p. 24).

La norma de DIPr peruana de fuente interna —artículo 2095 del Código Civil (CC)—, que consagra la autonomía de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable a su contrato, data de 1984. En aquel entonces fue una norma de avanzada

que consagró una autonomía de la voluntad de alcance amplio, al no exigir que la ley elegida por las partes tenga una vinculación con el contrato; no obstante, tiene algunas omisiones, que consideramos importante revisar, analizar y subsanar a la luz de los cuerpos jurídicos más modernos, según detallamos y propusimos en un reciente trabajo de investigación publicado por la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freire el año pasado, en su volumen número 44 (Delgado Menéndez, 2017, pp. 1-208).

Entre los temas más relevantes por revisar y actualizar en nuestro CC, considerando las nuevas perspectivas y retos del DIPr en el siglo XXI y de los cuerpos normativos más modernos sobre la determinación de *lex contractus* (como la Ley de Arbitraje peruana y distintos Reglamentos de Arbitraje), están (Delgado Menéndez, 2017, pp. 24 y 38-56):

- a. La posibilidad de que la elección de la ley aplicable sea tácita y no necesariamente expresa, aunque sí indubitable.
- b. La posibilidad de variar la ley pactada, sin afectar la validez del contrato, ni los derechos de terceros.
- c. El poder pactar más de una ley aplicable a distintas partes separables del contrato (*dépeçage*).
- d. La posibilidad de contemplar nuevos factores de conexión a falta de elección de las partes y, eventualmente, de diferenciarlos por tipo o categoría de contrato. Las normas que regulan el arbitraje internacional, incluyendo la Ley de Arbitraje peruana (D. Leg. 1071, artículo 57) no imponen factores subsidiarios en defecto de elección por las partes, sino que dejan que los árbitros decidan cuál es la ley que consideran más apropiada para regular el fondo del asunto.
- e. La necesidad de mayor precisión sobre el alcance del orden público en DIPr, también llamado «orden público internacional», limitante por excelencia de la autonomía de la voluntad, en tanto expresión del conjunto de valores, principios, intereses y pautas del comportamiento social, político, económico y cultural de una sociedad en un momento histórico determinado.
- f. La incorporación de normas de conflicto que regulen de manera particular la ley aplicable a contratos especiales —como los contratos de trabajo y de consumo— en los que se presume la desigualdad de las partes y se busca proteger a la considerada parte débil de la relación contractual. Dichas normas se encuentran hoy en importantes cuerpos legales modernos.
- g. La extensión de la autonomía de la voluntad, aunque de forma limitada, a otros ámbitos donde se generan numerosas relaciones patrimoniales, como los regímenes económicos matrimoniales; prevista en convenios internacionales, reglamentos comunitarios y leyes internas de los Estados.

El Libro de DIPr (Libro X) del CC peruano solo contiene una norma de conflicto (artículo 2095) que, de manera general, regula la determinación de la ley aplicable a todo tipo de contrato. Otra norma (artículo 2096) trata, aunque de forma poco clara, los alcances de la *lex contractus*, sin haberse previsto normas de conflicto para contratos especiales.

En este artículo haremos especial énfasis en la incorporación en el DIPr del siglo XXI de las nuevas normas de conflicto que tienen como fin proteger a la parte débil de la relación en aquellos contratos en los que se presume que las partes no están en condición de igualdad. Ello ha significado romper la tradicional neutralidad de las normas conflictuales en la atribución de competencia legislativa, asignándoles un rol protector de la parte más frágil de la relación contractual.

Asimismo, analizaremos la naturaleza y regulación particular de otro tipo de acuerdos, similares a los contratos, que vienen generando una multiplicidad de relaciones patrimoniales, vinculados a las relaciones de familia internacional y al régimen económico matrimonial, al estar conformados por parejas con diferente nacionalidad o domicilio o con bienes situados en diferentes Estados. Hoy son cada vez más los países que permiten a los cónyuges o futuros cónyuges realizar capitulaciones, pactos o acuerdos para decidir sobre la titularidad y administración de los bienes y rentas que generan y sobre los gastos propios de la actividad doméstica, considerando que ellos están en mejor posición para decidir sobre los aspectos económicos de su matrimonio.

Las referidas capitulaciones o acuerdos matrimoniales —realizados antes o durante el matrimonio— constituyen una herramienta muy útil no solo para proteger los bienes que se aportan al matrimonio, sino también para dar mayor previsibilidad a un futuro reparto de la propiedad en caso de disolución del matrimonio. También, aunque con diferentes alcances y matices, son cada vez más los ordenamientos jurídicos —no es aún el caso del Perú— que reconocen autonomía de voluntad a los cónyuges para determinar la ley aplicable a sus acuerdos matrimoniales. La gran mayoría de los ordenamientos occidentales permiten una regulación específica del derecho aplicable al régimen económico del matrimonio, lo que se traduce en una norma de conflicto especial, como la del artículo 9.3 del Código Civil español (Flores Alonso, 2015, p. 31).

Pese a su importancia, a la fecha el Perú no cuenta con normas de DIPr de fuente internacional sobre la ley aplicable a los contratos internacionales, al no haber suscrito ningún convenio internacional moderno sobre el tema. Los únicos tratados de DIPr suscritos por el Perú que tratan esta materia, entre muchas otras, son el Tratado de Montevideo de 1889 y el Tratado de La Habana o Código Bustamante de 1928, convenios muy antiguos que versan sobre diversos temas. Ninguno ha reconocido de manera explícita el principio de autonomía de la voluntad de las partes; si bien no la rechazan, tampoco la reconocen de forma abierta y clara, lo cual es explicable por las reticencias sobre este tema al momento de su elaboración y aprobación. Para brindar mayor seguridad jurídica en la contratación, sería muy importante que el Perú y los demás países de la región cuenten con un instrumento único ratificado por todos, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (Cidip V). Con ello se unificaría y armonizaría la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, independientemente de que el juzgador sea un tribunal arbitral o judicial, contribuyendo a la consolidación de un sistema jurídico interamericano (Delgado Menéndez, 2017, pp. 143-144 y 178).

Otro avance significativo en este tema es la elaboración y aprobación (19 de marzo de 2015) de los «Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable

en materia de contratos comerciales internacionales» por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de DIPr, el Perú entre ellos. Acorde con el preámbulo de su texto, el objetivo esencial de los Principios es promover la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales (Conferencia de La Haya de DIPr, 2015, pp. 8-9). Pese a su carácter no vinculante, este instrumento normativo aporta un importante marco global para establecer, reformar e interpretar regímenes de elección de derecho aplicable en la contratación a nivel nacional, regional e internacional.

En este artículo se analiza la aplicación y el tratamiento de estos temas en la doctrina y en la legislación comparada y peruana, a la luz de los cuales podrían hacerse importantes ajustes a la normatividad nacional sobre la materia.

2. Estado de la cuestión

2.1. Determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales y rol de la autonomía de la voluntad

Existen varias posiciones sobre cómo determinar la ley aplicable a contratos que vinculan varios ordenamientos jurídicos, pudiendo resumirse en dos: la primera, que es la predominante y la adoptada por el DIPr peruano (Tovar Gil, J. & Tovar Gil, M. C., 2008, p. 627), propugna que las partes elijan la *lex contractus* con base en el principio de autonomía de la voluntad reconocido por las normas de conflicto del foro. La voluntad de las partes es el factor de conexión principal, y solo se utilizan los factores previstos en la ley en defecto de elección. Ello permite que las partes identifiquen con antelación el derecho que regirá su contrato y gocen de mayor previsibilidad y seguridad jurídica sobre los derechos y obligaciones que surgen de él. La segunda no reconoce la autonomía de la voluntad, por lo que la *lex contractus* debe determinarse por las normas de conflicto del foro, lo que podría llevar al juez a aplicar leyes cuyo contenido sea desconocido y ajeno a los intereses de las partes (Delgado Menéndez, 2017, p. 27).

2.2. Límites a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales del siglo XXI

Del intervencionismo estatal surgen normas internacionalmente imperativas, cuya aplicación a una relación contractual limita el dominio de la voluntad de las partes para elegir la ley aplicable. Para tal efecto, el DIPr utiliza dos métodos (Delgado Menéndez, 2017, pp. 30-31): (i) el método de las normas de policía (normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria) y la excepción de orden público internacional, a través del cual se descarta la autonomía de la voluntad de los contratantes, cuando se considere que el contenido de la ley extranjera reguladora del contrato viola principios e intereses fundamentales del foro; y, (ii) el método del conflicto de leyes, por el que se limita la autonomía de la voluntad para proteger los intereses de las partes en relaciones contractuales en las que se presume

desigualdad de condiciones, como en los contratos de trabajo y de consumo. Aquí, la norma de conflicto rompe su neutralidad para proteger a la parte débil. También se introducen normas especiales que reconocen cierto margen de autonomía a los esposos para elegir la ley aplicable al régimen económico de su matrimonio, a través de capitulaciones y acuerdos diversos para dar mayor previsibilidad y seguridad jurídica a las relaciones patrimoniales del matrimonio.

3. La voluntad de las partes contratantes, la seguridad jurídica y los objetivos del derecho internacional privado

3.1. Autonomía de la voluntad en el DIPr. Previsibilidad y seguridad jurídica

La autonomía de la voluntad conflictual permite a los contratantes elegir el derecho aplicable a su contrato, siendo el equivalente a la autonomía privada en el ámbito del DIPr (Delgado Menéndez, 2017, p. 13). Su aporte es fundamental a la seguridad jurídica de las relaciones contractuales, al permitir que los contratantes sepan con antelación qué normas regulan sus derechos y obligaciones, y que, salvo excepciones, su elección será determinante para designar la *lex contractus* (Delgado Barreto, 2015, pp. 327-346).

Mientras que la voluntad de las partes hace previsible el ordenamiento jurídico aplicable a sus negocios, pudiendo adaptar su conducta a los presupuestos del derecho elegido, una conexión puramente objetiva dispuesta por la norma de conflicto podría no transmitirles el conocimiento para actuar con la seguridad requerida. Por ello, privilegiar la voluntad de las partes como factor de conexión para elegir la ley aplicable favorece la seguridad jurídica y soluciones flexibles y adecuadas a las múltiples relaciones jurídicas (Leible, 2011, pp. 218-220). De ahí que Lorenz (1957, p. 154) llame a la autonomía de la voluntad una doctrina de la conveniencia y de la eficacia de los negocios. Boggiano (1955, pp. 39) enfatiza que la elección de las partes aporta «previsibilidad» del derecho aplicable al comercio internacional, al permitir a los contratantes que ajusten sus conductas a las reglas previamente convenidas. Para Calvo Caravaca (2009, pp. 60-61), la seguridad jurídica generada por la elección de la *lex contractus* es de naturaleza «preventiva».

Además, los alcances de la autonomía de la voluntad dependen, en buena parte, de la condición de las partes en el contrato. Se restringirá en contratos celebrados entre partes en «situación de desigualdad», sin equivalente poder de negociación, con una parte «típicamente débil», como en los contratos de trabajo y de consumo. En estos últimos, la autonomía no se descarta, pero se limita o condiciona su aplicación, siendo respetada en tanto garantice la aplicación al contrato de una ley más beneficiosa a la parte «débil» de la relación contractual (Delgado Menéndez, 2017, pp. 30-41).

3.2. Alcances y limitaciones de la voluntad de las partes. Necesaria conciliación de intereses

Como señala Leible (2011, pp. 215-216), la autonomía de la voluntad en el DIPr es la gran conquista del DIPr del siglo XX, y afianzarla y consolidarla es el reto del siglo XXI. Hoy en día, la voluntad de las partes es el factor de conexión privilegiado para elegir la ley competente en el campo contractual. No obstante, el alcance de la libertad contractual no es ilimitado. De acuerdo con el Tribunal Constitucional (TC) peruano (Sentencia de 30 de enero de 2004, Exp. N° 2670-2002-AA/TC), «el derecho a la contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances», por límites explícitos (como la licitud del contrato y el respeto a las normas de orden público), y por límites implícitos (como el respeto de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactar contra ellos). El TC concluye que en un Estado social y democrático la libertad contractual tiene límites y no puede usarse de forma abusiva (Landa, 2014, p. 319).

Así, la autonomía de la voluntad está sujeta a límites impuestos por las normas y principios fundamentales del derecho del foro (orden público en DIPr), los cuales deberán ser respetados por las partes. Las normas de orden público en el DIPr y la protección de derechos fundamentales están presentes en todo tipo de relaciones jurídicas, incluidas las del ámbito contractual, y su debida protección es responsabilidad de los jueces de los Estados. Son ellos quienes, en cada caso, decidirán si el derecho extranjero elegido por las partes para regir su contrato vulnera o no principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; y, de considerarlo así, excluirán la ley elegida por las partes y la sustituirán por la ley del foro. Por ello, tan importante como acordar el derecho aplicable es pactar el juez o tribunal competente que conocerá los eventuales problemas vinculados al contrato. En conclusión, el derecho a la libertad contractual es un derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución pero sujeto a límites, tales como el orden público y otros principios y derechos fundamentales reconocidos y protegidos (Delgado Menéndez, 2017, pp. 38-42).

Corresponde pues al DIPr de los contratos garantizar un necesario equilibrio entre los intereses de las partes y el interés del Estado, dado que en un lado de la balanza están los intereses de las partes, orientados a elegir la ley que más les convenga, aquella que conocen mejor, la que les parece más justa y apta para regir su contrato; y, en el otro lado, los intereses de la sociedad que el Estado debe resguardar, orientados a garantizar la satisfacción de los intereses ciudadanos (Delgado Menéndez, 2017, p. 37).

4. *Lex contractus*, autonomía de la voluntad y limitaciones en sus alcances a propósito de ciertos contratos y acuerdos especiales

4.1. Reconocimiento de la autonomía de la voluntad y elección de la *lex contractus* en el siglo XXI

Lex contractus es una locución latina referida al derecho aplicable a la sustancia o contenido de un contrato específico, incluyendo la regulación de los elementos

esenciales y accidentales del contrato y sus efectos *inter partes* y frente a terceros (Calvo Caravaca & Carrascosa González, 2012, pp. 699-700). Como señala Trigueros (1994, p. 5), la función de la *lex contractus* es brindar la cobertura jurídica del contrato en todos sus aspectos; ello incluye suplir deficiencias, llenar lagunas, aclarar conceptos y, de manera general, complementar los acuerdos y determinar su sentido, aportando los elementos necesarios para el óptimo desarrollo de su relación jurídica. No incluye, empero, lo relativo a la capacidad de los contratantes regida generalmente por la ley del domicilio de las personas naturales (por ejemplo, artículo 2070 del CC peruano) y por la ley del lugar de constitución de las personas jurídicas (por ejemplo, artículo 2073 del CC peruano); los derechos reales que surgen del contrato usualmente regulados por la ley del lugar de su situación (por ejemplo, artículo 2088 del CC peruano); ni las formalidades del contrato regidas por la ley del lugar de celebración (por ejemplo, artículo 2094 del CC peruano) (Delgado Menéndez, 2017, p. 46).

La corriente preponderante en el DIPr del siglo XXI es el reconocimiento expreso del principio de autonomía de la voluntad de las partes en las normas de conflicto del foro, que facultan a elegir libremente la *lex contractus*. La voluntad de las partes es el factor de conexión principal y las normas previstas se aplican subsidiariamente cuando las partes no han elegido. Perú, México, Venezuela y Argentina, entre otros, reconocen la facultad de las partes de elegir la *lex contractus* (Delgado Menéndez, 2017, pp. 50-51). Se debe anotar que se encuentran variantes en las legislaciones que reconocen el principio de autonomía de la voluntad (Delgado & Pejnovic, 2018, p. 116).

El presente siglo, como señala Bouza Vidal (2005, p. 3), está marcado por una renovada atención a la autonomía de la voluntad, a nivel de la doctrina y del derecho positivo, lo cual obedece a factores ideológicos, económicos e incluso políticos. Es en materia patrimonial donde el poder autorregulador de los contratantes ha adquirido más relieve, especialmente en el campo de las relaciones comerciales, en el que hay una estrecha vinculación entre «mercado» y «autonomía de la voluntad». Los agentes económicos celebran contratos para intercambiar bienes y servicios, correspondiendo al ordenamiento jurídico garantizar el respeto de los derechos que se derivan de estos. No obstante, como ya se señaló, la autonomía de la voluntad en el campo del DIPr se encuentra limitada por las normas internacionalmente imperativas o de aplicación necesaria o inmediata, cuando se pone en cuestión principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro (Delgado Menéndez, 2017, pp. 51-52).

4.2. Facultad de las partes de elegir como *lex contractus* un derecho no vinculado al contrato

En sintonía con los convenios internacionales más modernos sobre la ley aplicable a los contratos, como la Convención Interamericana de 1994 (Cidip V, artículo 7) y el Reglamento Roma I de 2008 (artículo 3), el CC peruano de 1984 (artículo 2095) faculta a los contratantes a elegir cualquier derecho, aunque no esté vinculado a su contrato. Las partes pueden designar la ley que más convenga a sus intereses y que mejor se adapte a su contrato (Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, pp. 384-385).

4.3. Facultad de las partes de elegir como *lex contractus* un derecho no estatal

Según Leible (2011, pp. 221-227), los contratantes pueden elegir tanto un derecho estatal como uno no estatal. La primera opción es de aceptación generalizada. La segunda es uno de los temas más controvertidos del DIPr, especialmente cuando quien debe resolver el conflicto es un juez estatal. En el campo del arbitraje internacional, por el contrario, los Estados suelen dar mayor margen de elección a las partes, produciéndose un avance imparable de la *lex mercatoria* y el *softlaw*. Hoy en día es usual que los cuerpos normativos del arbitraje internacional, de fuente internacional e interna —como la ley de arbitraje del Perú, Dec. Leg. 1071— prevean normas de conflicto con fórmulas diversas para determinar la ley aplicable al contrato cuando las partes no han elegido (Delgado & Pejnovic, 2018, pp. 118-121). Estas normas, a diferencia de los códigos civiles, autorizan a las partes —y a los árbitros en forma subsidiaria— a elegir normas no estatales y resolver el caso acorde con la *lex mercatoria*. Por ello, hoy se habla de la «norma jurídica o de derecho» aplicable al contrato en lugar de la «ley» aplicable a él (Delgado Menéndez, 2017, pp. 62-63).

4.4. Voluntad expresa o tácita en la elección de la *lex contractus*

El Convenio de Roma de 1980 (artículo 3), el Reglamento (CE) N° 593/2008 que lo sustituyó (artículo 3), y el Cidip V de 1994 (artículo 7) permiten a las partes elegir la *lex contractus*, de forma expresa o tácita, con el único requisito de que esta última resulte de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. El CC peruano de 1984 (artículo 2095) exige que la elección sea expresa, a diferencia de la ley de arbitraje peruana, que no lo requiere. En todo caso, la exigencia primordial contemplada en todos los textos normativos es que la elección sea clara, inequívoca y plenamente cierta, más allá de que sea expresa, tácita o implícita (Delgado & Pejnovic, 2018, p. 117).

4.5. Variabilidad de la *lex contractus*

Algunos cuerpos normativos de fuente internacional, como el Reglamento CE (artículo 3.2) y la Cidip V (artículo 8), y de fuente nacional, como la ley japonesa de DIPr N° 78/2006 (artículo 9), permiten a las partes variar la ley aplicable al contrato; pero prescriben que dicho cambio no podrá afectar la validez formal del contrato, ni perjudicar los derechos de terceros adquiridos al amparo de la ley anterior (Delgado & Pejnovic, 2018, p. 117).

4.6. Pluralidad de leyes aplicables a distintas partes del contrato

Importantes cuerpos normativos sobre ley aplicable a los contratos internacionales, como el Reglamento CE (artículo 3.1) y la Cidip V (artículo 7), permiten seleccionar más de una ley aplicable, pero a «partes separables del contrato» (*dépeçage*);

entendiéndose por tales a secciones con autonomía jurídica y económica, que son segregables del resto y que pueden someterse a un derecho diferente sin afectar la ejecución del resto del contrato, el cual se regirá por una ley estatal diferente (Delgado & Pejnovic, 2018, p. 117).

4.7. Factores subsidiarios a falta de elección de las partes de la *lex contractus*

Según se detalla en un reciente trabajo de investigación sobre la materia (Delgado Menéndez, 2017, pp. 74-79), los cuerpos normativos contemplan fórmulas distintas respecto a los factores subsidiarios en ausencia de elección de las partes o cuando dicha elección resulte ineficaz; por ejemplo, cuando el juzgador considere que la ley elegida vulnera normas internacionalmente imperativas de aplicación necesaria del foro. Existen legislaciones, como la peruana (artículo 2095 del CC) y la argentina (artículo 2652 del CC), que consagran una fórmula general que ha de ser empleada por las autoridades jurisdiccionales para todos los contratos (por ejemplo, lugar de cumplimiento del contrato y lugar de celebración de este). Otras, como el Reglamento Roma I (artículo 4), utilizan factores de conexión subsidiarios diferenciados por tipo de contrato, dando preferencia al derecho con vínculos más estrechos con el contrato. La Cidip V (artículo 7) y la ley japonesa de DIPr N° 78/2006 (artículo 8.1), dejan al juez determinar la *lex contractus* en función de la que, a su juicio, tiene mayores vínculos con el contrato (principio de proximidad). Y varias normas y reglamentos de arbitraje, como la ley peruana (D. Leg 1071, artículo 57) asignan a los árbitros la decisión sobre la base de las normas jurídicas que consideren más apropiadas para regir el contrato.

Como destaca la profesora Trigueros (1994, p. 7), el gran aporte de la Cidip V, aún pendiente de adopción por nuestro país, es haber consagrado como criterio subsidiario la voluntad de las partes al «derecho que tenga vínculos más estrechos con el contrato» (artículo 9). Para determinar la *lex contractus* con base en este criterio se requiere que el juzgador valore dos aspectos: (i) los elementos objetivos y subjetivos que se derivan del contrato; y, (ii) los principios del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales; por ejemplo, principios Unidroit. El juzgador queda con un amplio abanico de opciones para determinar la *lex contractus* en cada caso concreto. Ello representa un gran avance, al fomentar que se aplique un derecho uniforme más acorde con las características internacionales del contrato y con las intenciones de la Convención.

4.8. Principios de La Haya sobre la elección del derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015

Como ya indicamos, el principal objetivo de los «Principios de La Haya» aprobados en 2015 por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de DIPr, el Perú entre ellos, es promover la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales (Conferencia de La Haya de DIPr, 2015, pp. 8-9). Pese a su carácter no vinculante, este cuerpo normativo aporta un importante marco

global para establecer, reformar e interpretar regímenes de elección del derecho aplicable en la contratación a nivel nacional, regional e internacional.¹ Según el Preámbulo, estos Principios constituyen una suerte de código de buenas prácticas internacionales sobre la autonomía de la voluntad en la contratación comercial internacional, y fueron el resultado de un esfuerzo colectivo de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de DIPr y del Grupo de Trabajo constituido por los expertos de la Comisión Especial de 2012. A continuación presentamos los aportes más relevantes de «Los 12 Principios de La Haya» (Conferencia de La Haya de DIPr, 2015, pp. 1-85):

1. Se aplican para elegir la *lex contractus* de los contratos internacionales en los que las partes ejercen su actividad comercial o profesional (artículo 1).
2. No se aplican a los contratos de trabajo y de consumo (artículo 1).
3. Casos excepcionales en los que no se considera que el contrato es internacional (artículo 1):
 - a) cuando las partes tengan sus establecimientos en el mismo Estado, y
 - b) cuando la relación entre las partes y los demás elementos relevantes (que no incluyen el derecho aplicable elegido) esté vinculada únicamente con dicho Estado. En caso una parte tenga más de un establecimiento (artículo 12), el relevante es aquel que guarda la relación más estrecha con el contrato en el momento de su celebración.
4. Materias que escapan de su dominio (artículo 1):
 - a) la capacidad de las personas físicas;
 - b) los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro (acuerdos sobre competencia jurisdiccional);
 - c) las sociedades u otras personas jurídicas y los *trusts*;
 - d) los procedimientos de insolvencia;
 - e) los efectos de los contratos sobre la propiedad; y,
 - f) los efectos de los actos del representante frente a terceros.
5. Se permite elección expresa o tácita de la ley aplicable (artículo 4), siempre que sea cierta e inequívoca. La tácita debe resultar claramente de las disposiciones contractuales o de las circunstancias. El acuerdo de las partes otorgando competencia a un tribunal —judicial o arbitral— para resolver conflictos sobre el contrato no constituye, en sí mismo, elección de derecho aplicable.
6. Puede elegirse una ley que no tenga vinculación con el contrato (artículo 2).
7. Es posible variar la ley pactada (artículo 2) si no afecta la validez formal del contrato, ni derechos de terceros.
8. Es posible elegir una o varias leyes aplicables a partes separables del contrato (artículo 2).

¹ Estos Principios inspiraron la ley paraguaya (2015) sobre derecho aplicable a los contratos internacionales.

9. Las partes pueden elegir como *lex contractus* un derecho no estatal (artículo 3), esto es, normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional, como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación contraria de la ley del foro.
10. Exclusión del reenvío (artículo 8): la elección del derecho aplicable no incluye las normas de conflicto de leyes del derecho elegido por las partes, salvo pacto expreso contrario de estas.
11. Dominio del derecho elegido (artículo 9). Aspectos del contrato regulados por la *lex contractus*:
 - a. su interpretación;
 - b. los derechos y obligaciones que de él se derivan;
 - c. su ejecución y consecuencias de su incumplimiento, incluida la valoración de daños y perjuicios;
 - d. los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad;
 - e. la validez y las consecuencias de su nulidad (pero no excluye la aplicación de cualquier otro derecho aplicable que confirme la validez formal del contrato);
 - f. la carga de la prueba y las presunciones legales; y,
 - g. las obligaciones precontractuales.
12. Límites a la autonomía de la voluntad de las partes por normas de policía y de orden público en DIPr (artículo 11):
 - a. el tribunal judicial que conoce el caso puede aplicar las normas de policía del foro (efecto positivo del orden público), independientemente del derecho elegido por las partes;
 - b. el derecho del foro determina cuándo un tribunal judicial puede o debe aplicar las normas de policía de otro derecho;
 - c. el tribunal judicial que conoce el caso puede negarse a aplicar una norma del derecho elegido por las partes solo cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con intereses fundamentales del foro (excepción de orden público en DIPr – efecto negativo del orden público);
 - d. el derecho del foro determina cuándo un tribunal judicial puede o debe aplicar el orden público de un Estado cuyo derecho sería aplicable a falta de elección del derecho aplicable;
 - e. un tribunal arbitral no está impedido de aplicar o tomar en consideración el orden público o las leyes de policía de un derecho distinto al elegido por las partes.

En síntesis, los «Principios de La Haya» (Conferencia de La Haya de DIPr, 2015, pp. 8-9) son herramientas modernas de gran utilidad para ser aplicadas por tribunales judiciales o arbitrales, y han contribuido significativamente a afianzar el principio de autonomía de la voluntad. Además, sirven de modelo para elaborar instrumentos legales nacionales, regionales, supranacionales e internacionales, y para interpretar

y desarrollar normas de DIPr. El Perú, con significativos avances en la consolidación del principio de autonomía de la voluntad para determinar la *lex contractus*, debería liderar la promoción y difusión de estos principios en Latinoamérica. Un paso fundamental sería incorporar a nuestra normatividad la Cidip V de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, por tratarse de una Convención pionera en el reconocimiento y adopción de estos principios.

4.9. Limitaciones a la voluntad de las partes y nuevo desafíos del DIPr contemporáneo

Entre las más relevantes limitaciones del siglo XXI a la autonomía de la voluntad de las partes al poder de elegir el derecho aplicable figuran (Delgado & Pejnovic, 2018, p. 117):

- a. Aquellas que garantizan el respeto de las normas de policía o de aplicación necesaria o inmediata de la *lex fori*, como las normas laborales que prevén el derecho de vacaciones; y la no contravención del orden público en DIPr, que faculta al juez a rechazar la ley elegida y sustituirla por la ley de foro, para defender principios fundamentales. Estas normas están previstas en todos los cuerpos legislativos de DIPr, como en el Código Civil peruano (artículos 2049, 2095 y 2096) y en los que regulan el derecho aplicable a contratos internacionales, como la Cidip V de 1994 (artículos 11 y 18) y el Reglamento Roma I de 2008 (artículos 9 y 21).
- b. Las que buscan proteger a la parte débil de la relación contractual en cierto tipo de contratos en los que se presume una situación de desigualdad entre las partes. Para ello se crean normas de conflicto especiales que, rompiendo su neutralidad, regulan de manera particular y diferenciada estos contratos. Ejemplos representativos son los contratos de trabajo y de consumo, en los que se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario defender. Ello ha llevado a cuestionar —e incluso suprimir— la voluntad como factor de conexión principal, condicionando su intervención a que no se prive a la parte débil del contrato de la protección asegurada por las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, como son el lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo y donde reside habitualmente el consumidor en los contratos de trabajo y de consumo, respectivamente. La voluntad como conexión principal será reemplazada por la conexión objetiva, salvo que la ley elegida sea más favorable a la parte débil.

4.10. Los contratos especiales y las nuevas normas de conflicto protectoras de la parte débil de la relación. Alcances de la autonomía de la voluntad en este campo

Según lo antes señalado, el DIPr del siglo XXI enfrenta nuevos desafíos, uno de los cuales consiste en determinar cuál es la ley aplicable al contrato y los límites de la ley elegida por los contratantes cuando no están en situación de igualdad, como en el caso de contratos de trabajo y de consumo (Delgado Menéndez, 2017, p. 103).

Diariamente se celebran numerosos contratos entre partes que no tienen el mismo poder de negociación (*bargaining power*). Una gran proporción de los contratos, como los de trabajo y de consumo, son contratos por adhesión, en los que la parte más débil se limita a asentir o disentir, sin poder hacer modificaciones relevantes al contrato. Entre las cláusulas contractuales figura la *cláusula de elección de la ley*, por lo que, usualmente, la «ley elegida» es una «ley impuesta» al consumidor o al trabajador. Según Calvo Caravaca (2009, p. 88), en este tipo de contratos la «libertad de elección» de la ley podría ser utilizada en perjuicio de la parte contractual más débil, por lo cual, de permitirse, la justicia contractual saldría mal parada. Incluso, los partidarios de la autonomía de la voluntad reconocen que su buen funcionamiento en los contratos internacionales exige que ambas partes gocen de un poder de negociación equivalente; de lo contrario, esta autonomía podría convertirse en un peligroso instrumento cuando empresas poderosas negocien contratos de consumo o de trabajo.

El DIPr, a través del método conflictual, provoca un rompimiento de la neutralidad característica de la norma de conflicto y crea normas especiales para limitar a la autonomía de la voluntad y proteger a la parte débil en aquellos tipos de contrato en los que las partes no tienen el mismo poder de negociación, como el de trabajo y el de consumo (Delgado Barreto & Delgado Menéndez, 2008, pp. 2233-2234). Para proteger a la parte débil de la relación contractual, el DIPr prevé la aplicación de leyes protectoras imperativas, que limitan o reemplazan la norma de conflicto general y, por ende, la ley elegida por las partes como rectora de su contrato.

Este proceso de desarrollo y evolución del DIPr y de sus normas de conflicto de leyes se dejó sentir con fuerza en las postrimerías del siglo XX. A partir de entonces, importantes leyes modernas, como el Convenio de Roma 1980 (artículos 5 y 6), el Reglamento Roma I CE de 2008 (artículos 6 y 8) y otras normas modernas como la Ley Japonesa 78/2006 (artículos 11 y 12), han previsto normas de conflicto especiales para ciertos contratos, con el fin de contrarrestar el riesgo de que la parte «fuerte» — por ejemplo, empleador o empresario— imponga la ley aplicable a la parte «débil» de la relación. El CC peruano, sin embargo, solo tiene una norma de conflicto (artículo 2095) que se aplica de manera general a todo tipo de contratos (Delgado Menéndez, 2017, pp. 29-30 y 104).

Dado que la elección de los contratantes solo será efectiva y respetada cuando la ley elegida sea más favorable a la parte «débil» de la relación, el juez deberá comparar la norma elegida por las partes con las dispuestas por las conexiones imperativas. Según Virgos Soriano (1995, pp. 176-178), en esta comparación debe respetarse la coherencia interna de las respectivas regulaciones. Así, en el caso del contrato de trabajo se requiere comparar por «institutos» (vacaciones, terminación del contrato, derechos en caso de enfermedad). Además, debe valorarse según el interés individual del trabajador, escogiendo aquella ley que mejor respete la pretensión concreta del trabajador (Delgado Barreto, Delgado Menéndez & Candela Sánchez, 2007, pp. 391-393).

Para ilustrar la materia, citamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) del 15 de marzo de 2011 en el asunto C-29/10: Heiko Koelzsch y État du Grand-Duché de Luxemburg, en el que el tribunal, a pedido de uno de los Estados parte involucrados en el caso (la Corte de Apelaciones de

Luxemburgo), dio una interpretación prejudicial sobre el artículo 6, ap. 2, letra 'a' del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a los contratos individuales de trabajo, que era la norma vigente cuando surgió el problema vinculado con la ruptura de un contrato individual de trabajo con elementos internacionales. La sentencia dispone cómo interpretar el artículo 6 del Convenio de Roma, que ordenaba al juzgador descartar la ley elegida por las partes (Ley de Luxemburgo) cuando esta no fuera más favorable al trabajador y aplicar en su lugar las disposiciones imperativas de la ley aplicable a falta de elección, que era la del «lugar de realización habitual de labores del trabajador», en tanto normas más beneficiosas a este (Delgado Menéndez, 2017, pp. 108-111).

Dada la importancia y la actualidad del tema en la contratación del siglo XXI, en el trabajo de investigación antes referido incluimos una Propuesta Normativa de Modificación y Ajustes al Libro X del CC peruano (Delgado Menéndez, 2017, pp. 137-168 y 201-208). Se recomienda modificar e incorporar normas de conflicto particulares, complementarias a la fórmula general del artículo 2095 del CC, para ciertos contratos en los que se presume que hay una parte débil que hay que proteger. Se propone adicionar dos artículos con normas de conflicto especiales para los contratos de consumo y para los contratos individuales de trabajo, con el siguiente tenor:

Norma de conflicto especial para los contratos de consumo

Nuevo artículo propuesto para el Título III del Libro X del CC (Delgado Menéndez, 2017, p. 205):

1. El contrato celebrado por una persona física para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional (el consumidor) con otra persona («el profesional») que actúe en ejercicio de su actividad comercial o profesional, se regirá por el derecho del país en que el consumidor tenga su residencia habitual, siempre que el profesional:
 - 1.1. Ejercza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual; o
 - 1.2 Por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, las partes podrán elegir el derecho aplicable a un contrato que cumple los requisitos del apartado 1, de conformidad con el artículo 2095. Sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1.
3. Si no se reúnen los requisitos señalados en los incisos 1.1 y 1.2 del apartado 1, el derecho aplicable a un contrato entre un consumidor y un profesional se determinará de conformidad con el artículo 2095.

Norma de conflicto especial para los contratos individuales de trabajo
Nuevo artículo propuesto para el Título III del Libro X del CC (Delgado Menéndez, 2017, pp. 205-206):

1. El contrato individual de trabajo se regirá por la ley que elijan las partes, de conformidad con el artículo 2095. No obstante, dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo, en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables según lo dispuesto por los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo.
2. En la medida en que el derecho aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegido por las partes, el contrato se regirá por el derecho del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país.
3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, el derecho aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento, a través del cual haya sido contratado el trabajador.
4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará el derecho de ese otro país.

4.11. Autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales y otros acuerdos sobre el régimen económico matrimonial

Como ya señalamos, la autonomía de la voluntad de las partes es hoy el principal factor de conexión para determinar la ley aplicable a las relaciones contractuales. Ahora bien: la naturaleza jurídica de las relaciones patrimoniales que surgen con motivo del matrimonio es similar en múltiples aspectos a las relaciones contractuales. Ello llevó a los internacionalistas del siglo XX a plantear su extensión a las relaciones internacionales en derecho de familia, particularmente al ámbito del régimen patrimonial del matrimonio. El fundamento radica en que, no obstante la autonomía de la voluntad es limitada a nivel mundial en cuestiones relativas al estatuto personal y a los asuntos de familia y matrimonio, por el carácter imperativo de gran parte de los preceptos que los regulan, no sucede lo mismo en el ámbito del régimen económico del matrimonio. En efecto, la autonomía de la voluntad viene adquiriendo un rol cada vez más relevante respecto a dicho régimen, especialmente desde la segunda mitad del siglo XX, al permitirles a los cónyuges elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (Fajardo Montoya, 2017, pp. 54-56).

Sobre este tema, las cifras mundiales sobre los matrimonios con conexiones internacionales hablan por sí solas. En el caso de la Unión Europea (UE), según el Informe de la Comisión Europea sobre los Regímenes Económicos Matrimoniales (Comisión Europea sobre los Regímenes Económicos Matrimoniales, 2011, p. 2), un 13 % de matrimonios trascendía las fronteras de los Estados (unos 16 millones de los

122 millones celebrados). En forma similar, un 13 % de los divorcios —unos 140 000 de los 1 040 000— involucraban a familias «internacionales».

El creciente aumento de familias integradas por personas de diversas nacionalidades y domiciliadas en distintos países ha generado nuevos retos para el DIPr, en una coyuntura en la que, por las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales involucrados, las familias «internacionales» enfrentan efectos inesperados y hasta desfavorables en sus relaciones patrimoniales. ¿Cómo garantizar, entonces, el pleno ejercicio de los derechos económicos de las familias, durante el matrimonio y luego de su disolución, en relaciones patrimoniales que involucran a los cónyuges y a terceros?

4.11.1. Capitulaciones matrimoniales y otros acuerdos y pactos sobre regímenes económicos matrimoniales

Hoy en día, la definición, regulación y efectos de los regímenes patrimoniales del matrimonio están recogidos en diversas normas nacionales, convenios internacionales y reglamentos comunitarios. Así, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, publicado el 8 de julio de 2016 en el Diario Oficial de la UE (artículo 3, 1, inciso 'a'), define el «régimen económico matrimonial» como el «[...] conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución [...]».

Los acuerdos por los que los cónyuges o futuros cónyuges pactan el régimen patrimonial de su matrimonio y designan la ley aplicable a él, llámense pactos, estipulaciones, contratos, convenciones o capitulaciones matrimoniales, adoptan diversas formas y requieren distintos requisitos para su validez (Flores Alonso, 2015, p. 18).² En general, «[...] la capitulación o convención matrimonial puede ser definida como el acuerdo celebrado entre los futuros cónyuges con el fin de elegir o diseñar el régimen de bienes al que quedarán sujetos a partir de la celebración del matrimonio, así como para regular otras cuestiones patrimoniales derivadas de las relaciones entre cónyuges o entre uno de los cónyuges con terceros» (Krasnow, 2009, p. 209).

4.11.2. Principales regímenes económicos matrimoniales en el mundo

Al elegir la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio, los cónyuges, o futuros cónyuges, deben tener en cuenta cuáles son los regímenes patrimoniales regulados por la ley que tengan a bien elegir y cuáles son las consecuencias o efectos que conlleva la aplicación del o los regímenes previstos en la ley elegida. Al respecto, deben tener presente que son cuatro los principales regímenes económicos matrimoniales previstos en los diversos sistemas jurídicos del mundo, cada uno de los cuales tiene características y efectos particulares. A continuación presentamos una breve reseña de los principales regímenes económicos matrimoniales:

- a. Régimen de separación de bienes: en este régimen el matrimonio no produce ningún cambio en el patrimonio de los cónyuges, pues conservan la libre admi-

² Para el CC español (artículo 1325), las capitulaciones matrimoniales consisten en cualquier tipo de pacto o negocio por el que los esposos estipulan, modifican o sustituyen el régimen económico matrimonial.

nistración y titularidad tanto de los bienes que tenían antes de casarse como de los que adquieran durante el matrimonio. También se aplica al sistema de gestión y de responsabilidad frente a terceros, pues ninguno de los ellos responderá con su patrimonio frente a terceros acreedores, ni comprometerá al otro por las obligaciones que contraiga durante el matrimonio. No obstante, es importante precisar que «[...] la mayoría de legislaciones que regulan la separación de bienes dejan a salvo ciertas deudas que por responder al interés familiar tienen que ser soportadas por ambos cónyuges, como las necesidades del hogar, asistencia recíproca entre ellos y hacia los hijos, entre otras» (Krasnow, 2009, p. 208). Este régimen está previsto en un buen número de países que consagran la libre elección del régimen económico matrimonial, entre ellos Francia, España, Italia, Inglaterra, Alemania, Bélgica, Austria, Portugal, Turquía, Uruguay, Brasil, Chile, México, Paraguay, Perú, Panamá, Venezuela, Honduras, Guatemala, Nicaragua y El Salvador (Krasnow, 2009, p. 208).

- b. Régimen de comunidad universal o absoluta de bienes: en este régimen todos los bienes que hubieran adquirido los cónyuges antes de contraer matrimonio y durante su vigencia le pertenecen a la comunidad de bienes. Existe un solo patrimonio común, cuyos titulares son ambos cónyuges, y en caso de disolución de la comunidad se divide en partes iguales entre ambos, independientemente de los aportes realizados por cada uno para su constitución (Flores Alonso, 2015, p. 20). Este régimen se aplica supletoriamente en Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Noruega, Suecia, Países Bajos, Brasil, Paraguay, Uruguay, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, entre otros (Krasnow, 2009, pp. 206-207).
- c. Régimen de sociedad de gananciales o de comunidad relativa de bienes: en este régimen coexisten los bienes de la sociedad con los bienes propios de los cónyuges. La sociedad de gananciales es titular y administra los bienes que los cónyuges adquieran durante la vigencia del régimen. Sin embargo, esposo y esposa conservan la titularidad y la libre administración de los bienes propios que tenían antes de casarse y de los que adquieran a título gratuito durante el matrimonio. Los frutos y productos de los bienes comunes y de los bienes propios pertenecen a la sociedad de gananciales. A falta de elección de otro régimen económico matrimonial, este régimen se aplica supletoriamente en varios países, como España, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Perú y otros países latinoamericanos y de la esfera exsocialista (Flores Alonso, 2015, pp. 19-20).
- d. Régimen de participación en las ganancias o sistema de ganancias acumuladas: aquí se combinan los regímenes de separación de bienes y de comunidad de bienes. Se aplica el régimen de separación de bienes entre los cónyuges, conservando cada uno la titularidad y la administración exclusiva de sus bienes; sin embargo, esta situación cambia a partir de la disolución del matrimonio, pues «[...] cualquier aumento en los bienes de los cónyuges que se produzca durante el curso del matrimonio, se dividirá en partes iguales una vez que finalice el régimen económico matrimonial» (Flores Alonso, 2015, p. 20). Se considera que este régimen facilita una disolución pacífica del matrimonio, al permitir que al fin de la unión matrimonial el cónyuge con menos ganancias o beneficios durante el matrimonio participe en las mayores ganancias obtenidas

por el otro. Así, «[...] al disolverse (el matrimonio) no se constituye una masa partible (como en el régimen de comunidad), sino que nace un derecho de crédito a favor de uno de los cónyuges contra el otro... [para] equiparar las ganancias obtenidas durante la vigencia del régimen [...]». Al fin del matrimonio «[...] se mantienen los dos patrimonios separados, de lo que nace un derecho de crédito a favor del cónyuge más débil patrimonialmente para que el otro compense la diferencia... [hasta] igualar al resultado final» (Krasnow, 2009, p. 209). Si los cónyuges no han elegido un régimen distinto, este régimen se aplica supletoriamente en Alemania, Suiza, Grecia, Israel, Québec, Costa Rica, Panamá, entre otros. También es un régimen elegible por los cónyuges en Francia, Holanda, Cataluña, El Salvador, Chile, Paraguay, entre otros (Krasnow, 2009, p. 209).

4.11.3. El Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales

Entre las convenciones internacionales que regulan los regímenes económicos matrimoniales con elementos internacionales es especialmente relevante el Convenio de La Haya de 1978 (el Convenio), el cual consagra la autonomía de la voluntad de los futuros esposos de elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial (artículo 3), con las siguientes características principales:

- a. Respecto a los alcances de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para designar o cambiar la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio, de forma similar a otros convenios internacionales, reglamentos comunitarios y normas nacionales de DIPr, esta se encuentra limitada a elegir leyes que tengan una vinculación estrecha con dicho régimen (véase opciones previstas en el artículo 3).
- b. Respecto a materias que escapan a su dominio, por mandato del Convenio, la ley elegida como rectora del régimen patrimonial del matrimonio no se aplica a la capacidad de los cónyuges, a las obligaciones alimenticias entre ellos, ni a los derechos sucesorios del cónyuge supérstite (artículo 1).
- c. Respecto a los requisitos de validez del acuerdo por el cual se designa la ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio, este «[...] deberá ser objeto de una estipulación expresa o resultar indubitablemente de las disposiciones de un contrato matrimonial» (artículo 11). Para su validez debe constar por escrito fechado y firmado por los cónyuges. Además, deberán cumplirse las formalidades prescritas para los contratos matrimoniales, por la ley interna designada para regir el régimen económico matrimonial o por la ley del lugar donde ha realizado el acuerdo (artículos 12 y 13).
- d. Respecto a las opciones de elección de los futuros cónyuges antes de contraer matrimonio, el Convenio prevé las siguientes: (i) la ley del Estado del que uno de los esposos es nacional al momento de elegir; (ii) la ley del Estado donde uno de ellos tiene su residencia habitual al elegir; o, (iii) la ley del primer Estado donde uno de los esposos establezca su residencia habitual luego del matrimonio (artículo 3).

Si bien la ley elegida se aplicará al conjunto de bienes matrimoniales, los cónyuges, al margen de haber pactado o no una ley para su régimen patrimonial,

pueden designar como ley aplicable para uno o varios de sus inmuebles la ley del lugar de su ubicación (artículo 3).

- e. Respecto a las opciones de elección de los cónyuges durante el matrimonio, estos pueden cambiar la ley aplicable a su régimen económico patrimonial, optando por: (i) la ley del Estado del que uno de los esposos es nacional al elegir; o, (ii) la ley del Estado donde uno de ellos tiene su residencia habitual al elegir (artículo 6).
- f. Respecto a la ley aplicable al régimen económico matrimonial a falta de elección de los cónyuges, esta será: (i) la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges luego del matrimonio; o, en su defecto, (ii) la ley del Estado del cual ambos cónyuges son nacionales al casarse; o, en su defecto, (iii) la ley del Estado con el cual ambos cónyuges tengan vínculos más estrechos.
Con el ánimo de que la ley que resulte aplicable tenga un vínculo más estrecho con el régimen económico matrimonial, el Convenio (artículo 7) dispone que se modifique la ley supletoria en ciertos casos. Así, la ley del nuevo domicilio común sustituirá a la del primer domicilio conyugal cuando los esposos cambien su residencia habitual al Estado donde ambos son nacionales, y cuando hayan pasado más de 10 años desde el cambio de su residencia habitual a otro Estado (artículo 4).
- g. Respecto a las condiciones de publicidad o de registro que deben cumplirse para que la designación o cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial tenga efectos frente a terceros, dada su relevancia para garantizar el pleno ejercicio de los derechos patrimoniales de las familias «internacionales», tanto en las relaciones patrimoniales entre los cónyuges como en las que estos entablan con terceros, que producen efectos durante el matrimonio y luego de su disolución, el Convenio contempla el derecho de los Estados contratantes de fijar las condiciones que considere necesarias (artículo 9).
- h. Respecto a los límites a la autonomía de la voluntad de las partes por normas de policía y de orden público en DIPr, como en todo acuerdo con elementos internacionales, la ley aplicable al régimen económico matrimonial —designada por los cónyuges o aplicada supletoriamente— podrá ser excluida cuando, a criterio del juez competente, la aplicación de dicha ley sea «[...] manifiestamente incompatible con el orden público» (artículo 14).

Finalmente, debemos señalar que, no obstante la importancia del tema materia del Convenio, a la fecha solo ha sido ratificado por tres países, a saber: Francia (1979), Luxemburgo (1984) y los Países Bajos (1992).

4.11.4. Cooperación reforzada en la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales – Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016

Desde hace un par de décadas, en la UE surgieron una serie de iniciativas y programas y comisiones para lograr «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano». En este contexto, el Consejo Europeo solicitó extender el régimen de reconocimiento mutuo a ámbitos considerados esenciales para la vida diaria

de los ciudadanos, entre ellos, «[...] las cuestiones relacionadas con los regímenes económicos matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación de las parejas [...]» (Comisión Europea sobre los Regímenes Económico Matrimoniales, 2011, p. 4). Con «[...] una perspectiva de DIPr al servicio de los ciudadanos [...]», la Comisión emitió un Informe sobre la ciudadanía (2010), con propuestas para «[...] completar el marco jurídico existente con disposiciones relativas a las relaciones patrimoniales [...]» (Comisión Europea sobre los Regímenes Económico Matrimoniales, 2011, pp. 4-5).

Gran parte de las propuestas fueron recogidas en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, publicado el 8/7/2016 en el Diario Oficial de la UE, por el cual, según los considerandos de su texto, «[...] se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales», aplicable a todos los Estados miembros de la UE. Las disposiciones del Reglamento están dirigidas a:

[...] que los cónyuges sepan de antemano cuál será la ley aplicable a su régimen económico matrimonial... [contando] con normas armonizadas en materia de conflicto de leyes a fin de evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que el régimen económico matrimonial se rija por una ley previsible con la que tenga una estrecha conexión. Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación del régimen económico matrimonial, la ley aplicable debe regular el régimen económico matrimonial en su conjunto, es decir, la totalidad del patrimonio de ese régimen, con independencia de la naturaleza de los bienes y de si los bienes están situados en otro Estado miembro o en un tercer Estado. (Parte considerativa del Reglamento N.º 43)³

Las características más importantes del referido Reglamento son las siguientes:

- a. Respecto a los alcances de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para designar o cambiar la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio y de la ley elegida, el Reglamento permite a los cónyuges designar, antes o luego de casarse, y cambiar de mutuo acuerdo, la ley aplicable al régimen económico de su matrimonio (artículos 20 y 21), con independencia de la naturaleza o la ubicación de sus bienes; y les permite optar entre las leyes que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual o de su nacionalidad (Parte considerativa del Reglamento N.º 45).
- b. Respecto al ámbito de aplicación de la ley que regula el régimen patrimonial del matrimonio, el Reglamento consagra la unidad de la ley aplicable a dicho régimen, sea esta la ley elegida por los cónyuges o aquella cuya aplicación es supletoria a falta de elección.

³ Nótese que las disposiciones sobre la ley aplicable (capítulo III del Reglamento) solo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan designado la ley aplicable a su régimen económico matrimonial después del 29 de enero de 2019 (artículo 70).

Por ello, la misma ley se aplicará a todos los bienes incluidos en dicho régimen, con independencia del lugar de su situación (artículo 21); regulando, entre otros: a) la clasificación de los bienes de uno o ambos cónyuges durante y después del matrimonio; b) la transferencia de bienes de una categoría a otra; c) la responsabilidad de uno de los cónyuges por las obligaciones y deudas del otro; d) las facultades, derechos y obligaciones de cualquiera de los cónyuges o de ambos con respecto al patrimonio; e) la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto, la distribución o liquidación del patrimonio; f) los efectos patrimoniales del régimen económico matrimonial sobre la relación jurídica entre uno de los cónyuges y un tercero; y, g) la validez material de las capitulaciones matrimoniales (artículo 27).

- c. Respecto a materias que escapan a su dominio, por mandato del Reglamento, la ley elegida como rectora del régimen patrimonial del matrimonio no se aplica a: la capacidad de los cónyuges, la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio; las obligaciones de alimentos; los derechos sucesorios por muerte de uno de los cónyuges; la seguridad social; el derecho de transmisión o ajuste entre los cónyuges de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante el matrimonio y que no hubieran generado ingresos como pensión durante este, en casos de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio; la naturaleza de los derechos reales sobre un bien y cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos para la inscripción y los efectos de esta (artículo 1).
- d. Respecto a los requisitos de validez del acuerdo por el cual se designa la ley aplicable al régimen patrimonial del matrimonio, que hubieran previsto los cónyuges en una disposición expresa o en una capitulación matrimonial, se requiere que este conste por escrito y sea fechado y firmado por los cónyuges; admitiéndose «[...] toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo» (artículos 23,1 y 25,1).
También deben cumplirse las formalidades exigidas por la ley del Estado miembro en el que los cónyuges tienen su residencia (artículos 23,2 y 25,2); y cualquier otra formalidad requerida por la ley aplicable al régimen económico matrimonial (artículo 25,5). Si los cónyuges residen en distintos Estados miembros, bastará con cumplir las formalidades previstas en uno de ellos (artículos 23,3 y 2,3). Si solo uno de los cónyuges reside habitualmente en un Estado miembro, será suficiente cumplir las formalidades requeridas por aquel (artículos 23,4 y 2,4).
- e. Respecto a las opciones de elección de los cónyuges, su facultad de designar o cambiar la ley aplicable al régimen económico de su matrimonio, prevista en el Reglamento (artículo 22) se limita a las siguientes alternativas; optar por (i) la ley del Estado del que uno de los esposos es nacional al elegir; o por (ii) la ley del Estado donde uno de ellos es residente habitual al elegir.
- f. Respecto a la ley aplicable al régimen económico matrimonial a falta de elección de los cónyuges, esta será (artículo 26): (i) la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges luego del matrimonio; o, en su defecto, (ii) la ley del Estado del cual ambos cónyuges son nacionales al casarse; o, en

su defecto, (iii) la ley del Estado con el cual ambos cónyuges tienen la conexión más estrecha al contraer matrimonio.

- g. Respecto a los efectos frente a terceros, la ley rectora del régimen económico matrimonial rige también toda relación jurídica entre los cónyuges y terceros. No obstante, dicha ley solo podrá ser opuesta por los cónyuges a un tercero en tanto la relación jurídica haya nacido en un momento en el que el tercero tenía o debiera haber tenido conocimiento de dicha ley, si hubiera actuado con la debida diligencia (artículo 2,1).

Se presume que el tercero conoce la ley aplicable al régimen económico matrimonial cuando (artículo 28,2): (a) es la ley prevista para la transacción entre uno de los cónyuges y el tercero, o es la ley del Estado en el que el cónyuge contratante y el tercero residen habitualmente; o es la ley del Estado en el que se hallan los inmuebles; o (b) uno de los cónyuges cumplió con las condiciones de divulgación o registro del régimen económico matrimonial previstas por alguna de las leyes antes señaladas.

- h. Respecto a los límites a la autonomía de la voluntad de las partes, el Reglamento aplica el método de las normas de policía y la excepción de orden público, facultando a los órganos jurisdiccionales —y demás autoridades competentes— a excluir la ley aplicable al régimen económico matrimonial cuando aquella pudiera restringir «[...] la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro [...] cuya observancia considera esencial [...] para salvaguardar sus intereses públicos [...] como su organización política, social o económica [...]» (artículo 30); y cuando su aplicación «[...] es manifiestamente incompatible con el orden público [...] del foro [...]» (artículo 31); o es contraria a principios fundamentales, como el de no discriminación (artículo 38).

4.11.5. Una aproximación al régimen patrimonial del matrimonio en el Perú

El CC peruano permite a los cónyuges o futuros cónyuges optar —antes o durante el matrimonio— por el régimen de separación de patrimonios, por medio de escritura pública (artículos 295 y 296 del CC). En defecto de elección, los rige el régimen de sociedad de gananciales. Sin embargo, las normas de DIPr peruanas no los faculta a elegir la ley aplicable a su régimen patrimonial, imponiéndoles la aplicación de la ley del primer domicilio conyugal (artículo 2078 del CC), que en múltiples casos no es la ley que tiene un vínculo más estrecho con el régimen económico matrimonial.

Al respecto, recomendamos modificar el CC, permitiendo a los cónyuges o futuros cónyuges elegir la ley aplicable al régimen patrimonial de su matrimonio entre las leyes que tengan una estrecha conexión en razón de su residencia habitual; esto es: (i) la ley del Estado donde uno de ellos reside al elegir; o, (ii) la ley del Estado donde los cónyuges establezcan el domicilio conyugal luego del matrimonio.

A falta de elección, proponemos que el régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges sobre los bienes se rijan por la ley del último domicilio conyugal o, en su defecto, por la ley del Estado con el cual ambos cónyuges tengan vínculos más estrechos. Corresponde al juez competente, a pedido de los cónyuges, disponer la aplicación supletoria de una ley distinta a la del último domicilio conyugal, por considerar que dicha ley tiene vínculos más estrechos. Así, por ejemplo, podría

disponer la aplicación de la ley del primer domicilio conyugal, teniendo en cuenta, entre otros, el mayor tiempo que los cónyuges permanecieron en el primer domicilio conyugal y las relaciones patrimoniales organizadas en función de dicha ley, de forma similar a lo previsto en el Convenio (artículo 7) y en el Reglamento (artículo 26). En todo caso, la ley que resulte aplicable solo podrá tener efectos frente a terceros, en tanto se cumpla con las condiciones de publicidad o de registro previamente establecidas.

5. Conclusiones

1. Los contratos internacionales, al conectarse con múltiples países y con ordenamientos jurídicos distintos, enfrentan incertidumbre respecto a la ley a ellos aplicable, debiendo intervenir el DIPr para dar certeza a los contratantes sobre las normas que rigen el cumplimiento de sus obligaciones. Al respecto, la autonomía de la voluntad de las partes es hoy el factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos, aunque presenta distinto alcance, en función de las normas de DIPr de cada país. Los Estados han previsto diferentes factores de conexión y fórmulas para determinar la ley aplicable en defecto de elección de las partes, por lo que las soluciones respecto al derecho aplicable a un contrato y, por tanto, las decisiones de los tribunales en relación con un mismo caso, puedan diferir, dependiendo del país y del tribunal estatal o arbitral involucrado. Ello afecta la previsibilidad y la seguridad jurídica requerida por la contratación y eleva los costos de transacción.
2. No todos los cuerpos normativos reconocen la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la *lex contractus*. La voluntad de las partes como factor de conexión principal está prevista, entre otros, en el DIPr peruano, y solo se utilizan los factores previstos en la ley en defecto de elección, permitiendo que las partes tengan mayor previsibilidad y seguridad jurídica respecto a los derechos y obligaciones contractuales. Las normas que desconocen la autonomía de la voluntad disponen que la *lex contractus* sea determinada por las normas de conflicto del foro, lo que podría llevar al juez a aplicar leyes cuyo contenido sea ajeno a los intereses de las partes.
3. El DIPr del siglo XXI establece límites a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales por dos motivos fundamentales: (i) para proteger normas internacionalmente imperativas, descartando la autonomía de la voluntad cuando el contenido de la ley extranjera aplicable al contrato viole principios e intereses fundamentales del foro; y, (ii) para cautelar los intereses de la considerada parte débil en una relación contractual en la que se presume desigualdad de condiciones, como en los contratos de trabajo y de consumo.
4. La autonomía de la voluntad también está prevista, aunque con límites, para dar mayor previsibilidad y seguridad jurídica a las relaciones patrimoniales de matrimonios internacionales, incorporándose normas especiales que reconocen cierta autonomía a los esposos para elegir la ley aplicable al régimen económico de su matrimonio, a través de capitulaciones, convenios o pactos diversos. Son

cada vez más los países que permiten a los cónyuges realizar acuerdos sobre la titularidad y administración de sus bienes y rentas y los gastos que se generan, y sobre la ley aplicable a dichos acuerdos, considerando que ellos están en mejor posición para decidir sobre los aspectos económicos de su matrimonio.

5. A la fecha, el Perú no ha suscrito ningún convenio internacional moderno sobre la ley aplicable a los contratos internacionales. Como garantía de mayor seguridad jurídica en la contratación, sería recomendable que el Perú y demás países de la región tengan un instrumento legal único ratificado por todos, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994, con lo que se unificaría y armonizaría la determinación del derecho aplicable a los contratos internacionales, sea que el juzgamiento recaiga en un tribunal arbitral o judicial. Además, pese a su carácter no vinculante, los «Principios de La Haya» (2015) aprobados por los Estados miembros de la Conferencia de La Haya de DIPr aportan un buen marco normativo para establecer, reformar e interpretar regímenes para elegir el derecho aplicable a la contratación internacional.
6. La aprobación de las siguientes dos propuestas de reforma normativa del CC permitiría al Perú contar con un marco jurídico moderno y previsible que brinde mayor seguridad jurídica a la contratación internacional y a los acuerdos sobre el régimen patrimonial de los matrimonios internacionales: (i) complementar la facultad general del artículo 2095 del CC con normas de conflicto particulares para ciertos contratos en los que haya una parte débil por proteger, como el contrato de trabajo y el de consumo; y, (ii) permitir a los cónyuges, antes o durante el matrimonio, elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial entre aquellas que tienen una estrecha conexión con su residencia habitual, facultad que hoy no está reconocida, imponiéndoseles la aplicación de la ley del primer domicilio conyugal (artículo 2078 del CC).

Referencias

Libros, revistas y tesis

Boggiano, A. (1995). *Contratos internacionales* (pp. VII-XXX y 1-186). Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Bouza Vidal, N. (2005). Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales. *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004 de la Universidad del País Vasco*. Barcelona. Véase http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2004/2004_5.pdf

Calvo Caravaca, A. L. (2009). *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas* (pp. 52-133). Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, volumen 1, número 2.

Calvo Caravaca, A. L., & Carrascosa González, J. (2012). *Derecho internacional privado* (pp. 547-760). Volumen II. Granada: Editorial COMARES.

Carrascosa González, J. (2000). *Matrimonio y elección de ley. Estudio de derecho internacional privado* (pp. 7-132). Granada: Editorial Comares.

Carrascosa González, J. (2009). La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I. *Textos de derecho internacional privado © 2009* (pp. 1-141). Madrid: Colex. Véase https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.mastersdip.es%2Flearning%2Ftemario%2F1%2FPILaw%2520Texts%2520002%2520-%2520Ley%2520aplicable%2520contratos.doc&ei=mru6U-bWxLarL0gHAK4GwCw&usq=AFQjCNE3VDV3S_i1TyAgnZzf5jMF4HIV-Q&sig2=3K40Y_Jbxi-BwFcm4gsaaw

Comisión Europea del 2010 sobre los Regímenes Económicos Matrimoniales. (2011). Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales. Bruselas, 16.3.2011. COM (2011) 125 final. Véase <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0125>

Delgado Barreto, C. (2015). La autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de la Asociación Civil Ius et Veritas de la Facultad de Derecho de la PUCP. Reflexiones en torno al derecho civil a los treinta años del Código Civil* (pp. 327-346). Lima: PUCP.

Delgado Barreto, C., & Delgado Menéndez, M. A. (2008). Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional. En *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi* (pp. 2231-2250). Lima: Palestra Editores.

Delgado Barreto, C., Delgado Menéndez, M. A., & Candela Sánchez, C. (2007). *Introducción al derecho internacional privado*. Tomo II: *Conflicto de leyes – Parte especial* (pp. 375-406). Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Delgado Menéndez, M. A. (2017). *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho inter-*

nacional privado contemporáneo (pp. 1-208). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 44.

Delgado Menéndez, M. A., & Pejnovic Delgado, M. (2018). Lex contractus. En Collantes, J. L. (Director), *Enciclopedia del arbitraje. Segunda parte* (pp. 116-121). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 48.

Fajardo Montoya, C. (2017). *Autonomía privada y régimen económico del matrimonio entre contrayentes de diferentes países: ¿una alternativa de regulación?* *Ars Boni et Aequi* (13, N.º 1), pp. 43-64. Rioja. Dialnet de la Universidad de Rioja. Véase <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6126285.pdf>/Dialnet-AutonomiaPrivadaYRegimenEconomicoDelMatrimonioEntr-6126285.pdf

Flores Alonso, M. S. (2015). *Ley aplicable a los regímenes económicos matrimoniales: regulación actual y perspectivas de futuro* (pp. 3-60). Tesis para optar el grado en Derecho. Salamanca: Universidad de Salamanca. Facultad de Derecho. Véase https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/127263/1/TG_FloresAlonso_Ley.pdf

González de Cossío, F. (1997). La Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales a la luz del derecho conflictual internacional. *Revista de Derecho Privado*, año 8, número 24, pp. 117-149. Ciudad de México: Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM. Véase <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/24/tci/tci8.pdf/>

Krasnow, A. N. (2009). El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho comparado. Caracterización del régimen vigente en el derecho argentino. *Revista de Derecho Privado Externado 17-2009*, pp. 203-224. Bogotá, Colombia. Véase <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/download/415/395/>

Landa Arroyo, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *Themis. Revista de Derecho de la Asociación Civil Themis de la Facultad de Derecho de la PUCP por el 30 aniversario del Código Civil*, número 66, pp. 309-327. Lima: PUCP.

Leible, S. (2011). La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales. *Revista Chilena de Derecho. Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 3, N.º 1, pp. 214-233. Santiago de Chile.

Lorenz, W. (1957). *Vertragsschluss und parteiwille im internationalen obligationenrecht Englands*. Heidelberg.

Tovar Gil, J., & Tovar Gil, M. C. (2008). Capítulo XVII: Perú. En Esplugues Mota, C., Hargain, D., & Palao Moreno, G. (Directores), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España* (pp. 617-663). Buenos Aires-Montevideo: B de F Ltda.

Trigueros Gaisman, L. (1994). La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. *Revista Alegatos de la UNAM*, número 28, pp. 1-12. Ciudad de México. Véase <http://www.azc.uam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/25/28-04.pdf/>

Virgos Soriano, M. (1995). *Derecho internacional privado. Parte especial* (pp. 174-178). Madrid: Eurolex.

Conferencias, convenios, convenciones y reglamentos internacionales

Conferencia de La Haya de DIPr.

Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), Ciudad de México 1994. http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/

Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales. <https://assets.hcch.net/docs/04c0499a-be36-4ef8-a44d-2b1e7d893d4c.pdf>

Convenio de La Haya de 1978.

Convenio de Roma de 1980.

Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41980A0934/>

Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales L177/6. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF/>

Reglamento que establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.183.01.0001.01.SPA

Reglamento Roma I de 2008.

Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016.

Constituciones Políticas, Códigos Civiles, Proyectos de Códigos, leyes internas de DIPr y arbitraje. Reglamentos de Arbitraje y Leyes Modelo

Código Civil Argentino de 1869.

Código Civil Español de 1889. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/cc/tprel.htm/>

Código Civil Peruano de 1984.

Código Civil Uruguayo de 1868, modificado por Ley 10.084 del 3.12.1941. <http://www.fder.edu.uy/2013/documentos/codigo-civil.pdf/>

Constitución Política del Perú de 1993.

<http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=235975/>

http://archivo.presidencia.gub.uy/sci/proyectos/2013/09/mrree_3044.pdf/

Ley Argentina N° 26.994 del 1.10.2014, promulgada el 7.10.2014, que aprueba nuevo título de DIPr del CC Argentino.

Ley Chilena N° 19.971 de 2004 sobre arbitraje comercial internacional. <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=230697/>

Alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI

Ley de Arbitraje de Brasil de 1996, Ley 9307. <http://www.leyprocesal.com/leyprocesal/de/ley-brasilena-de-arbitraje.asp?nombre=4306&cod=4306&sesion=1/>

Ley de Arbitraje Peruana (D. Leg. 1071) de 2008. http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf/

Ley Japonesa de DIPr sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes 78/2006 de 21 de junio. Entrada en vigor el 1 de enero de 2007. <http://eprints.ucm.es/18138/1/T34237.pdf/>

Ley Modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html/

Ley Venezolana Nº 36.511 de DIPr, publicada el 6 de agosto de 1998. http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/f3da5e0a751b6624f84ac8169c28a92764ccc2c3_1293024671.pdf/

Principios de la Conferencia de La Haya de DIPr sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015. <https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales (2010). <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf/>

Principles of European Contract Law – PECL (Parts I and II revised 1998, Part III 2002). <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay de 2013 (remitido por el Poder Ejecutivo al Congreso en octubre 2013).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/icc/arbruls.asp/>

Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid. http://www.arbitramadrid.com/web/corte/reglamento_corte/

Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (vigente desde 1.10.14). http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx/

Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. https://www.swissarbitration.org/sa/download/SRIA_spanish.pdf/

Restatement (Second) of Conflict of Laws de EE.UU. de 1971 (modificado 1989). <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html/>

Jurisprudencia internacional

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJCE). (2011). *DO C 80, del 27 de marzo de 2010, asunto C29/10, 2011/C 139/14* (petición de decisión prejudicial planteada por la *Courd'Appel* —Luxemburgo)— Heiko Koelzsch/État du Grand-duché de Luxembourg. Sentencia: 15 de marzo de 2011. Véase http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=84441&doclang=ES/http://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_2011.139.01.0009.01.SPA/

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

Milan Pejnovic Delgado

Sumilla

Diversos instrumentos internacionales importantes como la Ley Modelo CNUDMI y su Reglamento, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, los Principios UNIDROIT, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, así como diversas legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales, exigen que los tribunales arbitrales tomen en cuenta los «usos del comercio» (también llamados «usos mercantiles») a la hora de aplicar la *lex contractus* (ya sea elegida por las partes o por el tribunal a falta de pacto).

El problema es que existen distintas posiciones doctrinales respecto de: (i) su vinculación con la *lex mercatoria*, (ii) su contenido y (iii) su función. Esto ha generado que la jurisprudencia arbitral internacional sea muy variada, lo que les ha generado a los tribunales problemas a la hora de decidir cómo deben aplicar los «usos del comercio» a un caso concreto.

Por eso, este artículo busca ayudar a responder las interrogantes teóricas principales y arrojar algunas luces respecto de los criterios que deben ser tomados en cuenta a la hora de aplicar los «usos del comercio». Con esa finalidad en mente, en la sección 1 identificaremos cuáles son los instrumentos internacionales y nacionales que exigen expresamente que los tribunales apliquen los «usos del comercio»; en la sección 2 analizaremos cuál es el vínculo entre la *lex mercatoria* y los «usos del comercio»; en la sección 3 determinaremos cuál debe ser el contenido de los «usos del comercio»: uno restrictivo o uno extensivo; y en la sección 4 estableceremos cuál debe ser la función de los «usos del comercio»: una meramente interpretativa de la ley sustantiva o una condición implícita contractual que determina la voluntad de las partes.

[El conflicto de leyes es] una ciénaga sombría, repleta de pantanos movedizos, y habitado por estudiosos versados pero excéntricos que teorizan sobre asuntos misteriosos en una jerga extraña e incomprensible. [Por esta razón], el tribunal común, o el abogado, se encuentra verdaderamente perdido al verse enredado y sepultado en él.

WILLIAM PROSSER

1. Introducción

No siempre es fácil entender lo que las personas quieren. A veces porque no son claras cuando se comunican, otras porque nosotros no tenemos el conocimiento para entenderlas, y algunas otras porque simplemente no dicen nada. Esto ha generado que cada uno desarrolle herramientas, como el análisis de los comportamientos y los gestos, que permiten acercarnos lo más posible a la real intención de quien queremos entender. Y es que cuando uno desea tomar decisiones vinculadas con una persona, «la intención [de esa persona] sí es lo que cuenta».

Lo mismo pasa cuando un tribunal arbitral quiere decidir una controversia entre dos o más partes de un contrato internacional. Dado que, en la mayoría de los casos, los costos de pactar *ex ante* todas las condiciones y cláusulas necesarias en el contrato internacional pueden ser demasiado altos, muchas veces estas dejan, ya sea de forma consciente o inconsciente, vacíos o ambigüedades que deberán ser resueltas por los árbitros si es que surge una controversia que lo justifique. Como explica Bullard, «contratar cuesta, y [...] contratar mejor cuesta más» (Bullard, 2007, pp. 35-87). Por ello, se han puesto a disposición de los árbitros ciertos mecanismos que les permiten llenar los vacíos o ambigüedades dejadas por las partes en sus contratos internacionales y solucionar las controversias que surjan al respecto.

Uno de estos mecanismos es los «usos del comercio» o «usos mercantiles» (en adelante, usos del comercio), reconocido por diversos instrumentos internacionales como la Ley Modelo CNUDMI y su Reglamento, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, los Principios UNIDROIT, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, así como diversas legislaciones nacionales y reglamentos arbitrales. El problema es que existen distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto del contenido y función de este mecanismo, que pueden llevar a que su aplicación en un caso concreto sea diametralmente diferente dependiendo de cuál posición se elija.

Por ello, en este artículo analizaremos las distintas posiciones que hay sobre el tema e intentaremos dar mayor claridad sobre los criterios que deberían primar en los tribunales arbitrales al momento de aplicar este mecanismo. También expondremos cuál, consideramos, debería ser la aplicación que los tribunales arbitrales deben darle a este mecanismo a la hora de resolver una controversia arbitral, siempre teniendo como premisa básica que el arbitraje se sustenta en la voluntad de las partes, por lo que «la intención [de las partes] sí es lo que cuenta».

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

2. ¿En cuáles instrumentos internacionales y nacionales se han reconocido los usos del comercio?

Mientras que en los contratos en los que no existe algún componente internacional relevante la identificación de la ley sustantiva implica una tarea sencilla, esta tarea se complejiza cuando el contrato es internacional. Esto es así porque, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, las partes de un contrato internacional tienen la libertad de pactar la ley o las reglas legales que deseen, pudiendo incluso, dependiendo del caso, elegir una ley que no tiene ninguna vinculación con ellas mismas ni con el lugar de ejecución de dicho acuerdo.

Este principio ha sido recogido por la Ley Modelo CNUDMI,¹ así como por una numerosa cantidad de legislaciones nacionales —por ejemplo, la Ley de Arbitraje Brasileña de 1996,² la Ley de Arbitraje del Reino Unido de 1996,³ el Código de Procedimientos Civiles francés,⁴ la LPC alemana de 1998,⁵ la Ley de Arbitraje y Conciliación india de 1996,⁶ la Ley de Derecho Internacional Privado suiza⁷ y la Ley de Arbitraje peruana.⁸ También ha sido reconocido este principio por convenciones internacionales y reglamentos arbitrales. Por ejemplo, el Convenio CIADI señala, en su artículo 42, que «el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes». Por su parte, el Reglamento CNUDMI señala en su artículo 35(1), en la misma línea que la Ley Modelo, que «el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio». En esa misma línea se pronuncian el Reglamento de Arbitraje de la CCI 2017,⁹ el Reglamento de Arbitraje de la ICDR 2014,¹⁰ el Reglamento de Arbitraje de la LCIA 2014,¹¹ el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo 2017¹² y el Reglamento del Centro de Arbitraje de la CCL 2017.¹³

1 Art. 28(1).- El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio [...].

2 Art. 2(1).- Podrán las partes elegir, libremente, las reglas de derecho que serán aplicadas al arbitraje, en la medida en que no exista violación del orden público y las buenas costumbres.

3 Art. 46(1).- El tribunal arbitral deberá decidir la controversia: (a) de conformidad con la ley elegida por las partes como aplicable al fondo de la controversia [...].

4 Art. 1511.- El tribunal arbitral resolverá la controversia de conformidad con las normas jurídicas escogidas por las partes [...].

5 Art. 1051(1).- El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.

6 Art. 28(1)(b).- En el arbitraje internacional: (i) el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia [...].

7 Art. 187(1).- El tribunal arbitral decidirá el caso conforme al derecho acordado por las partes [...].

8 Art. 57(2).- En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia.

9 Art. 21(1).- Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia.

10 Art. 31(1).- El tribunal arbitral aplicará la(s) ley(es) sustantiva(s) o las reglas de derecho acordadas por las partes como aplicables a la controversia.

11 Art. 22(3).- El tribunal arbitral decidirá sobre la controversia de acuerdo con las disposiciones de la ley, leyes o normas elegidas por las partes como aplicables al fondo del asunto.

12 Art. 27(1).- El tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia con base en el derecho o en las normas jurídicas que las partes hayan acordado.

13 Art. 21(1).- Las partes pueden acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral debe aplicar al fondo de la controversia.

En palabras de Lalive (1978, p. 87): «Existen pocos principios más universalmente admitidos en el Derecho Internacional Privado que [aquel que señala] que la ley que gobierna un contrato es aquella elegida por las partes, ya sea de forma expresa [...] o tácita».

Esto nos lleva a pensar que una vez que las partes han pactado una ley aplicable al fondo, el tribunal arbitral debe resolver sin excepciones de acuerdo a dicha ley. Sin embargo, existe otra regla, que usualmente acompaña al principio de autonomía de la voluntad, la cual, según un sector de la jurisprudencia y la doctrina, podría introducir excepciones a la aplicación de la ley sustantiva elegida por las partes, dando incluso como resultado que el tribunal arbitral termine inaplicando algunas disposiciones de dicha ley.

Esta regla, recogida por múltiples instrumentos legales de fuente nacional e internacional, dispone que los tribunales arbitrales tendrán en cuenta los «usos del comercio» a la hora de aplicar la ley sustantiva elegida por las partes.

Por ejemplo, la Ley Modelo CNUDMI señala en su artículo 28(4) que: «En todos los casos, *el tribunal arbitral* decidirá con arreglo a las estipulaciones del *contrato* y *tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso*» (cursivas añadidas).

En esa misma línea, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961 señala, en su artículo VII, que: «En ambos casos, [ya sea si las partes pactan o no una ley aplicable al fondo], *los árbitros tendrán en cuenta* las estipulaciones del contrato y *los usos mercantiles*» (cursivas añadidas).

Este lenguaje además es replicado por diversas leyes de arbitraje nacionales —como el Código de Procedimiento Civil francés,¹⁴ la LPC alemana de 1998,¹⁵ la Ley de Arbitraje y Conciliación india de 1996¹⁶ y la Ley de Arbitraje peruana¹⁷— y también por diversos reglamentos internacionales —como el Reglamento CNUDMI,¹⁸ el Reglamento de Arbitraje de la CCI 2017,¹⁹ el Reglamento de Arbitraje de la ICDR 2014²⁰ y el Reglamento del Centro de Arbitraje de la CCL 2017.²¹

Ahora bien: existen otros dos instrumentos internacionales que regulan con mayor detalle la aplicación de los usos del comercio. Por un lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías señala, en su artículo 9, que:

14 Art. 1511.- [...] El tribunal arbitral siempre tomará en cuenta los usos del comercio.

15 Art. 1051(4).- En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

16 Art. 28(3).- En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

17 Art. 57(4).- En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

18 Art. 35(3).- En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso.

19 Art. 21(2).- El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes.

20 Art. 31(2).- [...] el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al contrato.

21 Art. 21(1).- Las partes pueden acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral debe aplicar al fondo de la controversia.

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

- 1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- 2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate.

Finalmente, los Principios UNIDROIT de 2017 señalan en su artículo 1.9 lo siguiente:

ARTÍCULO 1.9

(Usos y prácticas)

- (1) Las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.
- (2) Las partes están obligadas por cualquier uso que sea ampliamente conocido y regularmente observado en el comercio internacional por los sujetos participantes en el tráfico mercantil de que se trate, a menos que la aplicación de dicho uso sea irrazonable.

Como se puede apreciar, la aplicación de los usos del comercio junto con la ley sustantiva elegida por las partes es una regla ampliamente reconocida a nivel internacional que impone a los tribunales arbitrales la obligación de tomarlos en cuenta a la hora de elaborar el laudo y decidir la controversia. La pregunta que surge entonces es: ¿qué significa tomarlos en cuenta?, ¿aplicarlos siempre, incluso si van en contra de la ley sustantiva elegida por las partes?, ¿o solo utilizarlos para interpretar el contrato y la ley sustantiva?

Para intentar resolver estas y otras interrogantes que surgen respecto de la aplicación de este mecanismo, en la siguiente sección revisaremos primero cuál es la génesis de los «usos del comercio» y su vinculación con la *lex mercatoria*.

3. ¿Cuál es el vínculo entre los usos del comercio y la *lex mercatoria*?

Para entender el concepto de usos del comercio es importante, primero, comprender la noción de *lex mercatoria*. La doctrina y la jurisprudencia la definen de distintas maneras. La doctrina suele agrupar las diferentes nociones en tres grupos:

- a. *Definición amplia*: como «un orden legal autónomo, creado de forma espontánea por las partes que participan en relaciones comerciales internacionales y que existe en forma independiente de los órdenes legales» (Park, 2010, p. 183). Por su parte, Born explica que, de acuerdo con esta definición, nos encontramos frente a «una categoría del derecho internacional, separada de cualquier orden legal nacional, derivada de y aplicable a los intercambios comerciales internacionales» (Born, 2014, p. 2760).

- b. *Definición intermedia*: como «un cuerpo de reglas sustantivas vinculadas con el comercio internacional, incorporadas a los sistemas legales nacionales de una manera más o menos similar a la de los usos del comercio, y sin pretender constituir una categoría autónoma de derecho internacional» (Park, 2010, p. 183).
- c. *Definición restrictiva*: como «un complemento a la ley aplicable, visto solo como una consolidación gradual de usos y expectativas en el comercio internacional» (Park, 2010, p. 183).

En cuanto a las fuentes de la *lex mercatoria*, existe consenso respecto de que estas son plurales y diversas, pero el consenso desaparece cuando se trata de identificarlas y determinar cuáles son sus fuentes. De acuerdo con la visión restrictiva, originada por Schmitthoff (1989b, pp. 20-37), solo existen dos fuentes de *lex mercatoria*: (i) las convenciones internacionales y las leyes modelo; y, (ii) los usos y prácticas del comercio.

Por otro lado, la visión liberal, originada por Goldman (1979), acepta siete fuentes distintas de la *lex mercatoria*: (i) principios generales del derecho de los contratos internacionales, (ii) las convenciones internacionales y las leyes modelo, (iii) los usos y prácticas del comercio, (iv) las reglas uniformes, (v) los contratos y cláusulas estándar, (vi) los códigos de conducta y (vii) los laudos arbitrales. Como explica Ayoglu, esta última es la posición predominante hoy en día (2014, p. 28).

Para los efectos de este artículo, y no obstante estar de acuerdo con la visión liberal de la *lex mercatoria*, la distinción entre ambas posiciones doctrinarias resulta irrelevante. Ambas visiones consideran los usos del comercio como una fuente indubitable de *lex mercatoria*.

Teniendo claro que los usos del comercio son una fuente de la *lex mercatoria*, en la siguiente sección analizaremos cuál debe ser el contenido que los tribunales le deben dar a este concepto cuando deseen aplicarlo para resolver una controversia.

4. ¿Cuál debe ser el contenido del concepto de «usos del comercio»?

Como vimos en el punto 2, en muchos casos los tribunales arbitrales se encuentran frente a una *lex arbitri* o a un reglamento arbitral que les exige tomar en cuenta los usos del comercio a la hora de decidir una controversia. Esta incorporación por parte de los legisladores y las instituciones arbitrales, así como la elección de dichos instrumentos por las partes para resolver las disputas derivadas de un contrato, expresan «el deseo de las partes de que tanto el contrato como la ley aplicable se interpreten a la luz del contexto comercial» (Born, 2014, p. 2666).

Este deseo se debe, según Lewison (citando el caso *Cunliffe-Owen v. Theather & Greenwook* de 1967), a que:

Un uso se incrementa porque todo el mundo en el mercado, conociendo dicho uso, asume tácitamente que el contrato que está pactando, ya sea como comprador o vendedor, se encuentra sujeto a dicho uso. El carácter obligatorio del uso nace de innumerables transacciones individuales llevadas cabo por las partes con el conocimiento de que ciertos usos son prácticas usualmente respetadas en el

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

mercado. Para que una práctica se convierta en un uso reconocido, debe ser cierta, en el sentido que es tan bien conocida en el mercado en el que supuestamente existe, que aquellos que llevan a cabo sus negocios en el mercado contratan tomando dicho uso como un término [contractual] implícito; y debe ser razonable. (2011, p. 311)

Ahora bien: no obstante que hay en la doctrina y la jurisprudencia poca controversia respecto de las razones por las cuales los usos del comercio son deseados por las partes de un contrato comercial internacional, no ocurre lo mismo con el contenido de este concepto. Así, existen fuertes discrepancias entre aquellos que abogan por un contenido restrictivo o limitado del concepto bajo análisis y aquellos que, por el contrario, defienden un contenido más extensivo o amplio de él (Fouchard, Gaillard & Goldman, 1999, p. 844; Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, pp. 185-186). Veamos cuáles son las principales diferencias entre esas posiciones.

4.1. Contenido restrictivo o limitado de «usos del comercio»

Aquellos que abogan por esta posición parten de la premisa de que los usos del comercio no deben ser confundidos con los principios generales del derecho o de los contratos internacionales. Como comentan Delvolve, Rouche & Pointon, «en algunas ocasiones se da una confusión lingüística cuando los árbitros caracterizan como usos del comercio lo que en realidad son principios o prácticas transnacionales de aceptación general en el comercio internacional» (2009, p. 141).

Así, la existencia de una cláusula o regla que dispone la aplicación de los usos del comercio «solo dispone que [el tribunal arbitral] tome en consideración las prácticas, expectativas y contenido económico de un tipo particular de transacciones empresariales». Esto se debe, como explica Ayoglu citando a Gaillard (Gaillard, 1991), a que «los principios generales del derecho contractual internacional y los usos del comercio constituyen dos diferentes categorías de fuentes y su régimen legal es ciertamente diferente» (2014, p. 32).

Esta distinción se sustenta en que, «a diferencia de los principios generales de los contratos internacionales, los usos del comercio son internos, y no externos, al acuerdo entre las partes» (Caso CCI N.º 13954, p. 234). En esa misma línea se pronunció el tribunal arbitral en el Caso CCI N.º 13330 de 2006: «El término *lex mercatoria* [...] es usualmente utilizado para referirse a reglas legales que tienen como fuente el comercio internacional. Los usos del comercio, por otro lado, usualmente constituyen parte del acuerdo de las partes (salvo que sean excluidos)» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 193).

Por lo anterior, el concepto de usos del comercio debe ser entendido como uno limitado, incluyendo solo: «(a) prácticas conocidas y seguidas por costumbre en un negocio, industria o ámbito profesional particular; y, (b) prácticas que surgen de los negocios entre las mismas partes [del contrato]» (Caso CCI N.º 13954, p. 234).

En esta misma línea, el tribunal arbitral del Caso CCI N.º 13139 de 2006 determinó que los usos del comercio deben entenderse «como una referencia a los usos del comercio utilizados en una industria específica y deben considerarse vinculantes a

todos los participantes de esa industria en particular», pero no puede interpretarse «como una referencia a lo que ocurre normalmente en el curso ordinario de una empresa [en general]» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, p. 186).

Por esta razón, en el Caso CCI N.º 13954 el árbitro único determinó que los principios legales de buena fe, autoridad aparente y actos propios son principios generales de la contratación internacional pero no de los usos del comercio (Caso CCI N.º 13954).

De forma similar, el tribunal arbitral del Caso CCI N.º 11256 de 2003, con sede en Los Ángeles, se negó a aplicar los Principios UNIDROIT en virtud del artículo 17(2) del Reglamento CCI en tanto que no todas las reglas incluidas en dicho cuerpo normativo «cumplirían per se con el test tradicional para que ciertos usos sean aceptados como fuentes de derecho (*repetitio* y *opinio iuris*)» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 194). Sobre esta misma base, el tribunal arbitral del Caso CCI 13284 también rechazó aplicar los Principios UNIDROIT como parte de los «usos del comercio» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 194).

4.2. Contenido extensivo o amplio de «usos del comercio»

En el caso de aquellos que apoyan un contenido extensivo o amplio de usos del comercio, se entiende que este concepto no solo incluye las prácticas usuales de un sector o negocio sino que comprende también reglas de derecho que se derivan del derecho comparado y otras fuentes internacionales:

[De esta forma], los usos del comercio son asimilados a los principios generales del derecho comercial internacional. [En este sentido] algunos autores son de la opinión que la *lex mercatoria* tiene su fuente en los usos del comercio, en principios generalmente aplicables al comercio internacional y en laudos internacionales. (Reisman, Craig, Park & Paulsson, 1997, p. 202)

En otras palabras, es necesario efectuar «una expansión de la noción de usos del comercio para incluir aquellos contratos que por su naturaleza son internacionales» (Craig, Park & Paulsson, 1990, p. 614). En palabras de Derains, «el arbitraje solo puede cumplir con las aspiraciones de los actores comerciales si permite que los usos del comercio tengan el ámbito de aplicación más amplio posible» (1973, p. 122).

Además, como bien explica Gélinas, la distinción entre los usos del comercio y los principios generales de los contratos internacionales «se hace cada vez más difícil de sostener» (2016, p. 217). Esto es así porque muchos de los usos del comercio que en el pasado pertenecían solo a un negocio específico ahora se aplican a varios negocios. Más aún: muchos de estos incluso han llegado a convertirse en principios generales de la contratación internacional a través, por ejemplo, de su inclusión en cuerpos normativos de *soft law* de aplicación general. Por ello, para Paulsson, «la *lex mercatoria* [...] se vería como un refinamiento del concepto de uso [del comercio], para la aplicación específica a los contratos de carácter internacional» (1990, p. 71).

Esta expansión del concepto fue efectuada, por ejemplo, en el Caso CCI N.º 3493 de 1983, en el cual el tribunal arbitral decidió, sobre la base del artículo 13(5) del

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

Reglamento CCI, que la ley sustantiva aplicable debe ser construida de tal forma que «incluya los principios del derecho internacional que podrían ser aplicables» (Caso CCI N.º 3493).

Otros autores y tribunales arbitrales han sido aún más específicos sobre los instrumentos internacionales que según ellos incluyen usos del comercio. Por ejemplo, Van der Bend, Leijten e Ynzonides explican que cuando una ley o reglamento señala que «en todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a los usos mercantiles aplicables al caso» significa que «el tribunal arbitral puede tomar en cuenta los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales [...] y los Principios del Derecho Europeo de Contratos» (2009, p. 223).

Por otro lado, en el laudo del caso CCI N.º 8502 de 1996, el tribunal arbitral entendió en un caso sobre exportación de arroz que: (i) la mención en el contrato de que las controversias serían resueltas aplicando los Incoterms 1990 y los UPC 500 significa que «las partes han expresado su intención mutua de que su relación sea gobernada por principios generales del comercio internacional [...]» (Caso CCI N.º 8502), y (ii) que debido a que los instrumentos mencionados por las partes no contienen reglas que permitan solucionar la controversia, se deberán aplicar la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT en tanto que, según los árbitros, estos instrumentos «reflejan usos del comercio ampliamente aceptados [...]» (Caso CCI N.º 8502). Como se puede apreciar, a la hora de decidir, el tribunal arbitral trató sin distinción alguna los principios generales del comercio internacional y los usos del comercio.

Los casos antes citados son relevantes, ya que para un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia los Principios UNIDROIT «no necesariamente representan usos del comercio [...]» (Marella, 2003, p. 1150). Esto queda evidenciado, por ejemplo, en el laudo del caso CCI N.º 7375 de 1996, donde el tribunal arbitral trató los Principios UNIDROIT como distintos a los usos del comercio relevantes para el caso (Caso CCI N.º 7375).

4.3. ¿Qué contenido de usos del comercio debería considerar un tribunal arbitral en un arbitraje internacional?

Como explica Paulsson:

[U]na de las dificultades asociadas con el uso de la palabra «usos [del comercio]» es que su significado principal se refiere al comportamiento de las partes que se encuentran en la conducta de los negocios diarios. El árbitro internacional busca las reglas aplicables a una situación patológica: una disputa. Hay relativamente poca dificultad en aplicar los usos en su sentido ordinario para aclarar el significado del lenguaje del contrato (por ejemplo, los usos relevantes pueden indicar si el «pago» se «realizó» en una fecha en particular). Pero es difícil designar un «uso» determinante cuando una parte desea otorgar una calificación legal a una situación compleja (como la neutralización de las obligaciones contractuales impuestas por un evento de fuerza mayor) cuando la otra parte rechaza esa calificación. (1990, p. 76)

Esto hace que sea importante que los tribunales arbitrales tengan la posibilidad de darle un contenido extensivo a los usos del comercio, pudiendo incluir principios generales que en muchos casos serán más fáciles de identificar y sustentar, además de que contarán con mayor legitimidad de cara a cualquier proceso de anulación o ejecución del laudo. De esta forma se podrá darle una solución a la controversia que se ajuste mejor a la voluntad y común intención de las partes. Esto no quiere decir que en todos los casos este concepto deberá ser asimilado a los principios generales, sino que los árbitros deberían estar en la capacidad de poder incluirlos cuando lo consideren pertinente y apropiado.

Por ello, estamos de acuerdo con Jolivet, Marchisio y Gélinas cuando señalan que, más allá de las distinciones conceptuales, la verdad es que:

[N]os guste o no nos guste, los principios generales del derecho empezaron a contaminar el concepto de usos [del comercio] ya desde los años 1970; el título del artículo de Loquin —«La réalité des usages du commerce international»— no es ninguna coincidencia. Ahora, más de 25 años después, podemos confirmar que la interpretación amplia, de acuerdo con la cual los usos [del comercio] incluyen los principios generales del derecho, se ha extendido en el arbitraje ICC. (2016, p. 195)

Ahora: es verdad que ayudaría mucho para solucionar esta controversia si se incluyen los «principios generales del derecho» o se cambiara usos del comercio por *lex mercatoria*. Esta es una observación relevante pero, finalmente, como enfatiza Paulsson, «la terminología no importa en este contexto particular, ya que, como hemos visto, tienen la misma función normativa» (1990, p. 76).

Resuelta la interrogante respecto del contenido que debe tener el concepto usos del comercio, en la siguiente sección analizaremos cuál debe ser la función de dicha herramienta y, en consecuencia, buscaremos entender mejor cómo debe ser aplicada por los tribunales arbitrales.

5. ¿Cuál debe ser la función del concepto de usos del comercio?

Además de no existir consenso sobre cuál debe ser el contenido de los usos del comercio, tampoco lo hay en lo que concierne a cuál debe ser la función de este concepto. Así, un sector de la doctrina y la jurisprudencia consideran que los usos del comercio solo deben servir para interpretar las cláusulas contractuales y la ley sustantiva aplicable elegida por las partes, mientras que otro sector considera que son parte integrante del contrato, por lo que pueden incluso aplicarse en reemplazo de la ley sustantiva pactada. Veamos cuáles son las principales diferencias entre esas posiciones.

5.1. Los usos del comercio como herramienta de interpretación del contrato y de la ley sustantiva aplicable

Aquellos que consideran que los usos del comercio deben servir solo como una herramienta interpretativa, parten de la premisa de que «los árbitros tienen el deber

de [aplicar] las normas de la ley elegida por las partes y de aplicar los usos [del comercio] solo de forma subsidiaria» (Gaillard, 1991, p. 210).

Eso explica por qué para ellos este concepto sirve solo «para llenar vacíos y clarificar ambigüedades en el contrato» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 186). Lo mismo consideró el árbitro único en el Caso CCI N.º 13954 de 2007 al determinar que los «usos del comercio» deben ser empleados solo para «la interpretación y aplicación de contratos internacionales» (Caso CCI N.º 13954).

Es importante tener en cuenta que el hecho de que tengan que ser considerados por los tribunales arbitrales «no permite ignorar la ley [sustantiva] aplicable», por lo que los usos del comercio «no pueden tener prioridad sobre [ella]» (Caso CCI N.º 13954. Como explica Born, los usos del comercio «no reemplazan las normas legales nacionales o internacionales aplicables, sino que en cambio informan cómo se deben aplicar en un caso en particular» (2014, p. 2667). Fouchard, Gaillard y Goldman apoyan esta posición, en tanto que para ellos «el hecho que [los usos del comercio en un negocio particular] deban ser tomados en cuenta en todos los casos no les permite a los árbitros ignorar la ley [sustantiva] aplicable» (Fouchard, Gaillard & Goldman, 1999).

Esto también ha sido reconocido por el tribunal arbitral del caso CCI N.º 13139 de 2006, que señaló que el artículo 17(2) del Reglamento CCI (ahora artículo 21 [2]) no permite que los «usos del comercio»: «anul[en] la aplicación de alguna cláusula pactada por las partes» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 186).

Algunos ejemplos de la aplicación del rol interpretativo de los usos del comercio se pueden encontrar en los siguientes casos:

- Caso CCI N.º 10977 de 2005 con sede en Singapur: el tribunal arbitral señaló que, en virtud del artículo 17(2) del Reglamento CCI (ahora artículo 21 [2]), debía «tomar en consideración los usos del comercio relevantes» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, pp. 186-187). Por ello, utilizó un «uso del comercio» de la industria del cemento para interpretar una cláusula contractual a través de la cual la demandada le otorgó una garantía «as is, where is», determinando que esta solo se aplicaba a la maquinaria y al equipo pero no a toda la planta de cemento (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, pp. 186-187).
- Caso CCI N.º 13834 de 2008 con sede en Ginebra: el tribunal arbitral utilizó un uso del comercio de la industria farmacéutica para darle contenido a un pacto de no competencia incluido en un contrato, tomando como base el artículo 17(2) del Reglamento CCI (ahora artículo 21 [2]) (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 187).
- Caso CCI N.º 13774 del 2009 con sede en El Cairo: el árbitro único tomó en cuenta, en aplicación del artículo 17(2) del Reglamento CCI (ahora artículo 21 [2]), las Costumbres y Prácticas Uniformes para los Créditos Documentarios de la CCI (UCP 500) como parte de los usos del comercio en el ámbito de letras de crédito (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 187).
- Caso CCI N.º 1458 de 2010 con sede en Ginebra: el tribunal arbitral en mayoría decidió aplicar las Normas Uniformes para Garantías de Demanda de la CCI y el Convenio de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de

Crédito Contingente de 1995 para resolver una disputa relacionada con ciertas garantías en tanto consideró, en aplicación del artículo 17(2) del Reglamento CCI (ahora artículo 21 [2]), que estos eran parte de los usos del comercio aplicables al caso específico (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, pp. 187-188).

5.2. Los «usos del comercio» como una herramienta de determinación de la voluntad de las partes

A su vez, aquellos que consideran que los usos del comercio son una herramienta de determinación de la voluntad de las partes se apoyan en la premisa de que los usos del comercio son «condiciones implícitas [...] que forman parte del contrato» (Gélinas, 2016, p. 216) que «constituyen parte natural/estipulaciones no escritas del contrato» (Ayoglu, 2014, p. 32) y que se entienden incorporados por la elección de una *lex arbitri* o reglamento arbitral que así lo disponga. Esta posición se sustenta en la teoría de la incorporación de los usos del comercio al contrato: «[L]os usos del comercio establecidos en algunas ramas de negocios que son conocidos o deberían ser conocidos por las partes deberían ser considerados como parte de un contrato, sin importar el no haber sido incorporados de forma expresa» (Ayoglu, 2014, p. 32).

Esto es reconocido por varias jurisdicciones. Así, por ejemplo, «los códigos civiles de Francia e Italia [...] —en sus artículos 1135 y 1374 respectivamente— reconocen que un acuerdo privado se encuentra sujeto a un proceso a través del cual elementos externos le serán incorporados», reconociendo también que los contratos incluirán obligaciones «que surgen de fuentes externas a la voluntad de las partes (i.e. la ley, equidad, y los usos [del comercio])» (Gélinas, 2016, p. 219).

En consecuencia, los usos del comercio, como condiciones contractuales implícitas:

[D]esplazarán naturalmente, en la mayoría de los casos, a las normas relevantes de la ley [sustantiva] aplicable en tanto que no importa lo que diga [esta ley], lo más probable es que tenga muy pocas normas de orden público relevantes para contratos [comerciales]. Las condiciones contractuales, incluyendo [las] implícitas, generalmente [se aplican por encima] de las normas default del derecho contractual —es decir, esas reglas [...] del que uno puede apartarse a través de un contrato [y que configuran la mayor parte del derecho contractual] (Gélinas, 2016, p. 216)

En otras palabras, como explica Gélinas, «los usos del comercio, en tanto puedan ser caracterizados como condiciones contractuales implícitas, desplazarán a la ley [sustantiva] aplicable» (2016, p. 216) en tanto no exista una norma de orden público en dicha ley que impida la aplicación de uno o varios usos del comercio específicos.

Ahora bien: este efecto es más fácil de asimilar cuando la ley sustantiva ha sido elegida por el tribunal arbitral en defecto de pacto o elección de las partes a través de alguna de las cuatro distintas metodologías utilizadas por los instrumentos internacionales o nacionales para que el tribunal efectúe esta elección (Hayward, 2017, pp. 59-60, 62-63, 65-66, 69).²² En palabras de Paulsson:

²² Las cuatro metodologías explicadas por Hayward son: (i) el *voi indirecte* «puro»: cuando la norma

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

Parecería particularmente apropiado evitar las peculiaridades inesperadas de un derecho nacional en el caso de que las partes no elijan la ley aplicable. En tal situación, puede ser razonable concluir que las partes hicieron una «elección negativa». Cada parte propuso su propia ley, pero cada propuesta fue rechazada; y finalmente no se ha estipulado ninguna ley. El árbitro que da primacía a uno de los dos actos en realidad hace exactamente lo que las partes decidieron no hacer. (Paulsson, 1990, p. 72)

Distinta es la situación en la que las partes sí han elegido una ley sustantiva aplicable al contrato. Esta es la circunstancia en la que la aplicación de los «usos del comercio» como herramienta para la determinación de la voluntad de las partes se ve más amenazante (Gélinas, 2016, p. 218).

Sin embargo, existen diversos casos en los que reconocidos árbitros han adoptado esta posición. Un ejemplo de esto es el Caso CCI N.º 2090, en el cual un tribunal con sede en París rechazó un argumento técnico basado en las reglas francesas sobre notificación y aplicó usos del comercio para determinar si existió o no una notificación válida. En este caso, los árbitros «consideraron que era apropiado tener en cuenta el grado de familiaridad que podría tener el de una parte pakistaní con respecto a una ley extranjera que él había aceptado para registrar el contrato» (Paulsson, 1990, pp. 72-73).

Otro ejemplo es el Caso CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation resuelto por la Segunda Cámara del Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos (Gotanda, 1996, p. 51), en el cual el tribunal señaló que no aplicaría la ley elegida por las partes, la Ley del estado de Idaho, a la determinación de los intereses compensatorios, sino los «principios generales del derecho». Para llegar a esta conclusión el tribunal se basó en el artículo 5 de la Declaración del Gobierno de la República Popular de Argelia sobre la Resolución de Disputas entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de la República Islámica de Irán, el cual señala que dicho tribunal deberá decidir «tomando en cuenta los usos del comercio relevantes [...]». Aquí vemos que el tribunal no solo consideró que los usos del comercio debían primar sobre la ley sustantiva, sino que dicho concepto debía ser interpretado de forma extensiva, ya que lo equipara a los principios generales del derecho.

En esta misma línea se han pronunciado los tribunales arbitrales de los siguientes casos:

requiere que el tribunal aplique una regla de conflicto pero no identifica cuál debe ser la aplicada, usando como único criterio que esta regla sea apropiada o aplicable (ver, por ejemplo, el artículo 28(2) de la Ley Modelo CNUDMI 2006); (ii) el *voi indirecte* «restringido»: cuando la norma requiere que el tribunal aplique una regla de conflicto específica, la cual usualmente implica la aplicación del test de la conexión más directa (ver, por ejemplo, el artículo 187(1) de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987); (iii) el *voi direct* «puro»: cuando la norma no requiere que el tribunal utilice normas de conflicto y autoriza que elijan de forma directa la ley sustantiva (ver, por ejemplo, el artículo 57 de la Ley de Arbitraje Peruana de 2008); y, (iv) el *voi direct* «guiado»: cuando la norma no requiere que el tribunal utilice normas de conflicto y autoriza que elijan de forma directa la ley sustantiva pero identifica factores que el tribunal tendrá que tener en cuenta para su elección (ver, por ejemplo, el artículo 3(3) del Reglamento CAM del 2010).

- Caso CCI N.º 12957 (siendo la ley de fondo la ley de Mauricio).
- Caso CCI N.º 13400 (siendo la ley de fondo la ley de Suiza).
- Caso CCI N.º 14831 (siendo la ley de fondo la ley de Irán).
- Caso CCI N.º 3903 (siendo la ley de fondo la ley del estado de Nueva York) (Gotanda, 1996, p. 51).

En estos casos, los tribunales arbitrales entendieron que los usos del comercio comprenden los principios generales de la contratación internacional y que estos principios se deben entender incorporados a los contratos entre las partes, permitiéndoles inaplicar las disposiciones sobre intereses incluidas en las leyes sustantivas elegidas por los contratantes y aplicar porcentajes que según ellos se encuentren más alineados con la práctica comercial internacional.

5.3. ¿Qué función deben cumplir los usos del comercio en un arbitraje internacional?

Como explica Asken, más allá de las discusiones teóricas sobre la función de los «usos del comercio», no queda ninguna duda de que en la práctica arbitral:

1. Los ‘usos del comercio’ son usualmente tomados en cuenta por los tribunales arbitrales, cuando sean aplicables, sea que el contrato o las reglas lo provean o no. [...]
2. Cuando el contrato o las reglas arbitrales disponen la aplicación de los ‘usos del comercio’, los tribunales arbitrales los siguen. [...]
3. Los ‘usos del comercio’ establecidos entre las partes son comúnmente aceptados como [...] vinculantes para las partes [...] [y si quieren] evitar su impacto deben expresamente excluir su aplicación del contrato. (1996, pp. 474-475)

Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que un tribunal aplica sin dudarlo los usos del comercio, lo hace como una herramienta para «confirmar, influenciar o incluso controlar la aplicación de la ley nacional elegida por las partes», en tanto que para determinar la verdadera intención de las partes siempre será necesario «tomar en cuenta el contexto comercial internacional en el que el contrato se firmó» (Gélinas, 2016, p. 218).

Por lo anterior, los árbitros tienden a demostrar que su decisión no solo se ajusta a la ley sustantiva elegida por las partes, sino también a otras fuentes de la *lex mercatoria*, dentro de las cuales se encuentran los usos del comercio. Esto ocurrió, por ejemplo, en el Caso CCI N.º 14020, en el cual el tribunal arbitral reforzó su decisión explicando que el resultado obtenido aplicando la ley inglesa era el mismo resultado obtenido aplicando los usos del comercio (Caso CCI N.º 14020).

Este ejercicio también es efectuado en aquellos casos en los que el tribunal se encuentra con vacíos o con normas poco claras. Un clásico ejemplo es la referencia a los Principios UNIDROIT o a los Principios Generales del Derecho Europeo, y a sus respectivos comentarios, para fortalecer la conclusión a la que ha llegado el tribunal sobre la base de la aplicación de la ley elegida por las partes. La referencia a

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

los usos del comercio y otras fuentes de *lex mercatoria* en estos casos «no suele ser particularmente controversial» (Gélinas, 2016, p. 218).

Sin embargo, hay otros casos bastante más excepcionales, en los que «la aplicación de una norma oscura o parroquial de la ley sustantiva elegida por las partes podría ser totalmente inesperada o claramente injusta» (Gélinas, 2016, p. 218). Por ello, al inaplicar una o varias disposiciones de la ley sustantiva, el tribunal se estará asegurando de que su laudo contenga un resultado que se ajuste a la intención o las legítimas expectativas de las partes a la hora de contratar. Lo que ocurre es que

[L]a interpretación de los contratos internacionales requiere el reconocimiento del contexto transnacional que subyace en estas transacciones. La justificación práctica no es difícil de comprender. Para facilitar el comercio internacional, el régimen de contratos internacionales no debe ser un campo minado de las disposiciones ocultas de las leyes nacionales. (Paulsson, 1990, p. 71)

Como explica Gélinas:

[L]a designación de una ley nacional por las partes, es muy similar a la incorporación al contrato de condiciones externas. [Los árbitros] no siempre tratan estas condiciones incorporadas al mismo nivel que las condiciones que fueron específicamente redactadas por las partes: las últimas tienen mayor probabilidad de representar, en todo su detalle, la verdadera intención de las partes. (2016, p. 218)

Por lo anterior, consideramos que los usos del comercio deberían ser utilizados como una herramienta para determinar cuál es la voluntad de las partes en tanto deben ser entendidos como condiciones implícitas de sus contratos. Esto no quiere decir que siempre se tendrán que utilizar para inaplicar disposiciones de la ley sustantiva. Esta posición sería excesivamente simplista y desconocería no solo la naturaleza del arbitraje internacional sino también principios básicos de interpretación contractual que disponen: (i) que se deben excluir aquellas interpretaciones que hagan que una cláusula contractual sea inaplicable; y, (ii) que las diversas cláusulas deben interpretarse de forma sistemática, encontrándoles el sentido que resulte del conjunto de todas.

Todo lo contrario. Esto quiere decir que el tribunal arbitral deberá contar con la mayor cantidad de opciones para poder darle a la controversia una solución que se ajuste a la voluntad de las partes, inaplicando alguna norma de la ley sustantiva elegida por las partes solo cuando esta sea totalmente irreconciliable con la finalidad del contrato.

6. Conclusión

Como se ha podido apreciar, los usos del comercio pueden ser una herramienta bastante útil para «garantizar el más alto respeto por la intención y las expectativas razonables de las partes, sobre las cuales depende la integridad del arbitraje inter-

nacional» (Gélinas, 2016, p. 219). Sin embargo, para que esta herramienta alcance su máximo potencial en las manos de los tribunales arbitrales debe contar con ciertas características que han sido analizadas en el presente artículo:

- a. Debe tener un contenido amplio que permita asimilarlo a los principios generales y deje libre el camino a los tribunales para que puedan tener a su disposición la mayor cantidad de fuentes de la *lex mercatoria*; y,
- b. Debe tener como función la determinación de la voluntad de las partes, debiendo ser utilizada no solo como herramienta interpretativa de la ley sustantiva sino como una condición contractual implícita que permita entender las expectativas de las partes detrás del contrato.

Todo lo anterior dejará en libertad a los tribunales arbitrales de determinar, en cada caso concreto, y con el apoyo de las partes a través de la presentación de evidencia documentaria, testimonial y de expertos, cómo deben aplicarse los «usos del comercio» para que se ajusten a lo que las partes entendieron o debieron entender a la hora que iniciaron su relación contractual internacional. Como explica Paulsson, la importancia de los «usos del comercio», aplicada en este sentido:

[N]o sería la misma en todos los casos, y deberá serlo a la luz de su justificación final como parte de la expectativa razonable y legítima de las partes. Así, una empresa extranjera establecida desde hace mucho tiempo en Francia puede estar sujeta a estándares franceses específicos, en lugar de a un uso internacional. Y, sin duda, los usos relevantes de ciertos tipos de comercio a menudo serán específicos para esta área de actividad, diferentes y, quizás, en ocasiones, divergentes con respecto a los usos internacionales generales. (1990, pp. 75-76)

Esto permite que los tribunales arbitrales resuelvan «su falta de entrenamiento intenso en la ley [sustantiva] aplicable a un arbitraje específico» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 196).

Adicionalmente, será importante que las partes tomen en cuenta una serie de precauciones para asegurarse de que los usos del comercio sean aplicados correctamente a una controversia derivada de su relación contractual, entre las cuales sugerimos:

Primero, que las partes pacten de forma cuidadosa su cláusula arbitral, eligiendo una *lex arbitri* y un reglamento arbitral que contenga una disposición expresa que permita la aplicación de los usos del comercio y una ley sustantiva aplicable al fondo del contrato, que no contenga normas irrazonables o parroquiales que fuercen a los tribunales a encontrar alguna vía para no aplicarlas a la hora de decidir.

Segundo, que las partes incorporen de forma expresa la mención de cualquier instrumento internacional de *soft law* que contenga los principios generales del derecho y/o usos del comercio que las partes estimen deban ser obligatoriamente aplicables a la hora de resolver cualquier controversia derivada de su contrato. Esto ayudará a reducir la incertidumbre respecto a la aplicación de las distintas fuentes de *lex mercatoria* en cada arbitraje.

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

Como explica Born, si «las partes acuerdan cláusulas contractuales que especifican la aplicación a sus relaciones de ciertos “usos del comercio”, o si «eligen una ley que explícitamente declara la aplicabilidad de los “usos del comercio”, le generarán más certidumbre al tribunal arbitral para aplicar un uso del comercio específico como si fuera una condición implícita, que debe ser «ejecutada como cualquier otro aspecto del acuerdo [entre las partes]» (2014, p. 2667). Esto ocurrió, por ejemplo, en el Caso CCI N.º 11849, en el que las partes habían elegido expresamente la aplicación de los UPC 500, y en el Caso CCI N.º 8502, en el cual las partes habían elegido expresamente la aplicación de los Incoterms y de los UPC 500.

Tercero, que las partes elijan de forma muy cuidadosa a los miembros del tribunal arbitral, ya sea a la hora de pactar la cláusula arbitral, incluyendo características específicas que las partes consideren importantes para resolver su caso, o, más importante aún, a la hora que surge la controversia, revisando bien la experiencia con la que cuenta cada candidato y cualquier documento jurídico que hubieran producido, ya sea publicación o laudo.

Esto es importante en tanto que, como explica Paulsson, «la aplicación de estas normas para los contratos internacionales es un desafío digno de los juristas más talentosos» (1990, p. 75). Esto se debe a que: «[L]os buenos árbitros son también hábiles comparativistas [quienes] sin importar si las partes han o no elegido una ley [sustantiva] aplicable, [...] siempre se apoyan en una multiplicidad de normas, identifican convergencias y puntos en común, y aíslan el parroquialismo» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 196).

En resumen, lo que queda claro es que si las partes tienen cuidado al pactar el contenido de su cláusula arbitral y elegir a sus árbitros, si surge una controversia, los usos del comercio servirán, como comentó Jean Robert —antiguo vicepresidente de la Corte Internacional de Arbitraje, cuando se incluyeron los «usos del comercio» por primera vez en el Reglamento CCI de 1975— como «la puerta que permitirá a los árbitros liberarse de las limitaciones legalistas» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 195). Esto hará posible que el arbitraje internacional cumpla con la finalidad para la que fue creado: «como una herramienta flexible y pragmática de resolución de disputas» (Jolivet, Marchisio & Gélinas, 2016, p. 195) que demuestre que la intención de las partes sí es lo que cuenta.

Referencias

Asken, G. (1996). The law applicable in international arbitration – Relevance of reference to trade usages. En Van den Berg, J., *Planning efficient arbitration proceedings: the law applicable in international arbitration* (pp. 471-479). Kluwer Law International, volumen 7.

Ayoglu, T. (2014). Some reflections on the sources of lex mercatoria. Yildirim & Eskiyyoruk. *International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria* (pp. 27-36). Estambul.

Born, G. (2014). *International commercial arbitration*. Kluwer International.

Bullard, A. (2007). De acuerdo en que no estamos de acuerdo: análisis económico de la interpretación contractual. *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, pp. 35-87.

Caso CCI N.º 13954. (2010). Commodity trader (The Netherlands) v. Service Company (France). *Yearbook Commercial Arbitration*, XXX, pp. 218-234.

Caso CCI N.º 14020. (2011). Seller (British Virgin Islands) v. Buyer (Bahamas). *Yearbook Commercial Arbitration*, XXXVI, pp. 119-134.

Caso CCI N.º 2090. (1981). 1976. *VI Yearbook*, 131.

Caso CCI N.º 3493. (1984). SPP (Middle East) Ltd. Southern Pacific Properties Ltd. v. Arab Republic of Egypt, The Egyptian General Company for Tourism and Hotels. *IX Year Book Commercial Arbitration*, 111.

Caso CCI N.º 7375. (2001). *11 Internatinonal Commercial Arbitration Bulletin*, 37.

Caso CCI N.º 8502. (1999). *ICC Bulletin*, 72 y ss.

CCI. (2017). Reglamento de Arbitraje. París.

Centro de Arbitraje de la CCL. (2017). Reglamento de Arbitraje. Lima.

CIADI. (1966). Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Washington D.C.

CNUDMI. (1976 revisado en 2010 y 2013). Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Viena: Naciones Unidas.

CNUDMI. (1980). Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Viena: Naciones Unidas.

CNUDMI. (1985 con enmiendas del 2006). Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Nueva York: Naciones Unidas.

Código de Procedimiento Civil modificado en 2011. (Francia).

Comisión Económica Europea de las Naciones Unidas. (1961). Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ginebra: Naciones Unidas.

Craig, L., Park, W., & Paulsson, J. (1990). *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publications Inc.

La intención sí es lo que cuenta: los «usos del comercio» como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional

Delvolve, J.-L., Rouche, J., & Pointon, G. (2009). *French arbitration law and practice: a dynamic civil law approach to international arbitration*. Kluwer Law International.

Derains, Y. (1973). Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales. *Revue de l'arbitrage*, 122.

Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1999). *On international commercial arbitration*. The Hague/Boston/London: Kluwer Law International.

Gaillard, E. (1991). La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international. *Etudes offertes a Pierre Bellet*, pp. 210 y ss.

Gaillard, E. (2001). Transnational law: a legal system or a method of decision-making? *Arbitration International*, 17(1), 59.

Gélinas, F. (2016). Trade usages as transnational law. En Gélinas, F., *Trade usages and implied terms in the age of arbitration*. New York: Oxford University Press, pp. 218-223.

Goldman, B. (1979). La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux. *Journal du Droit International*, 106.

Gotanda, J. (1996). Awarding Interest in International Arbitration. *American Journal of International Law*, pp. 40 y ss.

Hayward, B. (2017). *Conflict of laws and arbitral discretion: the closest connection test*. Oxford: Oxford University Press.

ICDR. (2014). Reglamento de Arbitraje.

Instituto de Arbitraje de la CCE. (2017). Reglamento de Arbitraje. Estocolmo.

Jolivet, E., Marchisio, G., & Gélinas, F. (2016). Trade usages in ICC Arbitration. En Gélinas, F., *Trade usages and implied terms in the age of arbitration*. New York: Oxford University Press, pp. 183-198.

Lalive, P. (1978). En Lew, J. D., *Applicable law in international commercial arbitration: a study in commercial arbitration awards*. Oceana Publications Inc.

LCIA. (2014). Reglamento de Arbitraje. Londres.

Lewison, K. (2011). *The interpretation of contracts*. Sweet & Maxwell.

Ley de Arbitraje – Ley N.º 9307 de 2006. (Brasil).

Ley de Arbitraje de 1996. (Reino Unido).

Ley de Arbitraje de 1998. (Perú).

Ley de Arbitraje y Conciliación de 1996. (India).

Ley Procesal Civil modificada en 1998. (Alemania).

Ley sobre el DIPr modificada en 2010. (Suiza).

- Loquin, E. (1989). La réalité des usages du commerce international. *RID ECO*, 163.
- Marella, F. (2003). Choice of law in third-millennium arbitrations: the relevance of the UNIDROIT principles of international commercial contracts. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 1137-1188.
- Mayer, P. (2001). La loi de l'arbitre. *Le droit privé français a la fin du XXeme siecle: etudes offertes a Pierre Catala*.
- Park, W. (2010). Lex mercatoria. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, 1(12), pp. 182-207.
- Paulsson, J. (1990). La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI. *Revue de l'Arbitrage*, pp. 55-100.
- Prosser, W. (1952). Interstate publication. *Michigan Law Review*, pp. 959-971.
- Racine, J.-B. (2011). Les usages dans l'arbitrage commercial international: une place a geometrie variable. *Journal Des Societes*, 37.
- Reisman, M., Craig, L., Park, W., & Paulsson, J. (1997). *International commercial arbitration*. The Foundation Press Inc.
- Sánchez Lorenzo, S. (2009). Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXI-1, pp. 39-74.
- Schmitthoff, C. M. (1989a). The unification of the law of international trade. En Cheng, C.-J., *Schmitthoff's select essays on international law*. Martinus Nijhoff Publishers / Graham & Trotman, pp. 170-187.
- Schmitthoff, C. M. (1989b). International business law: a new law merchant, current law. En Cheng, C.-J., *Clive M. Schmitthoff's select essays on international trade law*. Martinus Nijhoff Publishers / Graham & Trotman, pp. 20-37.
- Tribunal de Reclamos Estados Unidos-Irán. (1981). Declaración del Gobierno de la República Popular de Argelia sobre la Resolución de Disputas entre el Gobierno de los Estados Unidos y el Gobierno de la República Islámica de Irán.
- UNIDROIT. (2016). Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales. Roma: UNIDROIT.
- Van der Bend, B., Leijten, M., & Ynzonides, M. (2009). *A guide to the NAI arbitration rules: including a commentary on Dutch Arbitration Law*. Kluwer Law International.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales: antecedentes jurídicos de la Convención ONU de 1968 sobre esta materia¹

José Burneo Labrín

Veinte años son, pareciera, suficientes para que lo imperdonable devenga milagrosamente perdonable: de pleno derecho y de un día al otro lo inolvidable es olvidado. Un crimen que era inexpiable hasta mayo de 1965 [al cumplirse veinte años del fin de la Segunda Guerra Mundial], cesa súbitamente de serlo a partir de junio: como por un encanto mágico y entonces el olvido oficial o legal comienza esa tarde a medianoche. Es legítimo perseguir un criminal durante veinte años: pero a partir del vigésimo primer año, aquéllos que no han perdonado todavía caen de pronto por efecto de la preclusión en la categoría de rencorosos. Veinte años, tal es el plazo. (Jankélevitch, 1971, p. 17)

No sé si sos varón o mujer. Sé que naciste. Me lo aseguró el padre Fiorello Cavalli, de la Secretaría de Estado del Vaticano, en febrero de 1978. [...] siempre me repugnó la posibilidad de que llames «papá» a un militar o policía ladrón de vos, o a un amigo de los asesinos de tus padres. [...] Ahora tenés casi la edad de tus padres cuando los mataron y pronto serás mayor que ellos. Ellos se quedaron en los 20 años para siempre. Soñaban mucho con vos [...]. Me gustaría hablarte de ellos y que me hables de vos [...]. Para reparar de algún modo este corte brutal o silencio que en la carne de la familia perpetró la dictadura militar. Para darte tu historia [...]. A lo mejor podés salir de ese misterio para entrar en otro: el del encuentro con un abuelo que te espera. (Gelman, 1999, p. 8)

Sumilla

La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (en adelante, también, la Convención), fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2391 (XXIII) de 26 de noviembre de 1968, habiendo entrado en vigor el 11 de noviembre de 1970 de conformidad con su artículo VIII. Este trabajo pretende indagar sobre las razones que llevaron

¹ La temática de este artículo forma parte de la investigación que el autor realiza sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

a la comunidad internacional a adoptar en 1968 la Convención sobre imprescriptibilidad. La investigación realizada permite afirmar que la comunidad internacional reaccionó, en los años sesenta del siglo pasado, ante el riesgo de que, al no existir una norma jurídica internacional convencional sobre la cuestión de la imprescriptibilidad penal de los crímenes internacionales, ciertos países, entre ellos la República Federal Alemana de entonces, aplicaran a los crímenes perpetrados por los nazis las reglas de la prescripción de la acción penal y/o de la pena que regía para los delitos comunes. El autor analiza la disparidad de regímenes jurídicos, *ratione temporis*, vigentes en los Estados antes de 1968, respecto de la sanción penal de los delitos comunes. Y de la misma manera que no existía en derecho internacional una norma jurídica convencional sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, tampoco contaba el derecho penal de los Estados con normas jurídicas al respecto. En cuanto a la cuestión de la existencia de una norma jurídica consuetudinaria sobre la imprescriptibilidad en derecho internacional, si bien en la época estudiada no se formuló abiertamente, existe consenso reflejado en múltiples instrumentos internacionales anteriores a 1968, en el sentido de que, según el derecho internacional, los crímenes internacionales no deben quedar impunes y que ningún obstáculo podrá oponerse a su sanción penal.

1. Introducción

La cuestión de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales es un tema nuevo en el derecho internacional. La primera vez que este se pronunció de manera expresa al respecto fue mediante la adopción en 1968, por las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad.

Es necesario precisar que la Convención antes mencionada había sido precedida de múltiples instrumentos internacionales, los cuales, si bien no mencionaban expresamente la cuestión de la imprescriptibilidad, se habían pronunciado contra la impunidad de los responsables de crímenes internacionales proscribiendo los mecanismos que la favorecen. Uno de esos instrumentos internacionales, tal vez el primero, adoptado medio siglo antes, fue el Tratado de Versalles (1919), que puso fin a la Primera Guerra Mundial.

Por las anteriores consideraciones, cabe preguntarse respecto de las razones que hicieron necesaria la aprobación de la Convención mencionada sobre imprescriptibilidad, pese a la existencia de múltiples instrumentos internacionales que proscribían la impunidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad.

Respecto de las razones que condujeron a la adopción de la Convención de 1968, nuestra posición es que se debió a la concurrencia de varios factores. En este artículo nos limitaremos a uno de ellos, cuyo enunciado sería el siguiente: la Convención de 1968 tiene su origen en el hecho de que, al no existir una norma jurídica internacional que estableciera la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, era necesario un tratado internacional que la estableciera. Ello por cuanto la República Federal de Alemania, mediante declaración oficial de fecha 25 de marzo de 1964, declaró que, en estricta aplicación de sus leyes penales, otorgaría la prescripción de todos los crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados por los nazis y sus colaboradores al cumplirse 20 años del fin de la Segunda Guerra Mundial, a saber, el 9 de mayo de 1965.

La necesidad de un tratado sobre la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales se hizo tanto más evidente por cuanto, en ese entonces, en Europa y a nivel mundial había diversas posiciones respecto de la prescripción de la acción penal y/o de la pena en lo que concierne a los delitos comunes, de modo que, por lo general, no se hacía mención en la legislación penal interna a los crímenes de guerra y/o de lesa humanidad. En síntesis, había ciertos Estados que establecían la prescripción de la acción penal y/o de la pena, pero había también otros que establecían la imprescriptibilidad, en ambos casos respecto de los delitos comunes.

A continuación desarrollaremos, primero, la noción de prescripción en derecho penal comparado antes de la Convención ONU de 1968; en segundo lugar, la respuesta jurídica en Europa y otros países ante la prescripción anunciada en marzo de 1964 por la República Federal de Alemania; en tercer lugar, los diversos instrumentos internacionales que, antes de la Convención mencionada, se pronunciaron contra la impunidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad; y, para terminar, algunas consideraciones finales.

2. La noción de prescripción en derecho penal comparado antes de la Convención ONU de 1968

2.1. Definición de la noción de prescripción de la acción pública y de la pena

El derecho penal comparado conoce desde hace mucho tiempo dos clases de prescripción extintivas, es decir que extinguen determinadas competencias del Estado: por una parte, la prescripción de la acción pública persecutoria de un delito determinado, y, por otra, la prescripción de la pena que los tribunales de justicia impusieron a un delincuente.

En cuanto a la acción pública, en su tratado de derecho penal, el profesor Bouzat (1951, p. 533) explica que la prescripción de la acción pública supone que ningún juzgamiento condenatorio se ha producido a la fecha en que se declara la prescripción; esta institución jurídica, por lo tanto, depende del procedimiento penal en vigor. En resumen, la prescripción de la acción pública extingue, en razón del tiempo transcurrido, la competencia estatal de actuar contra un presunto delincuente que todavía no ha sido juzgado (Merle & Vitu, 1967, p. 669).

En lo que se refiere a la prescripción de la pena, es aquella que se aplica luego de la condenación definitiva y sustrae al condenado de los efectos de la condena, cuando la pena no ha sido ejecutada en el plazo fijado por la ley (Bouzat, 1951, p. 533). Según este mismo autor, dos reglas gobiernan la prescripción de la pena: (i) la prescripción no invalida la condena que ha sido pronunciada, y ii) esta prescripción crea únicamente una dispensa definitiva de ejecución de la pena, aplicándose solo a las penas susceptibles de actos de ejecución forzada sobre el condenado concernido o sobre sus bienes (Bouzat, 1951, pp. 537 y 538). De este modo, la fuerza de ejecución de la condena es afectada en su totalidad cuando un cierto tiempo ha transcurrido desde la emisión de la condena (Merle & Vitu, 1967, p. 1290).

En conclusión, podemos decir, con Glaser (1965, pp. 518 y 519), que el carácter procesal de la prescripción de la acción pública no tiene un efecto absoluto. Es decir, la supresión de la acción pública acarrea la desaparición de la competencia estatal de persecución penal, pero no implica una declaración de inocencia respecto del delito en cuestión, esto es, la infracción penal no se borra ni anula.

2.2. La prescripción, según el antiguo derecho romano, no se aplicó a los crímenes más graves de entonces

El antiguo derecho romano, durante la República, no otorgó ninguno de los dos tipos de prescripción: por una parte, no se aceptó la prescripción de la acción penal persecutoria antes de la sentencia condenatoria; y, por otra parte, tampoco fue permitida la prescripción de las penas impuestas mediante una sentencia firme. La situación cambió parcialmente durante los primeros emperadores romanos. En parte porque, a partir de entonces, si bien se autorizó la prescripción de la acción pública respecto de los delitos menos graves:

- a) no se modificaron las normas del derecho romano mediante las cuales no se aplica ningún tipo de prescripción a los crímenes más graves —por ejemplo, el parricidio—, en cuyo caso la ley romana (L. 10 D. de leg. Pomp. de parric. 48, 5) estableció: «eorum qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur [...] accusatio suppositi partus nulla temporis proescriptione depellitur» (Allard, 1868, p. 361). En otros términos, los crímenes más graves eran imprescriptibles durante la República como durante el período imperial;
- b) no se modificaron las normas del derecho romano mediante las cuales no se aplica en ningún caso, como regla general, la prescripción de la pena, particularmente en el caso de las penas públicas (Hauss, 1869, pp. 593 y 594).

2.3. La doctrina europea sobre la imprescriptibilidad, respecto de los crímenes más graves de derecho común, antes de la Convención de las Naciones Unidas adoptada en 1968

Con el antecedente del antiguo derecho romano, entre los primeros intelectuales que formularon una posición favorable a la imprescriptibilidad de los crímenes más

graves debe mencionarse a Cesare Beccaria (1764) en su mundialmente reconocido libro *Dei delitti e delle pene*, y a Jeremie Bentham (1802). Según Beccaria (1764, p. 74):

Cuando se trata de los crímenes atroces, de los cuales la memoria subsiste largo tiempo entre los seres humanos, siempre que tales crímenes sean debidamente probados, no debe otorgarse ninguna prescripción a favor del criminal cuando se ha sustraído a la sanción penal mediante la fuga. [...] Pero no es así en el caso de los delitos no conocidos o poco considerables: en estos casos es necesario fijar un plazo, después del cual, el culpable, ya castigado por su exilio voluntario, puede reaparecer sin temor de nuevos castigos.

Bentham (1802, pp. 147-149), por su parte, afirma:

Nada de acuerdos con los malvados de este tipo de crímenes. Que la espada del castigo permanezca siempre sobre sus cabezas. El espectáculo de un criminal disfrutando en paz del fruto de su delito, protegido por las leyes que él ha violado, es un estímulo para los malhechores, un motivo de dolor para la gente de bien, un insulto público a la justicia y a la moral. [...] Para sentir en su crudeza este absurdo de la impunidad adquirida por efecto del lapso de tiempo transcurrido, no hace falta sino suponer la existencia de una ley concebida en estos términos: Pero si el ladrón, el asesino, el que adquiere injustamente el bien de otro, lograra eludir durante veinte años la vigilancia de los tribunales, su habilidad será recompensada, y el fruto de su crimen será legítimo entre sus manos.

Avanzado ya el siglo XIX, un insigne penalista belga sustenta la imprescriptibilidad de los crímenes atroces de la siguiente manera:

La prescripción de las penas, como la prescripción de la persecución penal, reposa sobre el mismo principio que sirve de base al derecho de sancionar penalmente que ejerce una sociedad. Para ser legítima, la pena debe ser necesaria para el mantenimiento del orden público y útil por los efectos que ella produce. Estas dos condiciones no se encuentran en absoluto en el caso de penas aplicadas luego de un cierto lapso de tiempo. En efecto, la sociedad no tiene interés en sancionar infracciones cuyo recuerdo se ha borrado. [...]. Pero el recuerdo de los hechos y la necesidad de la represión se conservan mucho más tiempo en el caso de los grandes crímenes [...], el tiempo de la prescripción debe ser mayor o menor según la mayor o menor gravedad de las infracciones. Y concluye: En verdad, los crímenes atroces continúan vivos en la memoria del pueblo, aún luego de la expiración del plazo fijado por la prescripción. (Haus, 1869, pp. 594 y 742)

Finalmente, el jurista francés H. Donnedieu de Vabres, quien sería luego uno de los cuatro jueces titulares del Tribunal Internacional de Núremberg (1945-1946), escribió en su tratado (1941) de derecho criminal y legislación penal comparada que, en la antigua Francia, «[había] crímenes cuya sanción penal era imprescriptible en razón de su carácter odioso: los crímenes de lesa majestad, en especial».

El mismo jurista francés explica que la situación cambió radicalmente con la adopción del Código Penal Napoleónico en 1810, puesto que instituyó la prescripción para todo tipo de delitos. En este contexto, Donnedieu de Vabres desecha los argumentos a favor de la prescripción por cuanto, desde el punto de vista de los principios, la prescripción atenta contra el respeto de la cosa juzgada. Y, desde el punto de vista práctico, el jurista afirma que la prescripción otorga un premio a los delincuentes más hábiles y, por tanto, más peligrosos. En cuanto al argumento que atribuye a los fugitivos remordimientos por lo que hicieron, y que serían susceptibles de constituir una expiación, tal argumento desconoce la verdadera mentalidad de los delincuentes profesionales (Donnedieu de Vabres, 1941, p. 551).

2.4. La legislación penal comparada, sobre la prescripción o la imprescriptibilidad de los delitos comunes, antes de marzo 1964

Si bien la Convención ONU sobre imprescriptibilidad se adoptó el año 1968, hemos tomado como fecha de referencia para esta sección el año 1964. Esto por cuanto, según mencionamos antes, fue en marzo de 1964 cuando la República Federal de Alemania anunció que aplicaría, a partir del 9 de mayo de 1965, sus normas penales de prescripción de la acción penal a todos los crímenes perpetrados por los nazis y sus colaboradores; anuncio que motivó una protesta generalizada en Europa e incluso modificaciones inmediatas en la legislación penal de diversos países europeos y de otros continentes en lo que se refiere al régimen *ratione temporis* de los delitos en general.

A continuación presentamos un primer grupo de países que estableció la imprescriptibilidad en su legislación penal (apartado 2.4.1) y, luego, un segundo grupo que estableció la prescripción (apartado 2.4.2).

2.4.1. Países que establecieron la imprescriptibilidad en su legislación penal en el período anterior a 1964

Algunos países establecieron en sus códigos penales la imprescriptibilidad de la acción pública y/o de la pena respecto de los crímenes más graves, y aceptaron la prescripción de los otros crímenes o delitos. A continuación algunos ejemplos.

- a) En el caso de Francia, durante los siglos anteriores al Código Napoleónico de 1810, las normas penales establecían la imprescriptibilidad de los delitos en general. Incluso luego de este, que generalizó la prescripción para todo tipo de delitos, «el Código de Justicia Militar de 1928 (artículo] 202) excluyó la prescripción, en tiempo de guerra, respecto de la desertión al enemigo o a otros países extranjeros, considerando a quienes han desertado como culpables de un crimen de lesa patria» (Donnedieu de Vabres, 1941, p. 551). Este mismo criterio fue mantenido en el Código de Justicia Militar francés de 1965 (artículos 115 y 387), puesto que declara imprescriptibles ciertos delitos (Merle & Vitu, 1967, pp. 670 y 1292).
- b) En el derecho germánico de la Edad Media, los delitos perseguibles de oficio son imprescriptibles, aceptándose la prescripción en el caso de delitos perseguibles cuando la denuncia ha sido presentada por la persona lesionada (delitos privados). Esta situación se modificará en varios estados alemanes durante los siglos XVI y XVII. En el caso de Austria, según la ley penal de 1803 y la ley penal de

- 1852, es imprescriptible la acción pública respecto de los crímenes sancionados con la pena de muerte, y, en cuanto a la prescripción de la pena, la prescripción se aplicará si, cumplido el plazo exigido por la ley, el delincuente tiene un comportamiento conforme a las prescripciones de la ley (Glaser, 1965, pp. 515 y 516).
- c) En el caso de Suiza, sus normas penales tradicionalmente no admitían la prescripción de la acción pública para los crímenes graves pasibles de la pena de muerte o de la reclusión a perpetuidad. La situación cambiaría con la entrada en vigor del Código Penal suizo de 1937 a principios de 1942 (Graven, 1965, p. 134).
 - d) Los países de tradición jurídica del *Common-Law*, tales como Inglaterra, Estados Unidos de América y Canadá, instituyeron tradicionalmente la imprescriptibilidad de la acción pública. Así, en los Estados Unidos no existe obstáculo para que los crímenes de guerra sean perseguidos sin ningún plazo de prescripción legal; además, salvo un Estado (Nuevo México), no existe prescripción de la persecución penal en el caso de asesinato (Grupo Americano de la AIDP, 1966, p. 593). Y, en el derecho canadiense, «en principio todas las infracciones criminales son imprescriptibles a menos que la ley establezca expresamente un plazo de prescripción» (Kos-Rabcewicz-Zubkowski, 1989, p. 207).

2.4.2. Países que establecieron la prescripción en su legislación penal en el período anterior a 1964

- a) Francia. Diversos países europeos se inspiraron en el Código Penal francés de 1810, el cual estableció la prescripción en general para todo tipo de delitos, con las excepciones vistas en el apartado anterior de acuerdo con los códigos militares franceses (Donnedieu de Vabres 1941, p. 551).
- b) Prusia y el Imperio alemán. En lo que se refiere a Alemania Federal, el Código Penal de Prusia, adoptado el año 1851, inspirado en el Código Penal francés de 1810, fue a su vez el texto inspirador del Código Penal del Imperio Alemán, en vigor desde el año 1871, hasta su modificación definitiva por el Código Penal de la República Federal de Alemania, adoptado en 1975. Este nuevo Código es profundamente diferente del antes vigente y fue completado mediante una ley sobre la ejecución de las penas, en vigor desde el 1 de julio de 1977 (Ancel & Marx, 1981, p. 319).
- c) España. El Código Penal español estableció la prescripción de la acción pública y de la pena para todo tipo de delitos (Rodríguez, 1981, pp. 649 y 651).
- d) Bélgica, los Países Bajos, Suecia, Noruega. En términos análogos a lo expuesto en este apartado, los países mencionados en este literal establecieron la prescripción de la acción pública y de la pena para todo tipo de delitos (Mertens, 1974, pp. 80 y 81).

3. Europa frente a la prescripción anunciada por el gobierno federal alemán: 1964-1965

3.1. El anuncio del gobierno federal alemán en marzo de 1964

Un año antes de que se cumpla el vigésimo aniversario del fin de la Segunda Guerra Mundial, el gobierno federal alemán, mediante una declaración oficial publicada en el boletín oficial de fecha 25 de marzo de 1964, fijó su posición sobre la prescripción

de la acción pública persecutoria respecto de los crímenes cometidos por los nazis durante la guerra. Manifestó entonces que, en estricta aplicación de sus normas legales penales, al cumplirse 20 años desde el fin de la Segunda Guerra Mundial prescribirían todos los crímenes antes mencionados que no hubieran sido sancionados penalmente. La declaración tuvo un impacto enorme a nivel internacional, especialmente en los países europeos tanto del bloque occidental, liderado por los Estados Unidos, como en los países del bloque entonces socialista, liderado por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), pero también en muchos otros países.

De este contexto dio cuenta, a principios del año 1965, uno de los grandes juristas de entonces, J. Graven, en un artículo escrito en la prestigiosa revista jurídica de su país, *Revista Penal Suiza*, e intitolado: «¿Los crímenes contra la humanidad pueden beneficiarse de la prescripción?». El jurista mencionado escribió en el artículo precitado:

Es comprensible la intensa emoción que hallamos en la opinión pública a nivel mundial, y el interés que deben tener todos los juristas ante el anuncio, realizado por la Alemania Federal, respecto de la prescripción de los crímenes cometidos por el régimen nacional-socialista hitleriano, contra las leyes de la guerra entre países civilizados y contra las leyes de la humanidad. Alemania Federal, si bien se desolidariza clara y categóricamente del régimen político hitleriano, declara que, en estricta aplicación de su legislación penal vigente, la prescripción de tales crímenes debe otorgarse desde el 9 de mayo de 1965, es decir, veinte años después de la capitulación sin condiciones de la Alemania nacional-socialista. (1965, p. 113)

En efecto, explica el mismo jurista:

[...] el párrafo 67 del Código Penal de la Alemania Federal, dispone la prescripción de la persecución penal en el caso de los crímenes pasibles de la pena de muerte o de la reclusión perpetua, cuando han transcurrido veinte años sin que haya sido condenado el presunto delincuente. (1965, p. 114)

De esta manera, el gobierno federal aplicaría únicamente las reglas generales válidas para los crímenes ordinarios, previstas en su Código Penal.

El anuncio del gobierno federal significaba que los criminales nazis no descubiertos:

podrían regresar en calidad de turistas a los lugares donde ellos habrían delinquido, sin que fueran inquietados por las autoridades locales; los presuntos delincuentes podrían así reinstalarse en su lugar de origen para disfrutar de la impunidad legal que se les ha otorgado. (Grynfogel, 1998, p. 14)

La posición del gobierno federal alemán tenía entonces el apoyo mayoritario de la opinión pública de su país, que, según Graven, desearía que cesara la persecución de los criminales de guerra; y una encuesta de opinión en ese entonces «muestra que un 65% (sesenta y cinco por ciento) de hombres y un 76% (setenta y seis por ciento) de mujeres son opuestos a que se prosiga con la persecución de los criminales de guerra» (Graven, 1965, p. 173).

3.2. La opinión pública internacional, especialmente en Europa, expresó su rechazo a la prescripción anunciada por el gobierno federal alemán

En junio de 1964, dos meses después de conocerse la declaración oficial del gobierno federal alemán sobre la imprescriptibilidad, tuvo lugar en Varsovia una conferencia internacional en la que participaron juristas e instituciones de 16 países de Europa. La conferencia tenía como finalidad pronunciarse sobre la declaración oficial precitada. La resolución adoptada por la conferencia, el 6 de junio de 1964, señala:

No existe en derecho internacional ningún principio que establezca un plazo de prescripción en general, y, en particular, un plazo de prescripción respecto de los crímenes de guerra y de los crímenes nazis. En efecto:

* Las reglas de derecho internacional permiten la persecución penal ante los tribunales y la sanción penal de tales crímenes [...]

* la persecución y la sanción penal de estos crímenes no deben ser consideradas exclusivamente de la competencia interna de los Estados sino como una obligación internacional e universal impuesta a los Estados por el Derecho de Gentes universal [...]

La Conferencia estima en consecuencia que se violaría el Derecho Internacional si un país, refiriéndose a las reglas establecidas y que conciernen a la prescripción de los crímenes de derecho común, rechaza la persecución de los crímenes nazis bajo el pretexto de que se trata únicamente de asesinatos individuales reprimidos por el derecho penal común. (Graven, 1965, pp. 128 y 129)

Además de la conferencia de Varsovia, en diversos Estados se hicieron públicas manifestaciones coincidentes con el contenido de la resolución allí adoptada y cuyos aspectos principales hemos transcrito arriba.

Veamos a continuación algunos ejemplos (Graven, 1965, pp. 120 a 122):

- i) La URSS realizó, el 24 de diciembre de 1964, una declaración oficial en el sentido de que no era conforme al derecho internacional la prescripción que Alemania Federal había decidido aplicar a partir de mayo de 1965.
- ii) El gobierno de los Estados Unidos emitió el 8 de enero de 1965 una nota mediante la cual expresa su rechazo a la prescripción en cuestión, y, con fecha 24 de enero del mismo año, 68 miembros de la Cámara de Representantes del mismo país dirigieron una petición al presidente del Bundestag (Asamblea Nacional del Estado Federal alemán cuyos integrantes son elegidos mediante el sufragio universal), así como al presidente del Bundesrat (organismo del Estado alemán cuyos integrantes son elegidos a nivel de cada región), con el fin de que los miembros de la Dieta Federal intervengan con el objeto de impedir que la persecución penal de los criminales de guerra nazi no se beneficie de la prescripción prevista para el 9 de mayo de dicho año.
- iii) En Israel (octubre de 1964), en Austria y en los países del bloque comunista —tales como la URSS, Checoslovaquia, Polonia, Alemania del Este, Hungría y Bulgaria— se

adoptaron leyes estableciendo la imprescriptibilidad de los crímenes perpetrados por los nazis y sus colaboradores (Mertens, 1974, pp. 15 y 16; Herzog, 1965, p. 361). En el caso de Bélgica, se adoptó una ley de fecha 3 diciembre de 1964 con efectos limitados en el sentido de que extendía en 10 años el plazo de prescripción respecto de la pena de muerte pronunciada por atentar contra la seguridad del Estado durante la Segunda Guerra Mundial (Herzog, 1965; Mertens, 1974, pp. 40 y 41).

iv) En Francia, el Parlamento aprobó, con fecha 26 de diciembre de 1964, la Ley N.º 64-1326, que indica:

Artículo único. Los crímenes contra la humanidad, tal como han sido definidos por la Resolución de las Naciones Unidas con fecha 13 de febrero de 1946, haciendo suya la definición de los crímenes contra la humanidad según figura en la Carta del Tribunal Internacional [de Núremberg] de fecha 8 de agosto de 1945, son imprescriptibles por su naturaleza. (Código Procesal Penal de Francia, 1997-1998, p. 1195)

v) En Suiza, 28 miembros del Consejo Nacional enviaron una carta, con fecha 17 de marzo de 1965, al presidente del Bundestag de Alemania Federal, argumentando en el sentido de que «los crímenes nazis suscitan todavía en nuestros días, un horror inmenso entre los pueblos más diversos de nuestro planeta. Debe hacerse todo lo posible para que tales atrocidades no puedan jamás repetirse. En razón de su carácter particular, toda prescripción que establezca la no-persecución de los autores de tales monstruosidades debería ser dejada de lado».

A nivel del Consejo de Europa, la Asamblea Consultiva se pronunció en contra de la prescripción en cuestión, según la Recomendación 415 de fecha 28 de enero de 1965, dirigida al Comité de Ministros del mismo Consejo. La recomendación considera necesaria la elaboración de una convención europea al respecto, «encargando a un Comité de expertos gubernamentales de su elaboración a fin de asegurar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad». De esta manera, la Recomendación 415 fijaba una posición que comprendía todos los crímenes contra la humanidad en general, y no solo aquellos cometidos por los nazis y sus colaboradores (Mertens, 1974, p. 116). El Comité de Ministros, recibida la Recomendación 415, consideró entonces más adecuado que «las negociaciones tengan lugar en el marco más amplio de las Naciones Unidas, y no en el marco limitado del Consejo de Europa» (Mertens, 1974, p. 121; véase también Mertens, 1988, p. 71).

4. Los instrumentos internacionales que proscibieron la impunidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad

4.1. El Tratado de Versalles del 26 de junio de 1919

Establece en su capítulo VII Sanciones, que tanto el emperador (artículo 227) como las personas acusadas de haber cometido actos en violación de las leyes y costumbres de la guerra serán sancionados no obstante que pudiera existir algún procedi-

miento ante un tribunal de Alemania o de sus aliados, debiendo el gobierno alemán entregar a tales personas para su juzgamiento por los Aliados y Poderes Asociados (artículos 228 a 230). No se menciona ningún plazo de prescripción para hacer efectivas las medidas previstas en el Tratado.

4.2. El tratado denominado Acuerdo de Londres, de fecha 8 de agosto de 1945, el cual creó el Tribunal Internacional de Núremberg

Para el juzgamiento de los más altos responsables de los crímenes perpetrados por los nazis y sus colaboradores del Eje Europeo. No se reconoce ni se menciona, ni en el Tratado ni en el Estatuto del Tribunal, anexo al tratado, ninguna limitación o impedimento para el juzgamiento y sanción de los justiciables. Sin embargo, en el caso de la Ley N.º 10, de fecha 20 de diciembre de 1945, promulgada por los Aliados con el fin de que fuera aplicada por todos los tribunales militares aliados en Alemania al juzgar a los criminales de guerra no comprendidos en el juicio de Núremberg, sí se estableció una mención expresa al tema que nos ocupa. En efecto, la Ley N.º 10, en su artículo II, 5.º párrafo, estableció:

[...] el acusado no se podrá beneficiar de ningún derecho de prescripción en lo que concierne al período del 30 de enero de 1933 al 1ro de julio de 1945, tampoco de ningún límite, indulto o amnistía otorgado por el régimen nazi ni podrá ser invocado para oponerse al proceso o a la condena.

4.3. Tribunal de Tokio

Algo semejante a lo reseñado en el caso del Tribunal de Núremberg podemos afirmar respecto de las normas que rigieron al Tribunal de Tokio, creado por los Aliados con fecha 19 de enero de 1946. El Tribunal de Tokio era competente respecto de los más altos responsables de los crímenes perpetrados por el Imperio japonés durante la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, en el Tratado de Paz con el Japón, de fecha 15 de septiembre de 1947, se estableció expresamente que los responsables de crímenes de guerra y contra la humanidad no podrán oponer en ningún caso el beneficio de la prescripción (artículo 2).

4.4. Tratados de paz luego de la Segunda Guerra Mundial, firmados el año 1947, con Italia, Bulgaria, Finlandia, Rumanía y Hungría

En todos ellos se estableció la no pertinencia de la prescripción respecto de los crímenes de guerra y contra la humanidad (Mertens, 1974, p. 2009).

4.5. La Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Crimen de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948

Esta Convención tiene una extraordinaria importancia en relación con el tema que nos ocupa, pese a no hacer mención expresa a la prescripción. Entre los aspectos

por resaltar podemos mencionar los siguientes: la noción de crimen internacional; el carácter de crimen *erga omnes* que justifica la sanción mediante una jurisdicción internacional, así como la intervención de las Naciones Unidas; el alcance *ratione personae* y *ratione temporis* de la norma jurídica relativa a este crimen internacional, de manera que no se limita a los nazis y a sus colaboradores ni al contexto de una guerra; la no validez de normas jurídicas internacionales relativas a inmunidades que otorgan impunidad a los actos de Estado, jefes de Estado, altos funcionarios, etcétera. Lo anterior tiene como antecedente, a su vez, la Resolución 96 (I) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 11 de diciembre de 1946, que refuerza el alcance *ratione temporis* de la Convención. Esto por cuanto la Resolución 96 (I) declara, el año 1946 —es decir, antes de que la Convención fuera aprobada—, que este crimen internacional:

- a) «[es] contrario a los objetivos de las Naciones Unidas» (1.º párrafo, Considerandos de la Resolución) por lo que “es un asunto de preocupación internacional” (3.º párrafo, *idem*);
- b) «[y que] es un crimen de “Derecho de Gentes” [*“under international law”*] que el mundo civilizado condena y por el cual los autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas [...]» (1.º párrafo, parte resolutive, *idem*);
- c) «Invita a los Estados que son Miembros de las Naciones Unidas, a promulgar las leyes necesarias para la prevención y castigo de este crimen» (2.º párrafo, parte resolutive, *idem*).

Estamos ante un crimen internacional, según la Resolución 96 (I), establecido mediante normas jurídicas internacionales consuetudinarias o de *jus cogens*, es decir, que entraña obligaciones a nivel universal, aun cuando no exista un tratado internacional al respecto. Esta posición de la Asamblea General de las Naciones Unidas será reiterada en diversos pronunciamientos por la Corte Internacional de Justicia, según analizaremos a continuación.

4.6. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)

La Corte Internacional de Justicia (CIJ) se ha pronunciado en repetidas ocasiones sobre el crimen internacional de genocidio, dejando en claro que se trata de un crimen de derecho internacional sancionado, por una parte, mediante el tratado de las Naciones Unidas de 1948, que analizamos en el acápite anterior (4.5), y, por otra parte, mediante normas jurídicas internacionales consuetudinarias o de *jus cogens*.

4.6.1. En la Opinión Consultiva relativa a reservas a la convención sobre genocidio emitida el año 1951, la CIJ afirma:

[...] los principios que están a la base de la Convención [sobre Genocidio] son principios reconocidos por las naciones civilizadas como obligando a los Estados fuera de todo vínculo convencional. Una segunda consecuencia es el carác-

ter universal a la vez de la condena del genocidio y de la cooperación necesaria para liberar a la humanidad de un flagelo tan odioso [...]. (CIJ, 1951, p. 23)

En este primer pronunciamiento sobre crímenes internacionales, la CIJ deja en claro que el contenido central de la convención sobre prevención y sanción del genocidio obliga a los Estados fuera de todo vínculo convencional, es decir, están obligados todos los Estados sean o no Partes en dicha convención.

4.6.2. En la sentencia *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la CIJ declaró:

32. [...] las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto [...] por su naturaleza misma atañen a todos los Estados. Vista la importancia de los derechos en causa, todos los Estados pueden ser considerados como teniendo un interés jurídico a que estos derechos sean protegidos; se trata de obligaciones *erga omnes*.³⁴ Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta al margen de la ley de actos de agresión, del genocidio, pero también de los principios y reglas que atañen a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial [...].

4.6.3. En la sentencia de fondo en el caso *Croacia vs. Serbia*, de 3 de febrero 2015, la CIJ fijó su posición sobre el crimen internacional de genocidio en los siguientes términos:

87. La Corte, de otro lado, ha precisado que la convención sobre genocidio contenía obligaciones *erga omnes*. Además, ella ha destacado que la prohibición del genocidio revestía el carácter de una norma imperativa (*jus cogens*).

En síntesis, la Corte Internacional de Justicia refuerza mediante su jurisprudencia la posición según la cual los crímenes internacionales, por sus características —en la especie crimen de genocidio, pero también los crímenes que afectan derechos fundamentales de la persona humana— han sido establecidos mediante normas internacionales convencionales en algunos casos, pero también mediante normas jurídicas consuetudinarias o de *jus cogens* cuyo alcance es universal. Una consecuencia de esta universalidad, por ejemplo, afirma la CIJ, radica en el hecho de que la obligación que tiene cada Estado de prevenir y de reprimir el genocidio no está limitada territorialmente por la Convención.

5. Consideraciones finales

Primera. La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales fue establecida, por primera vez en derecho internacional, mediante la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad, adoptada el año 1968.

Segunda. Según hemos analizado en este artículo, la Convención antes mencionada tuvo como precedentes múltiples e importantes instrumentos internacionales, los cuales, si bien no se habían pronunciado sobre la imprescriptibilidad en cuestión, salvo excepciones de alcance limitado, habían fijado una posición muy clara en contra de la impunidad de los responsables de crímenes internacionales. Como hemos analizado, la fundamentación en contra de la impunidad que encontramos en los mencionados instrumentos internacionales anteriores a la Convención de 1968 debe ser considerada como la base jurídica de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales.

Tercera. El texto que nos parece el más importante respecto de la proscripción de la impunidad es la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948. Ello por cuanto es un tratado internacional que no se refiere a la sanción penal de los vencidos de las dos guerras mundiales, como lo son los tratados de Versalles de 1919 y el denominado Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945, que crea el Tribunal Internacional de Núremberg. Los aportes de la Convención sobre Genocidio precitada al derecho internacional, respecto del tema que nos ocupa, los podemos resumir como sigue:

- a) el crimen internacional de genocidio, de acuerdo con lo que se establece en la Convención, permite afirmar que dicho crimen internacional no puede recibir el mismo tratamiento que los delitos comunes, incluidas las disposiciones sobre prescripción, como pretendía la República Federal de Alemania al cumplirse 20 años del fin de la Segunda Guerra Mundial; y es que no se trata de delitos comunes de asesinato, sino de delitos de derecho internacional que no dependen del derecho penal de los Estados: «el genocidio es un delito de derecho internacional contrario al espíritu y los fines de las Naciones Unidas» (1.º párrafo de los considerandos), y se refiere no solo a asesinatos sino que incluye actos que no son asesinatos, así como diversas modalidades de participación, y no solo al ejecutor material (artículos II y III);
- b) por lo tanto, la proscripción de este delito es universal y no concierne únicamente a la jurisdicción penal territorial de un Estado ni a las reglas de la jurisdicción extraterritorial (competencia pasiva, competencia activa, interés real del Estado): es un delito que «el mundo civilizado condena» (*idem*);
- c) no se refiere a crímenes perpetrados únicamente en el contexto de una guerra sino que pueden cometerse en tiempo de paz: es un crimen «ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra» (artículo I);
- d) el interés de la comunidad internacional, puesto que es un delito *erga omnes*, según lo calificará ulteriormente la Corte Internacional de Justicia (*supra*, acápite 4.6), justifica que pueda ser juzgado por una Corte Penal Internacional competente (artículo VI), o que cualquier Estado pueda solicitar la intervención de las Naciones Unidas para la prevención o la represión de actos de genocidio (artículo VIII), o que las controversias sobre este crimen internacional puedan ser llevadas ante la Corte Internacional de Justicia (artículo IX);
- e) no se trata de una norma de excepción aplicable únicamente a los nazis y sus colaboradores, sino a toda persona que cometa este crimen internacional (artículo IV);
- f) las sacrosantas —hasta esa época según algunos, pese al juicio de Núremberg— vigentes normas de derecho internacional clásico que establecían inmunidades

(actos de Estado, obediencia debida, etcétera) de las que gozaban, *ratione personae*, los jefes de Estado o de Gobierno, altos mandos militares, funcionarios, o *ratione materiae*, los delitos políticos, son desechadas; es decir, las inmunidades clásicas del derecho internacional no son aplicables cuando se trata de este crimen internacional (artículos IV y VII);

- g) establece la sanción penal no solo de quienes están vinculados a un Estado sino también de los particulares, es decir, de quienes actúan de manera independiente del Estado (artículo III);
- h) establece que los Estados Partes tienen la obligación de imponer sanciones penales eficaces en el marco de lo antes expuesto.

Cuarta. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (ver *supra*, acápite 4.6), además de confirmar los aportes sintetizados en el párrafo inmediato precedente que se refieren a obligaciones de los Estados Partes en la Convención de 1948, realiza tres aportes fundamentales a la temática que nos ocupa. Estos aportes consisten en que la CIJ:

- a) extiende dichos aportes a nivel universal por cuanto la prohibición del crimen de genocidio dimana de normas jurídicas internacionales consuetudinarias y/o de *jus cogens* cuyo alcance es universal, es decir, obliga a todos los Estados del mundo aunque no sean Estados Partes en la Convención de 1948;
- b) precisa que la jurisdicción universal es de recibo, en virtud del carácter universal de la prohibición del genocidio, pese a que la Convención de 1948 no la prescribe (tampoco la excluye; simplemente no la menciona en su artículo VI);
- c) la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, derechos-bienes protegidos por los tipos penales constitutivos de los crímenes de genocidio y contra la humanidad, forman parte de las obligaciones *erga omnes* y, en consecuencia, dimanar de normas jurídicas internacionales consuetudinarias y/o *jus cogens*.

Quinta. La Convención adoptada el año 1968 fue considerada necesaria por la comunidad internacional por cuanto, al no existir una norma jurídica internacional expresa, todos los crímenes impunes que habían sido perpetrados por los nazis y sus colaboradores durante la Segunda Guerra Mundial podían ser declarados prescritos al cumplirse 20 años del fin de la mencionada Guerra, es decir, el 9 de mayo de 1965. Esta prescripción fue anunciada por la República Federal de Alemania en marzo de 1964, en un contexto en el que la normativa penal de los Estados establecía en algunos casos la prescripción y en otros la imprescriptibilidad de la acción penal y/o de la pena respecto de los delitos comunes. Pese a esta diversidad de regímenes jurídicos en derecho penal comparado sobre el régimen *ratione temporis* de la prescripción de delitos comunes, había una virtual unanimidad entre los Estados europeos y en los dos Estados líderes del mundo bipolar de entonces, Estados Unidos y la URSS, respectivamente, en el sentido de que no era admisible la prescripción anunciada por la República Federal de Alemania. Así se inició el debate en el seno de las Naciones Unidas, que concluyó con la aprobación de la Convención de 1968, cuyo contenido fue muy diferente del esperado originalmente.

Referencias

- Allard, A. (1868). *Histoire de la justice criminelle au siezième siècle*. Gang-París-Leipzig: Édit. H. Hoste – A. Durand et Pedone Lauriel – Alphonse Durr.
- Ancel, M., & Marx, Y. (1981). *Collection des codes pénaux européens*. Tomo I. París: Centre Français de Droit Comparé – Documentation française.
- Beccaria, C. (1991 [1764]). *Dei delitti e delle pene*. Traducción del italiano por Maurice Chevallier: *Des délits et des peines*. París: Flammarion.
- Bentham, J. (1802). *Traité de législation civile et pénale*. Traducción por E. Dumont, 2 volúmenes. París: Chez Boussange, Masson et Besson.
- Bouzat, P. (1951). *Traité théorique et pratique de droit pénal*, París: Librairie Dalloz.
- Donnedieu de Vabres, H. (1941). *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*. París: Librairie du Recuei Sirey.
- Gelman, J. (1999). Carta a mi nieta o nieta. *Noticias Aliadas*, volumen 36, número 2.
- Glaser, S. (1965). Quelques observations sur la prescription en matière de criminalité de guerre. *RDPC*, 1964-1965, mars.
- Graven, J. (1965). Les crimes contre l'humanité peuvent-ils bénéficier de la prescription? *RPS*, tomo 81.
- Grupo Américain de L'Assotiation Internationale de Droit Pénal. (1966). Projet de Convention sur l'Imprescriptibilité des Crimes de Guerre et des Crimes contre l'Humanité. *RIDP*.
- Grynfogel, C. (1998). Crimes contre l'humanité, fascículo 10, *Juris-Classeur pénal*, 2. París: Éditions du Juris-Classeur.
- Hauss, J. J. (1869). *Principe's généraux du droit pénal belge*. París: Édit. H. Hoste – A. Durand et Pedone Lauriel.
- Herzog, J.-B. (1965). Étude des lois concernant la prescription des crimes contre l'humanité. *RSCDPC*. Janvier-Mars.
- Jankélevitch, V. (1971). *L'imprescriptible*, París: Du Seuil.
- Kos-Rabcewicz-Zubkowski, L. (1989). Canada, Rapport National-Crimes Internationaux et le droit pénal interne. *RIDP*.
- Merle, R., & Vitu, A. (1967). *Traité de droit criminel*. París: Éditions Cujas.
- Mertens, P. (1974). *L'imprescriptibilité des crimes de guerre et contre l'humanité*, Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles.
- Mertens, P. (1988). L'imprescriptibilité des crimes contre l'humanité dans les travaux du Conseil de l'Europe et dans la Convention de l'ONU. *Le procès de Nuremberg, conséquences et actualisation. Actes du Colloque International*. Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, le 27 mars 1987. Bruxelles: Éditions Bruylant et Éditions de l'Université Libre de Bruxelles.
- Rodríguez, J. M. (1981). *Derecho penal español. Parte general*. 8.ª edición. Madrid.

Avances (y retrocesos) jurisprudenciales en la labor de la Corte Penal Internacional a propósito de los 20 años de su creación

Michelle Reyes Milk

Sumilla

Este artículo tiene como objetivo analizar algunos de los aportes más importantes en dos casos emblemáticos que llegaron a la Corte Penal Internacional: el primero, contra Thomas Lubanga, y el segundo, contra Jean-Pierre Bemba. Estos casos se diferencian, en primer lugar, por el momento en el que llegaron al tribunal en La Haya, siendo el caso Lubanga el primero en haber sido concluido, mientras el caso Bemba fue uno de los últimos. Además, se distinguen por la naturaleza del acusado: Lubanga es un exguerrillero en la República Democrática del Congo, en tanto Bemba ejerció el cargo de vicepresidente (en el mismo país). Otra gran diferencia que marca estos dos casos es la modalidad de la responsabilidad: mientras que Lubanga fue acusado y condenado como autor mediato, el caso contra Bemba se dio en su calidad de jefe al mando, siendo la primera ocasión en que la Corte tendría oportunidad de pronunciarse sobre ambas modalidades. Por último, los casos se diferencian en la naturaleza y extensión de los cargos imputados. Así, si bien realizar un análisis del caso Bemba cobra particular sentido en el 2018-2019, dada su reciente absolución, el caso Lubanga —concluido hace casi siete años— sigue siendo un precedente indiscutible en materia de reclutamiento y utilización de menores de 15 años en las hostilidades, así como una lección en torno a un número de errores y oportunidades perdidas. El artículo, finalmente, dedica unas líneas al caso contra Bosco Ntaganda. Si bien este caso aún no ha concluido, el proceso ya nos ha dejado importantes precedentes en el derecho internacional que vale la pena analizar.

1. Introducción

El 17 de julio de 1998, 120 Estados negociadores tomaron una decisión histórica en Roma, que respondía a diversos esfuerzos fallidos o postergados a lo largo del siglo XX: la puesta en marcha de un tribunal penal internacional permanente, y con vocación de universalidad, para juzgar a los responsables por los crímenes más atroces que atentan contra la humanidad en su conjunto. Esa promesa se concretó

aquella madrugada en Roma, y el compromiso de casi dos tercios de la comunidad internacional se materializó en lo que hoy conocemos como el Estatuto de Roma.

Han pasado 20 años desde aquella conferencia histórica. A lo largo de estas dos décadas hemos sido testigos de la esperanza que trajo la puesta en marcha del sistema creado por el Estatuto de Roma, pero también presenciado los grandes desafíos que la Corte ha tenido que atravesar en ese camino. Estos desafíos han respondido a diversos factores: retos judiciales, lecciones para la Fiscalía, presiones por parte de las grandes potencias, compromisos fallidos por parte de Estados Partes, un presupuesto limitado para la Corte, por mencionar solo algunos.

Frente a ese panorama, el vigésimo aniversario del Estatuto de Roma representa una oportunidad para todos los que trabajamos en el fortalecimiento del sistema instaurado por el Estatuto. Es una oportunidad para fortalecer nuestro entendimiento en torno al sistema pero, sobre todo, para renovar nuestro compromiso con la justicia internacional y poder hacer un ejercicio de balance —o *stocktaking*— acerca de los avances y desafíos frente a la CPI. Ello incluye, por supuesto, detenerse en algunos de los desarrollos jurisprudenciales más importantes de la Corte.

Desde la llegada del primer sospechoso al tribunal de La Haya en 2006, a la fecha contamos con seis casos concluidos, que han culminado en tres condenas (Lubanga, Katanga y Al Mahdi) y tres absoluciones (Ngudjolo, Bemba y Gbagbo y Blé Goude). En el caso de Gbagbo y Blé Goude, absuelto en primera instancia en enero de 2019, la Fiscalía ha señalado que apelará el veredicto una vez que se emita la sentencia por escrito. Además, ha habido cargos no confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares, cargos retirados por la Fiscalía, o procesos suspendidos en los siguientes casos: William Ruto y Joshua Arap Sang (cargos confirmados y proceso posteriormente terminado), Henry Kiprono Kosgey (cargos no confirmados), Uhuru Kenyatta (cargos confirmados y luego retirados), Francis Muthaura (cargos confirmados y luego retirados), Mohammed Hussein Ali (cargos no confirmados), Abu Garda (cargos no confirmados) y Callixte Mbarushimana (cargos no confirmados). Además, un caso ha sido declarado inadmisibile a la luz del principio de complementariedad: el de Abdullah Al Senussi.

En este escenario, es posible afirmar que la jurisprudencia de la CPI es aún joven, pero no por ello menos valiosa. Esta ha cubierto, o viene cubriendo, temas como reclutamiento de niños y niñas soldados; responsabilidad de mando; violencia sexual y violencia *intra filias*; protección de bienes culturales como crimen de guerra, incluyendo casos de bienes de patrimonio de la humanidad; órdenes de arresto contra jefes de Estado en funciones y otros altos mandatarios, entre otros temas.

Sin ánimo de desestimar cada uno de estos casos, este artículo se centrará principalmente en los casos Lubanga y Bemba, por considerar que han brindado diversos aportes a la rama del derecho penal internacional, aunque también han dejado importantes preguntas y lecciones aprendidas en el camino. Asimismo, nos referiremos, en menor grado, al caso Ntaganda, actualmente *ad portas* de su conclusión en la CPI.

2. El caso Lubanga: la esperanza de un tribunal «con dientes»

2.1. La exclusión de crímenes de violencia sexual: una oportunidad perdida para las víctimas de violencia sexual y de género

Casi siete años después de la sentencia que condenó a Tomás Lubanga a 14 años de prisión por el crimen de reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años, y por usarlos para participar activamente en hostilidades, resulta aún relevante reflexionar sobre este caso histórico por las diversas lecciones que dejó; algunas de las que, a la fecha, aún deben ser superadas e implementadas. Por ello, no podemos dejar de abordar este caso, y en las siguientes líneas nos centraremos en rescatar los principales aportes —y críticas— a él, con el objetivo de analizar cuánto se ha avanzado a la fecha en algunas cuestiones como la investigación y judicialización de crímenes de violencia sexual y de género.

El primer caso que llegó a la Corte Penal Internacional fue emblemático e histórico en muchos sentidos. Contextualizado en la investigación en la República Democrática del Congo (RDC) —que había autorremitado su propia situación en marzo de 2004, una medida impulsada por el propio exfiscal de la CPI, Luis Moreno Ocampo (Bosco, 2014, p. 96)—, el caso Lubanga calmó a quienes temían que la Corte se convertiría en una corte inactiva (Bosco, 2014, pp. 90-91).

Tomás Lubanga fue el líder de la Unión de Patriotas Congolese (UPC), y jefe al mando de su rama militar, las Fuerzas Patrióticas por la Liberación de Congo (FPLC). Se lo acusó de reclutar y alistar a niños menores de 15 años y usarlos para participar activamente en las hostilidades perpetradas en la RDC entre 2002 y 2003, concretamente en la región de Ituri (CPI, 2007, párrafos 242 y ss.). Estas acciones se dieron en el marco del conflicto armado que se llevó a cabo en la RDC por más de dos décadas y, en concreto, por las acciones realizadas en Ituri, que enfrentó a las etnias Hema y Lendu desde el año 1999, situación que se vio exacerbada por el ingreso y posterior ocupación, entre 1999 y 2003, de tropas de las Fuerzas Armadas ugandesas (HRW, 2012, p. 2).

Lubanga fue acusado en su calidad de coautor mediato (en conjunto con su coacusado, Bosco Ntaganda), a la luz del artículo 25.3.a del Estatuto. Tras su traslado a La Haya en marzo de 2006, se dio inicio a un largo proceso que tuvo que ser interrumpido en distintos momentos por diversas razones, incluyendo la suspensión del proceso frente a la objeción del fiscal de compartir más de 200 documentos de información con la defensa y los jueces (alegando confidencialidad de estos), así como la posterior negativa del fiscal a revelar la identidad de un intermediario que habría obtenido evidencias sobre el terreno en representación de la Fiscalía (Bosco, 2014, pp. 139-141; HRW, 2012, p. 8). La decisión en torno a la confirmación de cargos se dio casi un año después de la llegada de Lubanga a La Haya, el 29 de enero de 2007; el juicio se inició formalmente el 26 de enero de 2009 y, tres años después (el 14 de marzo de 2012), se emitió el veredicto condenatorio, condena que fue reafirmada por la Sala de Apelaciones el 1 de diciembre de 2014.

El caso Lubanga se centró en cargos limitados acerca de los delitos contemplados en el artículo 8.2.e.vii del Estatuto. Ello suscitó no pocas críticas de diversos actores,

incluyendo víctimas de violencia sexual, quienes se vieron frustradas con la falta de inclusión de cargos en torno a esta categoría de crímenes, sobre todo tras informes y evidencia que apuntaban a la comisión de otros crímenes perpetrados en Ituri por Lubanga y sus tropas, incluyendo matanzas de otros grupos étnicos, ejecuciones sumarias, tortura, violación sexual, esclavitud sexual, reclutamiento y utilización de niños soldados, y pillaje (HRW, 2012, p. 3). Diversas organizaciones hicieron un llamado a la Fiscalía de la CPI a continuar con sus investigaciones y considerar la presentación de nuevos cargos a la luz de serios alegatos de violencia sexual perpetrada por tropas del UPC; no obstante, ello no llevó a una ampliación de cargos (FIDH, 2018, pp. 14-15). Una de las voces más autorizadas en la materia, la organización Women's Initiatives for Gender Justice (WIGJ), alzó la voz en reiteradas ocasiones por la ausencia de cargos sobre violencia sexual. Liderada por muchos años por Brigid Inder, quien luego sería nombrada asesora especial de la fiscal de la CPI en materia de género al asumir Fatou Bensouda la Fiscalía, WIGJ emitió un fuerte comunicado tras la conclusión del proceso en noviembre de 2011 (previo a la sentencia), donde indicó lo siguiente:

The DRC has one of the highest rates of sexual violence in the world. The Ituri region, where the UPC operates, continues to experience ongoing conflict and militia attacks, and eastern DRC has been described by Margot Wallström, the United Nations Secretary-General's Special Representative on Sexual Violence in Conflict, as the 'rape capital of the world'.

It was therefore shocking to many of us that the announcement in 2006 of the case against Thomas Lubanga did not include charges for such crimes and overlooked the suffering of thousands of victims of this conflict and victims of this militia. It was unimaginable to us and to our partners in eastern DRC, grassroots women's rights and peace advocates, that the Office of the Prosecutor (OTP) had not investigated these crimes in their initial strategy. It was also beyond comprehension that the OTP then decided not to undertake any specific investigations into these crimes in the 6 months between when Mr Lubanga was taken into ICC custody in March 2006 and before the Confirmation Hearing in November of that year. Still further, the OTP did not investigate these crimes between the Confirmation Hearing and the start of the trial two years later in January 2009. In fact, there was almost three years from when Mr Lubanga was taken into custody until the trial started – plenty of time in which the OTP could have conducted investigations of gender-based crimes in relation to child soldiers, thereby expanding thematically on their original charges and providing a more accurate reflection of the crime base. In our view, the OTP could have amended the document containing the charges, sought and held a Confirmation Hearing on such charges and still have been ready for trial three years later, with the rights of the accused to prepare his defence fully observed. (WIGJ, 2011, pp. 2-3)

Como se puede apreciar, a pesar de que Ituri fue catalogada como «la capital de la violación sexual» por la entonces representante especial del secretario general de las Naciones Unidas, la Fiscalía no tomó en consideración los diversos informes y

llamados a la ampliación de cargos, aunque procedimentalmente existían las vías para ello; a saber, mediante la modificación del documento que contenía los cargos, y a través de una posterior solicitud de una audiencia de confirmación de cargos.

La decisión de la Fiscalía de no incluir cargos adicionales habría respondido a la consideración del exfiscal Moreno Ocampo de presentar los cargos con la evidencia más sólida; al interés de moverse con celeridad frente a información en torno a una posible puesta en libertad de Lubanga por parte de las autoridades congoleñas (HRW, 2012, p. 3); y al deseo de contar finalmente con un proceso en curso (FIDH, 2018, p. 14).

Esta oportunidad perdida fue mencionada expresamente por la entonces jueza de la CPI Elizabeth Odio-Benito en su Opinión Separada y Disidente presentada tras la sentencia condenatoria. Si bien la jueza Odio-Benito concordó con el resto de los magistrados respecto de la culpabilidad de Lubanga, la magistrada se pronunció en relación con tres aspectos, entre ellos, la invisibilidad de la violencia sexual acaecida sobre niños y niñas soldados que participaron activamente en las hostilidades y fueron víctimas de violencia sexual. De este modo, en su Opinión Separada y Disidente, la magistrada indicó lo siguiente:

By failing to deliberately include within the legal concept of «use to participate actively in the hostilities» the sexual violence and other ill-treatment suffered by girls and boys, the Majority of the Chamber is making this critical aspect of the crime invisible. *Invisibility of sexual violence in the legal concept leads to discrimination against the victims of enlistment, conscription and use who systematically suffer from this crime as an intrinsic part of the involvement with the armed group.*

I thus consider it necessary and a duty of the Chamber to include sexual violence within the legal concept of «use to participate actively in the hostilities», regardless of the impediment of the Chamber to base its decision pursuant to Article 74(2) of the Statute. (CPI, 2012a, párrafos 16-17) (cursivas añadidas)

La particular situación de las niñas soldado y su especial vulnerabilidad frente a casos de violencia sexual han sido analizadas y comentadas extensamente por la doctrina (ver Grey, 2014; FIDH, 2018), y han recobrado particular importancia frente a la situación de violencia *intra filias* y el caso Ntaganda.

Las víctimas de violencia sexual, lamentablemente, no han tenido mejor suerte en los posteriores casos que se iniciaron ante la CPI. Como ha demostrado con detenimiento FIDH en su informe *Unheard, Unaccounted...* a la fecha, y tras 20 años de adopción del Estatuto de Roma, no ha habido una sola condena por crímenes de violencia sexual ante la CPI (FIDH, 2018). Esto se ha debido a situaciones como falta de presentación de cargos de violencia sexual por parte de la Fiscalía, como en el caso Lubanga; cargos presentados pero no confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares, como en los casos Katanga y Ngudjolo; cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares pero luego retirados por la Fiscalía, como en los casos Kenyatta y Muthaura; y cargos confirmados pero que no llevaron a condenas (sea por absoluciones o porque los acusados fueron condenados por otros cargos), como los casos Katanga, Ngudjolo Chui, Bemba y, más recientemente, el caso Gba-

gbo y Blé Goudé (FIDH, 2018). En el caso Bemba, como analizaremos *infra*, si bien la Sala de Primera Instancia lo condenó por violación sexual como crimen de guerra y como crimen de lesa humanidad —con lo que se constituyó en la primera condena por cargos de violencia sexual—, el acusado fue absuelto posteriormente por la Sala de Apelaciones (CPI, 2018).

Por otro lado, a la fecha, dos importantes casos en curso tienen como eje cargos por violencia sexual: el caso Ntaganda, que aborda el delicado tema de la violencia sexual *intra filias* e incluye cargos de violación sexual y esclavitud sexual; y el caso Ongwen, que incluye, a la fecha, la lista más extensiva de cargos de violencia sexual: violación sexual, esclavitud sexual, embarazo forzoso, otros actos inhumanos (matrimonio forzoso) y atentados contra la dignidad personal. Por su parte, entre los casos que cuentan con órdenes de arresto o solicitudes de comparecencia aún no ejecutadas (y en los que nos enfrentamos a la situación de los prófugos ante la CPI), se aprecian cargos de violencia sexual en el caso Kony y Otti (violación sexual y esclavitud sexual); Mudacumura (violación sexual y mutilación); Al Bashir (violencia sexual como genocidio y violación sexual); Harún y Kushayb (violación sexual y atentados contra la dignidad humana); Hussein (violación sexual y atentados contra la dignidad humana); Khaled (tratos crueles y atentados contra la dignidad humana, persecución mediante actos de violencia sexual y violación sexual); Simone Gbagbo (violación sexual y otras formas de violencia sexual); y Al Hassan (violación sexual, esclavitud sexual, otros actos inhumanos [matrimonio forzoso], y atentados contra la dignidad humana) (FIDH, 2018, pp. 18-19).

2.2. El crimen de reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años, y la utilización de menores para participar *activamente* en las hostilidades

A pesar de ello, el caso Lubanga tuvo como resultado desarrollos significativos en otros aspectos, brindando contribuciones importantes al sistema instaurado por el Estatuto de Roma y al Derecho Penal Internacional en sí. En primer lugar, al ser el primer caso en llegar a la CPI, los jueces ahondaron en el alcance de la modalidad de autoría mediata y analizaron con detenimiento el sistema dual de responsabilidad penal internacional del individuo contemplado en el Estatuto de Roma, basado en la distinción entre «autores» y «partícipes», sobre la base de la teoría objetivo material y el concepto de dominio (CPI, 2007, párrafos 327-335). Esto significó una evolución importante en el derecho penal internacional, y un paso adelante frente al modelo unitario que había primado, aunque ya la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* fueron abriendo el camino y sentando la distinción entre autores y partícipes (Olásolo, 2012, pp. 78-86).

Con respecto a los crímenes imputados —reclutamiento y alistamiento de menores de 15 años y su utilización para que participen activamente en las hostilidades (dos crímenes autónomos)—, la sentencia de Lubanga implicó una oportunidad para esclarecer los elementos que configuran los tipos penales. Esto significó un aporte indiscutible, pues en ese entonces únicamente el Tribunal Especial para Sierra Leona (TESL) había tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema, en vista de que su propio Estatuto había ya incluido, en su artículo 4.3, el crimen de reclutamiento o

alistamiento de menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades.

En relación con la participación en las hostilidades, en los casos Taylor; Sesay, Kallon y Gbao; Fofana y Kondewa; e Hinga Norman, el TESL ya había abordado el crimen de reclutamiento de menores y adelantado el concepto de participación *activa* en las hostilidades, marcando una distancia del concepto clásico de participación *directa* en las hostilidades que ha primado en el derecho internacional humanitario. De este modo, en el caso Taylor el TESL señaló, con relación al reclutamiento de menores de 15 años por parte del Revolutionary United Front (RUF) y su uso para participar activamente en las hostilidades, concretamente como guardianes de objetivos militares, lo siguiente:

The guarding of military objectives amounts to active participation in hostilities [...] [T]he use of a child to guard a diamond mine put the child at sufficient risk to constitute illegal use of the child pursuant to Article 4(C) of the Statute [...] As the diamond mines were in highly contested and strategic locations, the Trial Chamber finds that they were potential military targets for the warring factions. The Trial Chamber finds that due to the high risk of enemy attacks, those children who were used to guard the mines were in direct danger of being caught in hostilities. (TESL, 2012, párrafo 1459)

Fue esta misma interpretación la que guió a los jueces en el caso Lubanga, quienes se alejaron nuevamente del concepto de participación *directa* en las hostilidades y forjaron su caso en torno a la idea de participación *activa*. Para ello, tomaron en consideración la amplitud de funciones que podía desempeñar el o la menor de 15 años, para incluir actividades que abordaban tanto la participación de menores enviados al frente (que actuaban *directamente*) como la de aquellos otros que participaban en un amplio espectro de actividades y brindaban algún tipo de apoyo relacionado, tales como guardaespaldas, vigilantes en puestos de control, etcétera (CPI, 2012, párrafo 576). La Sala de Primera Instancia se basó en la decisión del TESL de que participación *activa* incluiría cualquier tarea o apoyo que contribuyese a la creación o mantenimiento del conflicto armado (CPI, 2012, párrafo 576). Para ello, la Sala estableció que el factor decisivo para determinar si un rol *indirecto* puede ser considerado como participación *activa* en las hostilidades sería la determinación de si el apoyo previsto por el o la menor de 15 años le exponía a un peligro real y le convertía en un *objetivo potencial de ataque* (CPI, 2012, párrafo 576). De este modo, continuó la Sala, la *combinación de estos factores* —el apoyo del menor o la menor, y este nivel de riesgo como consecuencia de dicho apoyo— trae como resultado que, más allá de su ausencia del propio teatro de operaciones, el o la menor se encontraba activamente involucrado en tales hostilidades. Con esa interpretación, finalmente, los jueces buscaron brindar una protección más amplia a los niños y los niños soldados, así como prevenir el empleo de ellas y ellos en actividades relacionadas con el conflicto (CPI, 2012, párrafo 578).

Con respecto al reclutamiento y alistamiento, si bien se trata de dos conductas autónomas que se diferencian por el carácter voluntario del ingreso del o de la

menor al grupo armado o fuerza armada, la Sala analizó el importante tema del *consentimiento* del o de la menor al momento de unirse al grupo (Alfonso, 2014, pp. 157-164). Si bien el Estatuto de Roma recoge tanto la figura de «reclutar» (que implica un acto forzoso) como aquella de «alistar» (que sugiere un acto voluntario), la Sala concluyó que es poco probable que un o una menor de 15 años pueda dar su consentimiento genuino e informado al momento del alistamiento a un grupo armado o fuerza armada, y que, en caso este consentimiento se dé, no podrá ser usado como una causal de defensa:

613. The Chamber endorses the conclusions of the expert witnesses, in the sense that it will frequently be the case that girls and boys under the age of 15 will be unable to give genuine and informed consent when enlisting in an armed group or force.

[...]

617. In all the circumstances, the Chamber is persuaded that the Statute in this regard is aimed at protecting vulnerable children, including when they lack information or alternatives. The manner in which a child was recruited, and whether it involved compulsion or was «voluntary», are circumstances which may be taken into consideration by the Chamber at the sentencing or reparations phase, as appropriate. However, the consent of a child to his or her recruitment does not provide an accused with a valid defence. (CPI, 2012, párrafos. 613-617)

Por otro lado, en relación con las características del tipo, la Sala precisó que el crimen de reclutamiento y alistamiento es uno de carácter continuado, que se comete al momento del ingreso del o de la menor al grupo armado o fuerza armada, y solamente cesará tras la salida del niño o la niña del grupo, o al cumplir los 15 años (CPI, 2012, párrafo 618).

2.3. Legados adicionales —y críticas— del caso Lubanga: participación de víctimas, principios de reparaciones y lecciones aprendidas

En función de lo hasta aquí señalado, es importante destacar que el caso Lubanga dejó dos legados adicionales. De este modo, además de visibilizar la situación de las niñas y niños soldados, constituyó un hito histórico en materia de participación de víctimas, resaltando uno de los principales avances del Estatuto de Roma. Así, 129 víctimas participaron durante el proceso a través de siete representantes legales. A ello se sumó un legado adicional, el sistema de reparaciones, que incluyó no solo a las víctimas mismas sino también —siguiendo el esquema instaurado en Roma— a las comunidades afectadas, las cuales participaron no solo como beneficiarias sino además brindaron aportes al diseño mismo de las reparaciones.

En este sentido, en la decisión de la Sala de Primera Instancia I, que establece los principios y procedimientos por ser aplicados a las reparaciones (CPI, 2012b), la Sala ordenó la adopción de «las formas más amplias y flexibles de reparaciones, por las violaciones de los derechos de las víctimas, así como amplitud en la forma de implementar dichas reparaciones» (CPI, 2012c, párrafo 180). Para ello, la Sala solicitó

al Fondo Fiduciario de la CPI en Beneficio de las Víctimas recolectar propuestas para reparaciones colectivas. Dado que Lubanga se había declarado insolvente, se activó el Fondo Fiduciario para la reparación. Del mismo modo, la Sala recomendó que el Fondo Fiduciario nombrara un equipo multidisciplinario de expertos que ayudara a evaluar el daño sufrido por las víctimas, el efecto sobre sus familias y sus comunidades, así como las formas más idóneas de llevar a cabo la reparación (Galain, 2014, pp. 414-416).

En esta importante decisión, la Sala constató que la reparación es un derecho reconocido internacionalmente en diversos tratados e instrumentos internacionales, y que debe ser idónea, adecuada y brindada con celeridad. Para ello, la decisión sobre reparaciones tuvo un eje fundamental: la determinación de los principios en materia de reparaciones (CPI, 2012b, párrafos 182 y ss.) Así, la Sala determinó principios esenciales como:

- No discriminación: las reparaciones deben implementarse sin discriminación por edad, raza, color, lengua, género, religión o credo, orientación sexual, origen nacional, étnico o social, opiniones políticas o estatus de nacimiento o nivel socioeconómico.
- Consideración de necesidades: las reparaciones deberán tomar en cuenta las necesidades de las víctimas, en particular cuando se trata de niños, adultos mayores, personas con discapacidad y víctimas de violencia sexual y de género.
- Dignidad y no estigmatización: las reparaciones deberán tomar en cuenta la dignidad de la persona y la no estigmatización de la víctima.
- Seguridad, privacidad y bienestar: al momento de la implementación, resulta esencial salvaguardar, además, la seguridad, privacidad y bienestar físico y psicológico de la víctima, precisó la Sala.
- Reconciliación: las reparaciones deben estar dirigidas, de ser posible, a fomentar la reconciliación entre los perpetradores, las víctimas y las comunidades afectadas.

Por último, el caso Lubanga dejó también una serie de lecciones aprendidas. Además de la necesidad de reflexionar en torno a la presentación de cargos y la utilización de la Norma 55 del Reglamento de la Corte, que le da autoridad a la Sala para modificar la tipificación jurídica de los hechos (ver *infra*), el caso puso sobre el tapete la necesidad de contar con un proceso más efectivo y expeditivo. La igualdad de armas, el acceso a evidencia y la situación de víctimas e intermediarios también fueron analizados en este caso, y se subrayó la importancia de fortalecer estos aspectos a la luz del debido proceso. Algunos de estos temas han recibido una atención detenida a partir del caso Lubanga. Por ejemplo, se adoptaron pasos importantes con relación a la duración de los procesos, respecto de lo cual un primer impulso importante se llevó a cabo de la mano del entonces juez Adrian Fulford, quien presidió el caso Lubanga y lideró reformas para asegurar una mayor eficiencia y celeridad en los procesos ante la CPI.

3. El caso Bemba: el alcance de la responsabilidad de mando: ¿cómo interpretar sus elementos constitutivos?

3.1. La responsabilidad de mando en el derecho penal internacional y el artículo 28 del Estatuto de Roma

El caso de Jean Pierre Bemba es quizá uno de los más complejos que ha llegado ante el Tribunal en La Haya. Tras los juicios culminados contra Lubanga, Ngudjolo y Katanga, el asunto Bemba constituyó el primer caso concluido contra un alto mandatario, lo que rescata un principio fundamental y fundacional del derecho penal internacional: la irrelevancia del cargo oficial y la desestimación de toda inmunidad (Reyes, 2013). Se debe recordar que en el año 2014 se suspendió el caso contra Uhuru Kenyatta, entonces presidente de Kenia, dado que la Fiscalía concluyó que carecía de la evidencia suficiente para continuar con dichos casos y obtener una condena más allá de toda duda razonable (CPI, 2014). Asimismo, en el año 2016, la Sala de Primera Instancia V decidió dar por terminados los casos contra William Ruto, entonces vicepresidente de Kenia, y Joshua Arap Sang, comunicador y alto funcionario del gobierno de Kenyatta. Ello obedeció, entre otras razones, a los grandes desafíos que debió enfrentar la Fiscalía frente a lo que determinó como intimidación de testigos por parte del gobierno de Kenia, además de falta de cooperación significativa de este gobierno (Oficina de la Fiscalía, 2014). A ello se sumaron los diversos intentos de Kenia de enmendar importantes disposiciones del Estatuto de Roma y las Reglas de Procedimiento y Prueba. Esto último incluyó, incluso, una propuesta para modificar el propio artículo 27 del Estatuto de Roma, que proponía eliminar su aplicación para jefes de Estado en funciones, lo cual, consideramos, atenta contra el propio espíritu del Estatuto. Por último, la tensión entre Kenia y la CPI suscitó también un impacto adicional a nivel multilateral, que se vio traducido en esfuerzos no menores del gobierno de Kenia ante la Unión Africana (UA) para motivar una denuncia colectiva del Estatuto de Roma por los Estados Miembros de la UA que también eran miembros de la CPI. Esta iniciativa no prosperó, pero no dejó de ser un reflejo importante de la tensión que se ha generado en los últimos años entre la UA y la CPI, impulsada en buena medida por los gobiernos de Kenia y Sudán (Reyes, 2013, p. 71).

Retornando al caso Bemba, y vistos estos antecedentes, el juicio contra Jean Pierre Bemba significó entonces un hito para la Corte desde muchos frentes, pero, como se observará a continuación, dejó muchas preguntas y críticas respecto del desenlace.

Jean Pierre Bemba fue vicepresidente de la República Democrática del Congo entre 2003 y 2007, y presidente del Movimiento de Liberación del Congo (MLC), un movimiento establecido en el año 1998 con el fin de derrocar al gobierno en Kinshasa (CPI, 2016, párrafo 1). Asimismo, fue comandante en jefe de la rama militar del MLC, Armée de Libération du Congo («ALC»), la cara visible del grupo y el encargado de financiarlo, así como de plantear sus objetivos y estrategias (CPI, 2016, párrafo 1). El caso se inició a partir de acusaciones en su contra por crímenes llevados a cabo por tropas de la milicia MLC durante los años 2002-2003, en el vecino país de

la República Centroafricana (RCA), que abarcaron una extensa área geográfica que incluyó las localidades de Bangui, PK12, PK22, Bozoum, Damara, Sibut, Bossangoa, Bossembélé, Dékoa, Kaga Bandoro, Bossemptele, Boali, Yaloke y Mongoumba.

Si bien el caso Bemba se centró en diversos aspectos relevantes para nuestro análisis, incluyendo los elementos contextuales de los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad, en la siguiente sección nos centraremos principalmente en sus aportes en relación con el principio de responsabilidad del superior o responsabilidad de mando.

Jean Pierre Bemba fue procesado por dos cargos de crímenes de lesa humanidad —asesinato y violación sexual— y tres cargos de crímenes de guerra —asesinato, violación sexual y pillaje (CPI, 2009). Asimismo, en la sentencia de confirmación de cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares II rechazó los siguientes cargos presentados por la Fiscalía: tortura como crimen de lesa humanidad, tortura como crimen de guerra y el cargo de ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, como crimen de guerra. La Sala de Cuestiones Preliminares II determinó, en la decisión de confirmación de cargos, que Bemba sería procesado bajo la modalidad de responsabilidad de mando o responsabilidad del superior —a la luz del artículo 28 del Estatuto de Roma—, y rechazó la modalidad que habría planteado alternativamente la Fiscalía: responsabilidad bajo coautoría, según los parámetros del artículo 25.3.a del Estatuto. Es preciso recordar que, en el marco de la CPI, la Fiscalía tiene la facultad de solicitar cargos acumulativos, e incluso diversas modalidades de participación del acusado, atendiendo a un concurso ideal de delitos. No obstante, la propia existencia de la Norma 55 del Reglamento de la Corte, basada en la premisa *iura novit curiae*, faculta a los jueces a modificar la tipificación jurídica de los hechos, por lo que se evita la necesidad de presentar cargos acumulativos en exceso (Stuckenberg, 2015, pp. 855-858):

- Norma 55. Autoridad de la Sala para modificar la tipificación jurídica de los hechos
1. En su fallo conforme al artículo 74, la Sala podrá modificar la tipificación jurídica de los hechos para que dé cuenta tanto de delitos conforme a los artículos 6, 7 u 8 como de una forma de participación del acusado conforme a los artículos 25 y 28, siempre que no se excedan los hechos y las circunstancias descritos en los cargos y en cualquier modificación de los cargos.
 2. Si en cualquier momento durante el juicio la Sala considera que la tipificación jurídica de los hechos puede estar sujeta a cambios, la Sala deberá notificar dicha posibilidad a los participantes y, una vez practicadas las pruebas, en la etapa procedente del procedimiento, dará a los participantes la oportunidad de realizar observaciones verbales o escritas en tal sentido. La Sala puede suspender una audiencia para asegurar que los participantes tengan tiempo y medios adecuados para realizar una preparación eficaz o, de ser necesario, puede ordenar que se celebre una audiencia para considerar todas las cuestiones inherentes al cambio propuesto.

De este modo, el caso Bemba no solo suscitó un interés particular debido al cargo que ejerció como vicepresidente, sino que también constituyó la primera ocasión

en la que la Corte se pronunciaría sobre la figura de la responsabilidad de mando, y permitiría a los jueces analizar con detalle los elementos de dicha modalidad, aunque, como veremos a continuación, con interpretaciones divergentes sobre el alcance de dichos elementos por parte de la Sala de Primera Instancia (en adelante también «la Sala»), por un lado, y por parte de la Sala de Apelaciones, por otro. En efecto, Jean Pierre Bemba fue acusado y procesado por su responsabilidad como jefe militar por los crímenes cometidos por las tropas de MLC bajo su cargo; crímenes perpetrados en el territorio de la República Centroafricana entre el 26 de octubre de 2002 y el 15 de marzo de 2003. Se debe además aclarar que, a pesar de su condición de civil como vicepresidente de la República Democrática del Congo, la Corte determinó que la responsabilidad de Jean Pierre Bemba se determinaba como jefe *militar* y no como civil, pues fue el inciso 28.a el que se aplicó tras la decisión de confirmación de cargos de la Sala de Cuestiones Preliminares III, y la cual llevó a la condena, por unanimidad, por la Sala de Primera Instancia III el 21 de marzo de 2016. No obstante, esta decisión fue revertida por la Sala de Apelaciones, la cual, en su decisión del 8 de junio de 2018, en un voto de 3 contra 2, decidió absolver a Jean Pierre Bemba de todos los cargos, como detallaremos en las siguientes líneas.

El proceso contra Bemba se condujo en su calidad de jefe militar bajo los parámetros del artículo 28.a:

Responsabilidad de los jefes y otros superiores:

Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

[...]

Este primer hito para la Corte Penal Internacional no consistió, sin embargo, en una novedad para el derecho penal internacional. Todo lo contrario: la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales establecidos a lo largo del siglo XX, así como de otros tribunales híbridos o mixtos, ya nos habían brindado precedentes importantes sobre la modalidad de responsabilidad de mando y sus elementos. Incluso, podemos identificar el origen de esta modalidad en el siglo XIX, y su sub-

siguiente desarrollo en el derecho internacional humanitario. Después de todo, esta modalidad se encuentra intrínsecamente relacionada con la obligación de comandar de modo responsable, ya presente, por ejemplo, en la Convención IV de La Haya de 1907 relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre, y recogido en diversos tratados, como el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949. Asimismo, el principio de la responsabilidad de mando forma hoy parte del derecho internacional consuetudinario, tal como lo señaló el Comité Internacional de la Cruz Roja en su estudio sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario del año 2005, concretamente, su Regla 153 (CICR, 2005):

Norma 153. Los jefes y otros mandos superiores son penalmente responsables de los crímenes de guerra cometidos por sus subordinados si sabían, o deberían haber sabido, que éstos iban a cometer o estaban cometiendo tales crímenes y no tomaron todas las medidas razonables y necesarias a su alcance para evitar que se cometieran o, si ya se habían cometido, para castigar a los responsables.

La consagración de este principio en el derecho internacional humanitario tuvo, a su vez, un impacto en el desarrollo del derecho penal internacional, el cual recogió este principio en diversos instrumentos y, eventualmente, reafirmó el carácter consuetudinario de este gracias a importantes aportes jurisprudenciales (Andreu-Guzmán, 2012, pp. 15 y ss.). Así, este principio se comenzó a desarrollar en el período tras la Primera Guerra Mundial (Van Schaack & Slye, 2010, p. 693) y se aplicó en los tribunales militares internacionales constituidos después de la Segunda Guerra Mundial —sobre todo en el Tribunal de Tokio, como lo demostraron los casos Hirota y Tojo. A su vez, los tribunales del Consejo de Control Aliado recurrieron a este principio, que guio casos como Yamashota, Pohl y otros, y Herman Roechling, entre otros (Andreu-Guzmán, 2012, pp. 15 y ss.).

Los tribunales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y Ruanda tuvieron, a su vez, extensa oportunidad de elaborar y esclarecer el alcance de los elementos de la responsabilidad de mando (Van Schaack & Slye, 2010, pp. 684-783; Case Matrix Network, 2016), habiéndose incluido la modalidad expresamente en los estatutos fundacionales de dichos tribunales (Estatuto TPIY, artículo 7[3]; Estatuto TPIR, artículo 6[3]). De este modo, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) aplicó y desarrolló esta figura en casos emblemáticos como Delalic y otros («*Celebici Camp*»), al analizar, *inter alia*, los indicios para deducir el conocimiento de los crímenes cometidos por subordinados, así como el elemento del control efectivo (TPIY, 2000); el caso Blaskic («*Lasva Valley*»), al abordar los elementos de la responsabilidad de mando, incluyendo el *mens rea*, y diferenciarla con la modalidad de participación de «ordenar» (TPIY, 2000); el caso Karadzic, donde se analizan diversos elementos de la modalidad, junto con la figura de la Empresa Criminal Conjunta (TPIY, 2016)); y el caso Foča, en el que se estudia la responsabilidad de los comandantes Vuković, Kunarac y Kovac, por mencionar solo algunos.

Por su parte, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) se pronunció sobre la figura de la responsabilidad de mando o responsabilidad superior en el caso Bagilishema, donde el tribunal analizó, *inter alia*, la aplicación de la modalidad

respecto a superiores civiles, así como las medidas tomadas para prevenir la comisión de los crímenes (TPIR, 2001); el caso Bizimungu *et al.*, que esclareció el alcance de la responsabilidad sobre un grupo paramilitar, el Interahamwe (TPIR, 2011); el caso Ndindiliyimana *et al.*, donde el tribunal se pronunció, *inter alia*, sobre el elemento material de la responsabilidad a la luz del artículo 6(3) del Estatuto; y el caso Nyiramasuhuko *et al.* (TPIR, 2011), en el que también se desarrollan los elementos contemplados en esta última disposición (TPIR, 2011).

Finalmente, los tribunales híbridos también han acudido a esta figura (Case Matrix Network, 2016); destacan el Tribunal Especial para Sierra Leona y el caso Brima *et al.*, donde el tribunal analizó, entre otros aspectos, el elemento del control efectivo, así como la posibilidad de imputar la responsabilidad de mando en conjunto con otras modalidades de responsabilidad (TESL, 2007). En el caso Fofana y Kondewa, ante el mismo tribunal, también se ahonda en el elemento del control efectivo, *inter alia* (TESL, 2007).

Ahora bien: debemos entonces preguntarnos: ¿cómo se configura la responsabilidad de mando, y cómo ha interpretado la Corte Penal Internacional estos elementos? Como precisamos *supra*, ya contábamos con importantes precedentes en el derecho penal internacional, que fueron clave para la redacción —e interpretación— del artículo 28 del Estatuto de Roma. El caso Mucić *et al.* (*Čelebići*) ya había, en este sentido, brindado importantes parámetros para identificar los elementos esenciales de dicha modalidad a la luz del artículo 7(3) del Estatuto del TPIY, precisando la existencia de los siguientes elementos (TPIY, 1998):

- (i) Jerarquía: la existencia de una relación de superior-subordinado.
- (ii) Conocimiento: el superior supo o tuvo razones para saber que un subordinado iba a cometer un acto criminal o lo había cometido.
- (iii) Deber de actuar e incumplimiento: el superior jerárquico faltó a su deber de tomar medidas necesarias y efectivas para prevenir o reprimir el acto criminal, o sancionar al perpetrador.

De ello se desprende que la responsabilidad del superior o responsabilidad de mando se da en dos planos. Por un lado, el elemento subjetivo o *mens rea* apunta a que el superior supo o tuvo razones para saber qué crímenes fueron cometidos o se iban a cometer por sus subordinados. Tal como precisó el TPIY en el caso *Čelebići*, «debe demostrarse que éste [el superior] tenía información disponible, la cual le hubiera permitido saber acerca de los actos cometidos o que se iban a cometer por parte de sus subordinados» (TPIY, 2001, párrafo 238; véase Prieto San Juan *et al.*, 2009, p. 158).

Por otro lado, el elemento material o *actus reus* implica analizar si el superior tomó las medidas *necesarias y razonables* —como desarrolló la CPI en el caso Bemba— para prevenir o reprimir la comisión de dichos crímenes o, en su defecto, remitir el asunto a las autoridades competentes para su sanción. Es importante precisar que la atribución de responsabilidad no corresponde a una responsabilidad objetiva, prohibida bajo el derecho internacional (Andreu-Guzmán, 2012, pp. 37-

38). Se trata, más bien, de una «negligencia criminal que se asimila a una intención criminal» (Andreu-Guzmán, 2012, pp. 37-38).

3.2 La responsabilidad de mando en el caso Bemba: ¿cómo se analizaron los elementos de la figura en la práctica? Una mirada particular al elemento de conocimiento, control efectivo y medidas «necesarias y razonables»

En el caso Bemba, la Sala de Primera Instancia III reafirmó los elementos de la responsabilidad de mando bajo el artículo 28(a) (comandante *militar*), indicando los seis requisitos para su configuración (CPI, 2016, párrafo 170):

- (i) Se cometieron crímenes bajo la competencia de la Corte, por parte de subordinados. [*Comisión de crímenes*]
- (ii) El acusado debe haber sido un comandante militar, o una persona que actuara efectivamente como jefe militar. [*Jerarquía*]
- (iii) El acusado debe haber tenido un mando y control efectivo, o autoridad y control efectivo, según sea el caso, sobre las fuerzas que cometieron los crímenes. [*Control efectivo*]
- (iv) El acusado hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas bajo su control estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes en cuestión. [*Conocimiento*]
- (v) El acusado debe haber fallado en tomar *todas* las medidas necesarias y razonables dentro de su alcance para prevenir o reprimir su comisión, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. [*Deber de actuar*]
- (vi) Los crímenes cometidos por las fuerzas subordinadas deben haber sido producto de la falta de control apropiado por parte del acusado sobre sus subordinados. [*Causalidad*]

El fallo de primera instancia analiza con detenimiento, y exhaustivamente, cada uno de estos elementos a la luz de los hechos fácticos y la evidencia presentada por la Fiscalía (este último punto, como veremos *infra*, fue rechazado por la defensa, quien alegó que la evidencia y los cargos presentados por la Fiscalía excedían lo contenido en el documento enmendado sobre confirmación de cargos, así como en la decisión de confirmación de cargos, lo que llevaría a la defensa a presentar una apelación, eventualmente exitosa).

3.2.1. Comisión de crímenes por parte de subordinados

Con relación al primer elemento (comisión de crímenes por parte de subordinados), tanto la sentencia de primera instancia (CPI, 2016, secciones III[B]-III[E]; párrafo 175; párrafos 563 y ss.), como la sentencia de apelación (CPI, 2018), constataron la comisión de crímenes internacionales bajo la jurisdicción de la Corte en manos de tropas de MLC; a saber, los crímenes de guerra de asesinato, violación sexual y pillaje, y los crímenes de lesa humanidad de asesinato y violación sexual. Tanto es

así que, tras la decisión de la Sala de Apelaciones, la Fiscalía emitió una declaración precisando claramente: «It is clear that serious crimes were committed in the Central African Republic («CAR») by Mr Bemba's forces» («Queda claro que graves crímenes fueron cometidos en la República Centroafricana por las fuerzas operando bajo el Sr. Bemba») y enfatizando que «the carnage and suffering caused by those crimes were very real» («la carnicería y el sufrimiento causados por tales crímenes fueron muy reales») (Corte Penal Internacional, Fiscalía, 2016).

Por su parte, la comisión de crímenes por parte de tropas del MLC llevó a que el Fondo Fiduciario de la CPI en Beneficio de las Víctimas (en adelante «Fondo Fiduciario») activara su mandato asistencialista en la situación de la República Centroafricana («CAR I»). Se debe recordar que el Fondo Fiduciario cuenta con dos mandatos, uno de reparaciones —en atención a una condena— y otro de asistencia. Dado que en el caso Bemba finalmente se trató de un acusado absuelto, el Fondo no pudo implementar reparaciones propiamente dichas, pero sí activó su mandato asistencialista para brindar ayuda a las víctimas y comunidades afectadas por los crímenes cometidos por las tropas MLC que operaban en la RCA bajo el mando de Bemba. En este sentido, el 13 de junio de 2018, tan solo cinco días después de la absolución de Bemba por la Sala de Apelaciones, el Consejo de Dirección del Fondo Fiduciario emitió un comunicado de prensa indicando que, ante la absolución de Bemba (y la imposibilidad de ejecutar reparaciones), el Consejo había tomado la decisión unánime de acelerar la ejecución del programa de asistencia a las víctimas y comunidades afectadas en la RCA:

The Trust Fund for Victims is mindful of the profound suffering of victims of the conflict in the situation of the Central African Republic, particularly in regards to victims of sexual and gender based violence, and is taking careful note of the extensive evidence of victim suffering established in the context of the *Bemba* case. Regardless of the judicial outcome, victims in the *Bemba* case are, by definition, victims of the situation in CAR I.

The Trust Fund for Victims wishes to assure the victims in the *Bemba* case and other victims who have suffered harm in the CAR I situation: You are not forgotten. The harms you have suffered are recognized and urgently call for a meaningful response. (Fondo Fiduciario de Víctimas, 2018)

3.2.2. Relación de subordinación y control efectivo

Con relación al segundo y tercer elementos de la responsabilidad de mando (el acusado debe haber sido un comandante militar, o una persona que actuare efectivamente como jefe militar, y debió haber ejercido un control efectivo sobre los subordinados), la Sala de Primera Instancia analizó con detenimiento la evidencia que llevó a concluir que, efectivamente, Bemba actuó como jefe militar de las tropas de MLC que operaron en la RCA entre 2002 y 2003 (CPI, 2016, párrafos 176-179), y ejerció un control efectivo sobre estas (CPI, 2016, párrafos 180-190). La Sala define el control efectivo como la habilidad material o facultad para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o de someter el asunto a las autoridades competentes para su sanción (CPI, 2016, párrafo 183). Para ello, la Sala de Primera Instancia determinó

que Bemba era la máxima autoridad de las tropas del MLC que operaban en RCA, y esa autoridad cubría tanto las esferas políticas como las militares. La Sala de Primera Instancia, por lo tanto, se abocó a determinar cómo ejercía Bemba el control sobre las tropas, y cuál era el espectro de facultades que ejercía Bemba sobre ellas. Así, la Sala determinó que Bemba ejercía amplios poderes en el sentido formal *y práctico*: era la máxima autoridad en lo que se refería a la toma de decisiones; tenía facultades de nombramiento y promoción de tropas, y la habilidad de separar o retirar a individuos de las tropas. Además —constató la Sala—, Bemba tenía la capacidad —que ejerció claramente— de emitir órdenes operacionales. Por último, determinó la Sala, Bemba ejercía poderes disciplinarios sobre sus tropas, incluyendo la facultad de iniciar investigaciones y establecer procesos judiciales, similares a tribunales militares (CPI, 2016, párrafos 180-190).

La Sala de Primera Instancia prosiguió en su análisis y determinó que la evidencia presentada por la Fiscalía demostraba tajantemente que Jean-Pierre Bemba ejerció *en todo momento* un control efectivo sobre las tropas del MLC destacadas en la RCA. Así, esta Sala estableció que Bemba ordenó el destacamento inicial de las tropas a la RCA, y seleccionó las unidades y comandantes que debían ser destacados. Además, determinó que Bemba mantenía un control frecuente y directo con los más altos comandantes en el terreno, y recibía constantemente información detallada sobre el estado de las operaciones, *así como informes de inteligencia* (CPI, 2016, párrafos 180-190).

Por último, con relación al elemento de «control efectivo», se debe destacar el razonamiento de la Sala de Primera Instancia que afirmó que diversos factores pueden indicar la existencia de tal control, rescatando así lo establecido por el TPIY en torno a los indicios para determinarlo (ver 3.1, referencia al caso Delalic). Estos factores, precisó la Sala en el caso Bemba, pueden incluir la posición oficial del comandante en la estructura militar o cuasi-militar; su capacidad y facultad de emitir órdenes; su capacidad de asegurar el cumplimiento de estas; su capacidad de realizar cambios en las unidades bajo su cargo, o en la estructura misma; su acceso a los medios y comunicaciones para liberar el conflicto armado; su control sobre las finanzas del grupo; y su capacidad de negociar en nombre del grupo, entre otras (CPI, 2016, párrafo 188). Se debe precisar que, en su sentencia de apelación a la decisión de la Sala de Primera Instancia, si bien la mayoría de la Sala de Apelaciones cuestionó si Bemba ejercía control efectivo sobre las tropas del MLC que operaban en la RDA entre 2002 y 2003, este colegiado no ahondó su argumento en torno al control efectivo, pues centró su análisis —y su decisión de absolución— en la adopción de medidas razonables y necesarias (CPI, 2018, párrafos 30-33).

3.2.3. Conocimiento de la comisión de los crímenes (mens rea)

Respecto al cuarto elemento de la responsabilidad de mando (conocimiento: el acusado hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas bajo su control estaban cometiendo o se proponían cometer los crímenes en cuestión), la Sala de Primera Instancia también brindó importantes elementos en relación con el requisito de *mens rea*. Como ya indicamos, en el caso de la responsabilidad de mando no estamos ante el dolo del superior, pero sí ante

un requisito de conocimiento o negligencia. Este factor fue analizado con detenimiento por la Sala de Primera Instancia, que se centró en la evidencia concreta para dotar de contenido este elemento.

En primer lugar, la Sala precisó que, con relación al aspecto de «supo o hubiere sabido», se debía comprobar conocimiento certero que no podía ser presumido. Así, este conocimiento debe establecerse a través de evidencia directa o circunstancial (indirecta). Ejemplos de evidencia directa, señala la Sala, incluyen admisiones concretas por parte del superior en torno a su conocimiento, o declaraciones que pudo haber realizado sobre los crímenes. Con respecto a evidencia inferida (indirecta), esta debe demostrar conocimiento del *acusado*, no del público en general o de otros al interior de la organización. Así, la Sala estableció que factores que pueden determinar dicho conocimiento implican órdenes para la comisión de tales crímenes, o el hecho de que el acusado haya sido informado personalmente sobre la comisión de tales crímenes. Otros indicios pueden incluir el número, naturaleza, alcance, ubicación y fecha de comisión de los actos ilegales; el tipo y número de fuerzas involucradas; el *modus operandi* de actos similares; los medios de comunicación empleados; la notoriedad de los crímenes; la ubicación de los comandantes al momento de la comisión de los crímenes; reportajes y prensa respecto a los crímenes, *inter alia*. Finalmente, establece la Sala, conocimiento del superior implica también conocimiento de los elementos contextuales requeridos para calificar una conducta como crimen de guerra o crimen de lesa humanidad (CPI, 2016, párrafos 191-195).

Por otro lado, la Sala indicó que el aspecto «hubiere debido saber» giraba en torno a una forma de negligencia, y requería que el superior haya sido displicente al no haber adquirido el conocimiento acerca de la conducta ilegal de sus subordinados. En el caso Bemba, los magistrados de la Sala no ahondan en este segundo aspecto, dado que consideran que el elemento de *mens rea* se cumplió con conocimiento por parte de Bemba (CPI, 2016, párrafo 196). Sin embargo, este elemento sí fue abordado en la decisión de confirmación de cargos (CPI, 2009, párrafos 429-434), donde, como indica el profesor Cryer, se toma una postura divergente de la señalada por los tribunales *ad hoc*, en la que la negligencia no era el estándar para la responsabilidad de mando (Cryer, 2009, pp. 2-3).

Con respecto a este elemento, la Sala concluyó que si bien Bemba era un jefe remoto, al no estar físicamente en el lugar de los hechos (se encontraba en la República Democrática del Congo) —punto de mucha relevancia en la decisión de apelación—, la Sala indicó que la utilización de teléfonos celulares, radios y otros equipos de comunicación le permitieron comunicarse directamente con los comandantes del MLC que estaban sobre el terreno. Esto incluyó comunicaciones frecuentes con el coronel Moustapha, uno de los comandantes de mayor jerarquía en el territorio. A su vez, mediante servicios de inteligencia civiles y militares, coordinados directamente a través del Comando General de las tropas MLC, Bemba recibía información sobre la situación en combate, la posición de las tropas e, incluso, acerca de la presunta comisión de crímenes (CPI, 2016, párrafos 707-708). Respecto a este último punto, la Sala señaló que, desde los primeros días de la operación llevada a cabo entre los años 2002 y 2003, Bemba se encontraba al tanto de reportajes e informes de la prensa sobre los presuntos crímenes cometidos por el MLC, situación que compartió

y discutió con oficiales de ese grupo. Además, la Sala toma como evidencia el hecho de que Bemba realizó diversas visitas a la RCA desde noviembre de 2002, una vez que tomó conocimiento de informes que reportaban los crímenes cometidos por sus tropas. En la RCA, Bemba logró reunirse con el representante de la ONU en la RCA, y con el presidente de la RCA, Felix Patassé.

La Sala concluye que diversas medidas tomadas por Bemba relativas a la información de la comisión de crímenes demuestran que él mismo tenía conocimiento de dichos crímenes. Como la Sala analiza con mayor detenimiento al estudiar tales medidas, Bemba realizó una serie de acciones que ponen en evidencia ese conocimiento: en noviembre de 2002 brindó un discurso a sus tropas en PK12, donde hizo referencia a informes en torno a la presunta comisión de crímenes por sus tropas. Además, estableció un comité de investigación, el Mondonga Inquiry, con el fin de que brinde respuestas sobre los crímenes, y que concluyó que los soldados del MLC habían cometido violación sexual y actos de pillaje durante los inicios de la operación en la RCA. Asimismo, Bemba instaló una comisión investigadora, Zongo Commission, enviada a Zongo, RDC, a recabar información acerca del ingreso en la RDC de bienes obtenidos por medio de pillaje. Por otro lado, mantuvo *reuniones y correspondencia* con el representante de la ONU en RDC, el general Cissé, y con el presidente de la Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH), Sidiki Kaba, tras serios informes de esta última que habían puesto en evidencia los crímenes cometidos por las tropas del MLC, con importante atención mediática. Adicionalmente, la Sala señala que, en marzo de 2003, Bemba supo y no tomó medidas para prevenir o reprimir el *ataque de sus tropas a Mongoumba*, localidad donde únicamente se encontraban presentes civiles (por ende, protegidos por la prohibición de ser atacados) al momento del ataque, no obstante que había estado en contacto con el coronel Moustapha el día antes y después del ataque. Con respecto a *medidas judiciales*, Bemba instaló un *tribunal cuasi-militar en Gbadolite* para juzgar a siete soldados del MLC detenidos en Bangui por actos de pillaje. Finalmente, en febrero de 2003, tras informes de la prensa que recogían abusos perpetrados por tropas del MLC contra civiles en Sibut y Bozoum, Bemba envió una misión a Sibut para entrevistar a testigos de los abusos; estos últimos incluían principalmente actos de pillaje (Sibut Mission) (CPI, 2016, párrafos 574-620).

Todas estas medidas y acciones, en opinión de la Sala, ponen en evidencia el conocimiento de Bemba de los crímenes cometidos por sus subordinados en el MLC. Sin embargo, la pregunta que ello generó, lo que llevó al siguiente elemento analizado por la Sala, es la siguiente: *¿fueron estas medidas, que ponen en evidencia el conocimiento, suficientes para condenar a Bemba de responsabilidad penal internacional? En otras palabras, ¿tomó Jean-Pierre Bemba las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir los crímenes cometidos por sus subordinados, o para ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes?*

3.2.4. Medidas de prevención y sanción: la existencia de medidas «necesarias» y «razonables»

El quinto elemento analizado por la Sala en el caso Bemba ha sido el más complejo y problemático, y estuvo en el seno del recurso de apelación presentado por la

defensa. Este elemento consiste en analizar el deber de actuación del superior para determinar si este ha cumplido con tomar todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. Tal como precisó la Sala de Cuestiones Preliminares (SCP) en la confirmación de cargos en este caso, el deber de actuar se genera en tres momentos distintos: antes, durante y después de la comisión de los crímenes:

The Chamber first wishes to underline that the three duties under article 28(a)(ii) of the Statute arise at three different stages in the commission of crimes: before, during and after. Thus, a failure to fulfil one of these duties is itself a separate crime under article 28(a) of the Statute. A military commander or a military-like commander can therefore be held criminally responsible for one or more breaches of duty under article 28(a) of the Statute in relation to the same underlying crimes. Consequently, a failure to prevent crimes which the commander knew or should have known about cannot be cured by fulfilling the duty to repress or submit the matter to the competent authorities. (CPI, 2009, párrafo 436)

En la decisión sobre confirmación de cargos, la SCP ya había establecido parámetros para dotar de contenido el requisito de que las medidas sean «necesarias» y «razonables». Así, había determinado que este análisis se debe hacer «en concreto», de acuerdo con las posibilidades materiales del superior, y en atención a las circunstancias del caso (CPI, 2009, párrafo 443).

Como analizamos en el acápite superior, Bemba efectivamente tomó una serie de medidas frente al conocimiento de los crímenes perpetrados por sus tropas. Estas incluyeron: establecimiento de la Comisión Mondonga; el discurso a sus tropas en PK12; el establecimiento de la Investigación Zongo; las reuniones y correspondencia con el representante de la ONU en la RCA, general Cissé, y con el presidente de la FIDH, Sidiki Kaba; el establecimiento de un tribunal cuasi-militar en Gbadolite, y el envío de la Misión Sibut.

La Sala de Primera Instancia analizó cada una de ellas para determinar si fueron necesarias y razonables/efectivas. Y concluyó que todas estas medidas fueron limitadas en cuanto al alcance, implementación y resultados (CPI, 2016, párrafos 720 y ss.). Las medidas tomadas por Bemba con respecto a sus subordinados no fueron, por lo tanto, ni necesarias ni razonables: se limitaron a advertencias generales y públicas a sus tropas sobre no atacar a población civil, incluidas en su discurso en PK12, pero sin llevar a cabo un seguimiento de tales advertencias. Los mandatos de las dos comisiones establecidas (Mondonga y Zongo) se limitaron, en opinión de la Sala, al crimen de pillaje, y se centraron en soldados con rangos inferiores y no en los oficiales ubicados sobre el terreno. Estas no abordaron la responsabilidad de los oficiales, ni cuestionaron a los sospechosos sobre los alegatos de violación sexual o asesinato. Asimismo, con respecto a la misión Sibut, la Sala determinó que las entrevistas con testigos fueron realizadas en un entorno de coerción, con tropas armadas del MLC desplegadas en el lugar de las entrevistas (CPI, 2016, párrafos 589, 607 y ss.). Así, la Sala concluyó que las medidas fueron inadecuadas, lo que se agravó por el hecho de que no fueron genuinas. Este

último punto se centró en el hecho de que Bemba habría adoptado estas medidas no con un interés sincero de sanción, sino para rehabilitar la imagen del MLC. Este punto también sería central en la decisión de apelación que finalmente termina absolviendo a Bemba (CPI, 2016, párrafos 727-728).

Del mismo modo, estas medidas judiciales frente al tribunal cuasi-militar en Gbadolite se limitaron a siete soldados de rango inferior, también sobre cargos de pillaje sobre bienes de poco valor. Por otro lado, la Sala afirma que tras las visitas y correspondencia de Bemba con el general Cissé y Sidiki Kaba, aquel no tomó medidas concretas para hacer seguimiento a lo discutido con dichas autoridades (CPI, 2016, párrafos 721-724).

El análisis de la Sala de Primera Instancia no se quedó en las medidas tomadas por Bemba, sino que también cobró importancia por su análisis de aquellas que *pudo haber tomado* para cumplir con la obligación de prevenir, reprimir o remitir a las autoridades competentes. De este modo, la Sala indica una serie de medidas que incluyen, *inter alia*, las siguientes: Bemba pudo haberse asegurado de que las tropas del MLC desplegadas en RCA hubiesen sido debidamente capacitadas en las reglas del derecho internacional humanitario, y supervisadas como se debía durante la operación en la RCA en 2002-2003; pudo haber iniciado investigaciones genuinas y extensas en torno a la totalidad de crímenes cometidos por sus tropas; pudo haber emitido órdenes claras y extensas a los comandantes que estaban en el terreno con el fin de prevenir la comisión de los crímenes; pudo haber alterado la movilización y composición de las tropas, con el fin de minimizar el contacto entre estas y la población civil; pudo haber retirado sus tropas de la RCA antes de marzo de 2013 (cuando finalmente ordenó el retiro); pudo haber removido, reemplazado o dado de baja a soldados responsables o que hayan avalado la comisión de dichos crímenes; y, por último, Bemba pudo haber compartido información relevante con las autoridades de la RCA y pudo haberles brindado apoyo en sus esfuerzos de investigar los actos criminales (CPI, 2016, párrafos 729-731).

Frente a todo ello, la Sala de Primera Instancia concluyó que Bemba había tomado medidas gravemente inadecuadas, sobre todo considerando que él mismo constituía la máxima autoridad disciplinaria del MLC.

3.2.5. *Nexo de causalidad: crímenes cometidos por tropas del MLC fueron producto de falta de control apropiado del superior*

Frente a la evidencia presentada, la Sala de Primera Instancia concluyó que Bemba falló en ejercer el control apropiado sobre sus tropas, a pesar de haber tenido tanto la autoridad como la capacidad para hacerlo, e incluso no obstante que se hallaba fuera del territorio de la RCA:

738. The Chamber emphasizes that, as demonstrated by the measures Mr Bemba did take in response to allegations of crimes, including on CAR territory in the midst of the 2002-2003 CAR Operation and despite his remote location, Mr Bemba had the authority and ability to take measures to prevent and repress the commission of crimes.

[...]

741. In light of the above, the Chamber finds that, had Mr Bemba taken, *inter alia*, the measures identified above, the crimes would have been prevented or would not have been committed in the circumstances in which they were. The Chamber therefore finds beyond reasonable doubt that the crimes against humanity of murder and rape, and the war crimes of murder, rape, and pillaging committed by the MLC forces in the course of the 2002-2003 CAR Operation were a result of Mr Bemba's failure to exercise control properly. (CPI, 2016, párrafos 738, 741)

3.3. La apelación de la defensa y el razonamiento de la Sala de Apelaciones: nueva mirada al elemento de medidas «necesarias» y «razonables»

3.3.1. Argumentos de la defensa y la Fiscalía: puntos controvertidos e interpretaciones divergentes

Tras la condena de la Sala de Primera Instancia, que impuso una pena de 18 años a Jean-Pierre Bemba, el equipo defensor de Bemba presentó su apelación, sobre la base de seis argumentos: (i) debía declararse la nulidad del juicio; (ii) la condena de Bemba había excedido los cargos presentados en el documento enmendado de confirmación de cargos, así como en la decisión de confirmación de cargos; (iii) Bemba no es responsable en calidad de mando superior; (iv) no se establecieron los elementos contextuales de los tipos; (v) la Sala de Primera Instancia falló en su análisis de identificación de evidencia; y, (vi) otros errores procedimentales hacen de la condena una inválida (CPI, 2018, párrafo 29). En concreto, con relación al tercer punto de apelación, Bemba alega que la Sala de Primera Instancia: (a) falló en determinar que ejercía control efectivo sobre las tropas del MLC; (b) falló en ignorar y no tomar en consideración evidencia que apuntaba a demostrar su falta de control efectivo; (c) la Sala erró en su conclusión de que Bemba tenía conocimiento sobre los crímenes perpetrados por las tropas MLC; (d) erró en determinar que Bemba no había tomado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance; y, (e) falló al determinar que se había cumplido con el elemento de la causalidad (CPI, 2018, párrafo 30).

La Sala de Apelaciones desestimó todos los puntos con excepción de dos: que la condena excedía los cargos incluidos en el documento enmendado de confirmación de cargos, y que Bemba no había tomado las medidas necesarias y razonables para prevenir o reprimir los crímenes y, en su defecto, para remitir a las autoridades competentes.

Sobre el primer aspecto, si bien no ahondaremos en él, se debe precisar que este fue un punto controvertido para la Fiscalía, pues esta sustentó que la Sala de Cuestiones Preliminares no había rechazado ciertos cargos, sino que simplemente no los había tomado en consideración para efectos de la confirmación de cargos. Asimismo, si bien el primer documento sobre confirmación de cargos no incluía, en algunos casos, referencia a ciertos actos criminales específicos, tras la decisión de confirmación de cargos, la Fiscalía presentó mayores detalles para dotar de carácter específico a tales actos. La Sala de Apelaciones, en este sentido, le dio la razón a Bemba, y determinó que ciertos cargos efectivamente habrían excedido lo indicado

en el documento enmendado sobre confirmación de cargos, y la decisión de confirmación de cargos (CPI, 2018, párrafos 74-116). Aquí cabe precisar que, en su voto separado, el juez Chile Eboe-Osuji —quien votó por la absolución— señaló que habría ordenado un nuevo juicio por los cargos sí confirmados, pero que sin embargo no pudo convencer al resto de los jueces de la mayoría (jueza Christine Van den Wyngaert y juez Howard Morrison).

Ahora bien: el segundo aspecto extensamente estudiado por la Sala de Apelaciones corresponde al alcance de las medidas adoptadas por Bemba, y el análisis de si estas fueron «necesarias» y «razonables». Así, tras considerar los argumentos de la Sala de Primera Instancia, la Sala de Apelaciones pasó a analizar los argumentos de apelación de la defensa, así como la respuesta de la Fiscalía.

La defensa de Bemba respondió, entonces, a diversos puntos presentados por la Sala de Primera Instancia. Con relación a la *remisión de la información a las autoridades competentes en la RCA*, la defensa de Bemba hizo hincapié en las dificultades de las autoridades de RCA de llevar a cabo investigaciones judiciales entre los años 2002 y 2003. Además, presentó diversos argumentos para indicar que Bemba *sí había tomado medidas razonables y necesarias* (CPI, 2018, párrafos 137 y ss.). Ante ello, señaló que la Sala de Primera Instancia había aplicado un estándar erróneo con relación a las medidas «dentro de su posibilidad material». Enfatizó que el superior, efectivamente, solo debe tomar medidas dentro de sus posibilidades materiales, y señaló que la Sala de Primera Instancia (SPI) no había tomado en cuenta las circunstancias extraordinarias del caso; precisó que, al momento de plantear medidas que *pudo haber tomado*, la SPI habría propuesto medidas hipotéticas con una visión *post hoc*. Además, Bemba alega que como jefe al mando no se encontraba obligado a tomar *todas* las medidas posibles; que la SCP especuló al momento de determinar qué medidas pudieron haber mitigado la comisión de los crímenes; y que la mayoría de los precedentes jurisprudenciales (particularmente de los tribunales *ad hoc*) sobre responsabilidad de mando que resultaron en una condena se habían dado ante jefes que no tomaron medida alguna, o que participaron o estuvieron presentes en la comisión de los crímenes, lo cual no fue el caso de Bemba (CPI, 2018, párrafo 138). Por otro lado, con relación a las *medidas que pudo haber tomado*, Bemba alega que la SPI, al dar una lista de medidas teóricas, lo privó de la oportunidad de presentar evidencia de por qué estas medidas no eran prácticas, posibles o, incluso, legales, atendiendo a las circunstancias particulares del caso (CPI, 2018, párrafo 139).

Como respuesta a estos argumentos, la Fiscalía indicó, en primer lugar, que Bemba *sí* estaba obligado a tomar *todas* las medidas necesarias y razonables a su alcance, y que estas no deben girar en torno a la factibilidad de su cumplimiento. Además, contra lo argumentado por la defensa, la Fiscalía alegó que el acusado no debía ser notificado en la etapa de confirmación de cargos sobre las posibles medidas que *pudo haber tomado* (como alegaba la defensa), sino que en dicha etapa únicamente se notifica sobre las medidas que efectivamente *no tomó*, dado que lo que se argumentarán serán omisiones culpables o acciones insuficientes. Así la Fiscalía se remitió a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para determinar que esta no exige que los cargos enumeren cada medida potencial que se pudo haber tomado. En todo caso, indicó la Fiscalía, Bemba fue notificado debidamente de las

medidas que sí adoptó, en la decisión de confirmación de cargos (CPI, 2018, párrafos 141-143).

En respuesta a lo alegado por la defensa, la Fiscalía pasó a delinear las medidas señaladas por la SPI respecto a lo que Bemba *pudo haber hecho*, e indicó que cuatro de estas son inherentes a todo jefe al mando: (i) asegurar la capacitación de las tropas en DIH; (ii) llevar a cabo investigaciones sobre los crímenes, y sancionar a los responsables; (iii) emitir órdenes claras, expresas y adecuadas acerca de la no comisión de crímenes; y, (iv) reemplazar, retirar, reubicar a subordinados implicados con la comisión de crímenes. Las otras medidas señaladas por la SPI, alegó la Fiscalía, deberán ser analizadas caso por caso (CPI, 2018, párrafo 142).

Sobre la habilidad y posibilidad fáctica de Bemba de investigar y sancionar los crímenes cometidos por sus tropas, la defensa argumentó que la SPI no había considerado las limitaciones de Bemba de ejercer esta facultad en la RCA, y que la SPI no tomó en consideración la realidad sobre el terreno. Frente a este argumento, la Fiscalía sostuvo que la SPI sí había considerado las facultades de investigación de Bemba adecuadamente, y había concluido que *él* era la máxima autoridad disciplinaria sobre las tropas del MLC. Asimismo, si bien Bemba sostuvo que la SPI había ignorado que *él* le habría solicitado al primer ministro de la RCA que investigara los presuntos crímenes cometidos por sus tropas, la Fiscalía respondió que la SPI ya había determinado la dificultad de las autoridades de la RCA de investigar dichos crímenes, justamente debido al hecho de que era Bemba mismo la máxima autoridad sobre las tropas del MLC (CPI, 2018, párrafos 145-149). Además, la Fiscalía sostuvo que la carta remitida por Bemba al primer ministro de la RCA no constituye una prueba de que esta contenía información concreta sobre crímenes perpetrados por el MLC, que no se le hizo un seguimiento y que, por lo tanto, esta medida no era adecuada ni genuina, y resultaba irrelevante (CPI, 2018, párrafo 149).

La *motivación* de Bemba acerca de las medidas tomadas también fue analizada por la Sala de Apelaciones. La defensa argumentó que la SPI erró al tomar en consideración la motivación como un factor relevante, ya que la motivación de un superior es un factor ajeno al análisis de si la medida es necesaria o razonable. Ante ello, Bemba señaló que la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* nunca tomaron en consideración la motivación para efectos de imputar responsabilidad de un superior. Por ello, Bemba señala que la postura de la Fiscalía que indica que su motivación política, y su interés de mejorar la imagen del MLC, demostraba el carácter no genuino de las medidas tomadas por *él*, no tenían un sustento jurídico, y que tuvo otros motivos adicionales para adoptar tales medidas, como el deseo de impartir disciplina en las filas y no tolerar crímenes perpetrados por sus tropas. Ante este punto, la Fiscalía precisó que el análisis de la motivación detrás de las medidas adoptadas no podía ser descartado pues, atendiendo al caso concreto, podía resultar relevante. Así, la Fiscalía esclareció que cuando las medidas adoptadas por un superior efectivamente resultasen necesarias y razonables, entonces sería, en ese supuesto, irrelevante analizar la motivación. Sin embargo, continuó la Fiscalía, al no ser este el caso, la motivación es un factor que debe ser tomado en cuenta para analizar cuán genuinas eran las medidas tomadas por Bemba (un factor, señala la Fiscalía, dentro de varios otros) (CPI, 2018, párrafos 151-157).

Con respecto a las medidas que sí tomó Bemba, la defensa presenta varios argumentos en los que demuestra no estar de acuerdo con lo concluido por la SPI respecto a su insuficiencia. Indica entonces la defensa que las medidas tomadas, como las comisiones de investigación y la misión a Sibut, no fueron limitadas en mandato y alcance. Además —un punto controvertido—, Bemba argumenta que no existe en el derecho internacional un requisito que obligue a un superior a hacer seguimiento de las medidas adoptadas (CPI, 2018, párrafo 165).

3.3.2. Conclusiones de la Sala de Apelaciones

Frente a todos estos argumentos, la Sala de Apelaciones llegó a las siguientes conclusiones (CPI, 2018, párrafos 166 y ss.): por un lado, con respecto a la obligación de tomar toda medidas necesarias y razonables, esta Sala afirmó que dicha obligación está intrínsecamente vinculada con la posibilidad material del superior de prevenir o reprimir los crímenes, o de someterlos a las autoridades competentes. Asimismo, la Sala de Apelaciones indicó que un superior no puede ser imputado por omisiones en torno a medidas que no pudo haber tomado.

Respecto al análisis de medidas que un superior pudo haber tomado, la Sala de Apelaciones consideró que este deberá tomar en consideración las medidas *al alcance del superior*; según las circunstancias del caso, y sobre qué crímenes el superior supo o debió haber sabido, y en qué momento en el tiempo tomó conocimiento de ellos. Además, precisó que, a la luz del artículo 28, el superior debe tomar medidas *razonables*, que no incluyen *toda* medida a su alcance. Con respecto a la razonabilidad de las medidas, la Sala concluyó que estas deben tomar en consideración las realidades sobre el terreno, así como especificar qué medidas debieron tomarse en concreto, no hipotéticamente.

Un punto que había sido objeto de cuidadoso análisis en la SPI fue el hecho de que Bemba era un comandante remoto. Este factor no había mitigado su responsabilidad. Todo lo contrario: señalan en la doctrina que este factor debería llevar a un superior a ejercer una mayor diligencia sobre la conducta de sus subordinados. Como indica Sadat:

The question of Bemba’s status as a “remote” commander was the key issue for the Majority. It asserted he was owed a certain deference due to the “limitations that Mr Bemba would have faced in investigating and prosecuting crimes as a remote commander sending troops to a foreign country. (par. 191) This extraordinary statement –uttered without a single case, treaty or treatise to support it— appears not only to shelter Mr Bemba but serves the interests of any state, regional organization or even rebel group whose forces cross borders, an increasingly frequent occurrence in today’s world. It could be argued that a commander in those circumstances should be required to exercise an even higher level of due diligence and supervision exactly because of the risks involved and the fact that most modern commanders have almost immediate access to their forces through cell and satellite phones and other modern communications methods. (Sadat, 2018, p. 3)

Dado su carácter de comandante «remoto», la Sala de Apelaciones consideró que la SPI había desestimado el factor de la ubicación geográfica de Bemba, factor que dificultó que tome medidas sobre el terreno. No obstante, la Sala precisó que las limitaciones a las que se vio enfrentado Bemba no impidieron del todo su capacidad y posibilidad de investigar la comisión de crímenes, y concluyó que la SPI no había hecho un debido análisis del rango de medidas tomadas por Bemba según las circunstancias del momento. Por ello, la Sala concluyó que Bemba sí había tomado medidas necesarias y razonables, dadas sus limitaciones (CPI, 2018, párrafos 171-173). Además, con respecto a la carta enviada por Bemba al primer ministro de RCA, y que la Fiscalía habría calificado como una medida irrelevante por la falta de seguimiento de tal misiva, la Sala de Apelaciones concluyó que la afirmación de la Fiscalía era especulativa.

La Sala de Apelaciones también analizó el factor de la motivación de Bemba detrás de las medidas que tomó, y determinó que la SPI erró al tomar en consideración los motivos políticos de Bemba para establecer la genuinidad de tales medidas. Así, la Sala de Apelaciones le dio la razón a Bemba al determinar que los motivos políticos y de imagen no hacían de las medidas menos necesarias o razonables, ni menos genuinas. Más aún —precisó la Sala—, tales motivos (políticos y de imagen) no son *per se* negativos (CPI, 2018, párrafos 176-180).

Con respecto a los argumentos restantes de las partes, la Sala de Apelaciones concluyó que las medidas tomadas por un jefe al mando no pueden ser desestimadas por su deficiencia en la ejecución, y que la SPI erró al atribuir las limitaciones del mandato, ejecución y resultados de las medidas al propio Bemba. Al ser el número de crímenes cometidos en el presente caso relativamente bajo, las medidas adoptadas por el superior deben ser analizadas a la luz de dicha información, precisó la Sala. Ante la evidencia presentada, la Sala precisó que la SPI erró al no tomar en consideración las limitaciones que Bemba pudo haber enfrentado al investigar y sancionar los crímenes de sus tropas en su calidad de jefe remoto (CPI, 2018, párrafos 180 y ss.) Ante todo ello, la Sala de Apelaciones, en un voto de 3-2, determinó que el elemento de «no tomó medidas necesarias y razonables» no pudo ser establecido, y que Bemba había sido condenado por crímenes que excedían la confirmación de cargos, por lo que no cabe imputar responsabilidad bajo el artículo 28, y revirtió la condena, procediendo a absolver a Bemba de todos los cargos.

Esta decisión sin duda ha generado numerosas preguntas y críticas en la doctrina, las organizaciones de víctimas y los operadores jurídicos. Estas giran en torno a nuevos estándares que habría planteado, con esta decisión, la Sala de Apelaciones, para revisar evidencia respecto de hechos no contenidos por la Sala de Primera Instancia. Además, en su extensa opinión disidente, los jueces Sanji Mmasenono Monageng y Piotr Hofmański plantearon una serie de puntos que los hubiesen llevado a confirmar la condena de primera instancia. Entre ellos, sostuvieron que la mayoría erró en limitar su análisis de las medidas de Bemba a aquellas que efectivamente tomó, y no consideró el análisis de la SPI en torno a las limitaciones a esas medidas, así como las medidas que pudo haber tomado (CPI, 2018b, párrafos 28 y ss.). No cabe duda de que la decisión también ha sido una decepción para las más de 5000 víctimas que participaron en el proceso, en particular quienes sufrieron violencia

sexual y de género, al haber sido esta la primera condena (en primera instancia) sobre crímenes de esta naturaleza.

Por último, es preciso subrayar que la sentencia de apelación no es un fracaso por la absolución en sí. Sin duda, las absoluciones son resultados bienvenidos cuando los hechos así lo disponen, y no son más que un reflejo de lo importante de contar con el debido proceso para los acusados (Goldstone, 2018). Pero resulta sí problemático un precedente que, en palabras de Sadat, establece un cambio en el estándar de revisión de evidencia a nivel de apelación, donde el margen de deferencia a la primera instancia es dejado de lado; donde el factor de ubicación geográfica del superior es tomado en consideración como un factor atenuante (y, eventualmente, ¡absolutorio!), en lugar de un factor agravante; y donde —más allá de no haber sido parte de nuestro análisis— no se ahonda en los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad (Sadat, 2018).

4. Avances concretos pese a una joven jurisprudencia

En las siguientes líneas nos abocaremos a señalar, sin ser exhaustivos, algunos aportes concretos que demuestran que la jurisprudencia de la Corte, a pesar de ser joven y aún reducida, ya ha ido sentando precedentes importantes en varios aspectos.

4.1 Lubanga y los elementos del conflicto armado no internacional

En materia de crímenes de guerra, vale destacar nuevamente el caso Lubanga, pero esta vez en la propia definición de conflicto armado no internacional (CANI), al recalcar el estándar de la CPI para identificar un CANI. Así, habiendo los redactores del Estatuto de Roma optado por no establecer dos regímenes diferenciados en CANI (uno sobre el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y otro acerca del Protocolo Adicional II de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1977), en el caso Lubanga la Sala de Cuestiones Preliminares I enfatizó, en su decisión sobre confirmación de cargos, los dos elementos necesarios para la configuración de un CANI: intensidad y organización:

It follows that the involvement of armed groups with some degree of organisation and the ability to plan and carry out sustained military operations would allow for the conflict to be characterized as an armed conflict not of an international character.

The Chamber notes that article 8(2)(f) of the Statute makes reference to «protracted armed conflict between [...] [organized armed groups]». In the opinion of the Chamber, this focuses on the need for the armed groups in question to have the ability to plan and carry military operations for a prolonged period of time. (CPI, 2007, párrafos 233-234)

El caso Lubanga nuevamente saca a la luz la aplicación de la Regla 55, pues si bien la Sala de Cuestiones Preliminares I había caracterizado, en la decisión de

confirmación de cargos, al conflicto armado en Ituri durante el 2002-2003 como un conflicto armado internacional (CAI), debido a la intervención de Uganda, contra el parecer de la Fiscalía, que alegaba que se trataba de un conflicto armado no internacional (CANI), en la sentencia condenatoria la Sala de Primera Instancia re-caracterizó el conflicto armado como uno no internacional, precisando que si bien se dieron varios conflictos en la RDC durante esos años, con naturaleza cambiante, el conflicto entre la UPC/FPLC y otros grupos armados en Ituri entre septiembre de 2002 y agosto de 2003 era uno de carácter no internacional (CPI, 2007, párrafos 200 y ss.; CPI, 2012, párrafos 503-567).

4.2. El caso Bosco Ntaganda y la violencia *intra filis*

El caso contra Bosco Ntaganda es quizá uno de los más novedosos e interesantes que se viene llevando a cabo actualmente ante la CPI. Los alegatos finales en el caso se dieron en agosto de 2018, por lo que estamos a la espera de una sentencia en primera instancia.

Bosco Ntaganda, también conocido como *El Exterminador*, fue el comandante y segundo al mando de las FPLC (Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo, el brazo armado de la UPC o Unión Patriótica Congoleesa). Ntaganda está siendo procesado por cinco cargos de crímenes de lesa humanidad: asesinato, violación sexual, esclavitud sexual, persecución y deportación o traslado ilegal. Además, también lo está por 13 cargos de crímenes de guerra: asesinato, ataque a civiles, violación sexual, esclavitud sexual, pillaje, deportación o traslado ilegal, ataque a bienes protegidos, y destrucción de bienes del enemigo (CPI, 2014). A Ntaganda se le han imputado las modalidades de autor mediato (25.3.a del ER); partícipe (bajo el artículo 25.3.b del ER [«ordenar, proponer o inducir»; y el artículo 25.3.d, «contribuir de algún otro modo, por un grupo de personas»]); así como la modalidad de responsabilidad de mando (artículo 28) (CPI, 2014, párrafos 101-175).

El caso contra Ntaganda tiene aristas comunes con el caso Lubanga, ya que también se centra en niñas y niños soldados. No obstante, además de otros cargos, el caso Ntaganda aborda uno de los temas más complejos que a la fecha le ha tocado analizar a la Corte, y es la situación de la violencia *intra filis*. El eje del análisis se centra entonces en determinar si las niñas y niños soldados reclutados por el UPC/FPLC en Ituri, durante el período del CANI (2002-2003), que son víctimas de violaciones sexuales y esclavitud sexual perpetradas por miembros del grupo armado (UPC/FPLC), pueden ser considerados personas protegidas a la luz del derecho internacional humanitario (y del Estatuto de Roma). En otras palabras: ¿puede esta práctica configurarse como un crimen de guerra? Para ello hay que tomar en consideración que, a la luz del DIH, una persona que participa en las hostilidades, en principio, no está protegida frente a los ataques perpetrados en sus propias filas.

¿Cuál, entonces, ha sido el argumento de la Fiscalía al respecto? Este debate generó una decisión específica sobre jurisdicción en torno a los cargos de esclavitud sexual y violación sexual como crímenes de guerra, dado que la defensa presentó una moción alegando falta de jurisdicción sobre tales cargos. Dicha moción fue

desestimada por la Sala de Primera Instancia VI (CPI, 2017b), decisión que fue confirmada por la Sala de Apelaciones (CPI, 2017a).

Tanto el argumento de la Fiscalía como el de los jueces se ha centrado en el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra, como en el artículo 4 del Protocolo Adicional II (PAII) de 1977 a los Convenios de Ginebra (ambos contextualizados en un CANI, dado que los hechos imputados a Ntaganda por violación y esclavitud sexual se dan en el contexto de un CANI y en aplicación del artículo 8.2.e.vi del Estatuto).

Ahora bien: la Fiscalía presentó, por un lado, el argumento de que, al momento de ser víctimas de la violación y la esclavitud sexual, las niñas y los niños soldados no estaban participando directa/activamente en las hostilidades, un argumento que fue tomado en consideración por los jueces, desde la propia Sala de Cuestiones Preliminares (CPI, 2014, párrafos 76 y ss.). No obstante, acudir a este argumento por sí mismo resultaba problemático, sobre todo tras el precedente en Lubanga, que más bien extiende el universo de participación activa para incluir roles no estrictamente restringidos al combate en sí. De ahí la importancia de acudir también al artículo 3 común y al artículo 4 del PAII.

En la decisión sobre confirmación de cargos, la Sala de Cuestiones Preliminares II enfatizó que el artículo 3 común protege a los que no participan activamente en las hostilidades («serán tratados con humanidad»). De igual manera, los artículos 4.1 y 4.2 del PAII también establecen la prohibición, *inter alia*, de la violación y cualquier forma de atentado contra el pudor. Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares tomó en consideración la posición de la Fiscalía respecto del carácter de persona protegida de los niños y niñas al momento de la violación, también basó su argumento en la prohibición del reclutamiento de menores de 15 años.

Por su parte, la decisión de la Sala de Primera Instancia y de la Sala de Apelaciones acerca de aceptar la jurisdicción por los cargos de violencia sexual mencionados también se centró en la argumentación de que la prohibición de violación sexual es una norma de *ius cogens* y que, por lo tanto, se extiende también a la violencia *intra filias*. Así, los jueces enfatizaron la aplicación de la cláusula Martens. Asimismo, los jueces señalaron que el derecho internacional humanitario no contiene una regla general que categóricamente excluya a miembros de un grupo armado de la protección brindada frente a crímenes cometidos al interior de sus filas (CPI, 2017b, párrafos 44 y ss.). Así, la Sala de Primera Instancia VI determinó lo siguiente:

While most of the express prohibitions of rape and sexual slavery under international humanitarian law appear in contexts protecting civilians and persons *bors de combat* in the power of a party to the conflict, the Chamber does not consider those explicit protections to exhaustively define, or indeed limit, the scope of the protection against such conduct. In this regard, the Chamber recalls the Martens clause, which mandates that in situations not covered by specific agreements, ‘civilians and combatants remain under the protection and authority of the principles of international law derived from established custom, from the principles of humanity and from the dictates of public conscience’. The Chamber additionally notes that the fundamental guarantees provisions refer to acts that ‘are and shall remain prohibited at any time and in any place whatsoever’ and as such apply

to, and protect, all persons in the power of a Party to the conflict. (CPI, 2017b, párrafo 47)

Nos encontramos hoy a la espera de la sentencia de la Sala de Primera Instancia, en lo que se proyecta como un caso que podría ser un precedente emblemático en materia de violencia *intra filias* que involucre a menores de 15 años.

5. Conclusiones

Resulta una tarea difícil seleccionar los casos específicos que merecen ser destacados; varios quedaron fuera de este análisis por cuestión de espacio. No podemos, sin embargo, olvidar las importantes contribuciones del caso Katanga a los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad, que se vieron reafirmados en ciertos parámetros por la decisión en el caso Bemba en primera instancia, así como los casos en la situación de Kenia, que, más allá de su desenlace, permitieron extender el concepto de grupo para efectos de política organizacional a un partido político. Asimismo, casos como el de Al Mahdi nos han permitido reafirmar la importancia de proteger los bienes culturales frente a ataques prohibidos por el derecho internacional, y a pensar en las reparaciones colectivas frente a la destrucción de bienes históricos milenarios. La jurisprudencia también se forma, en parte, por los casos que aún no se inician dado que los sospechosos se encuentran aún prófugos, y los casos de Sudán —en particular, el de Bashir— nos vienen dejando lecciones importantes y preguntas por resolver en materia de no cooperación e inmunidades de altos funcionarios. Al final de cuentas, será con un análisis cuidadoso, técnico y sin perder el compromiso con la justicia internacional como podremos seguir compartiendo y contribuyendo al fortalecimiento de los principios establecidos en Roma.

Referencias

- Alfonso, C. (2014). *El crimen de reclutamiento y utilización de niños soldados en el primer fallo de la Corte Penal Internacional*. En Ambos, Kai et al. (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional. El caso Lubanga* (pp. 155-176). Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Andreu-Guzmán, F. (2012). *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales*. Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Bosco, D. (2014). *Rough justice. The International Criminal Court in a world of power politics*. Nueva York: Oxford University Press.
- Case Matrix Network. (2016). *Command responsibility*. 2.ª edición. ICC Legal Tools. Recuperado de <https://www.legal-tools.org/doc/367a2d/pdf/>
- Corte Penal Internacional, Fiscalía. (2016). *Statement of ICC prosecutor, Fatou Bensouda, on the recent judgment of the ICC appeals chamber acquitting Mr. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 13 de junio de 2018. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=180613-OTP-stat>
- Corte Penal Internacional (2016). *The Prosecutor v. Jean Pierre Bemba. Case Information Sheet*. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/Documents/bembaEng.pdf>
- Corte Penal Internacional. (2016). *Questions and answers: verdict delivered in the case of The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo on 21 March 2016*. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/publications/EN-Qanda-Bemba.pdf>
- Cryer, R. (2009). Command responsibility at the ICC and ICTY: in two minds on the mental element? *European Journal of International Law-EJIL: Talk!* Recuperado de <https://www.ejiltalk.org/command-responsibility-at-the-icc-and-icty-in-two-minds-on-the-mental-element/>
- Fondo Fiduciario de la CPI en Beneficio de las Víctimas. (2018). *Statement of the trust fund for victims' board of directors to accelerate assistance programme in CAR*. Recuperado de <https://www.trustfundforvictims.org/en/news/press-release-following-mr-bemba%E2%80%99s-acquittal-trust-fund-victims-icc-decides-accelerate-launch>
- Fédération Internationale des Droits de l'Homme. (FIDH) (noviembre 2018). *Unheard, unaccounted: towards accountability for sexual and gender-based violence at the ICC and beyond*. FIDH, N.º 721a, 80. Recuperado de https://www.fidh.org/IMG/pdf/sgbv_721a_eng_au_20_nov_2018_13h_web.pdf
- Galain Palermo, P. (2014). Modalidades de reparación y adecuación al tipo de víctima. En Ambos, K. et al. (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional. El caso Lubanga* (pp. 389-430). Bogotá: Konrad-Adenauer Stiftung.
- Grey, R. (2014). Sexual violence against child soldiers. The limits and potential of international criminal law. *International Feminist Journal of Politics*, 16(4), pp. 601-621.
- Human Rights Watch. (2012). *First verdict at the International Criminal Court: the case of the Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo questions and answers*. Recuperado de https://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2012_DRC_Lubanga.pdf

Oficina de la Fiscalía de la CPI. (2014). *Statement of the Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, on the withdrawal of charges against Mr. Uburu Muigai*. Recuperado de <https://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=otp-statement-05-12-2014-2>

Olásolo, H. (2012). El desarrollo en derecho penal internacional de la coautoría mediata. *Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*, 40, 71-95. Recuperado de [http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/penal%2027%20\(71-95\).pdf](http://www.revistaslegis.com/BancoMedios/Documentos%20PDF/penal%2027%20(71-95).pdf)

Prieto Sanjuan, R., et al. (2009). *Čelebići: crímenes en un campo de prisión y responsabilidad del superior jerárquico*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Biblioteca Jurídica DIKE.

Reyes Milk, M. (2013). Mandatarios al banquillo: los legados de la jurisprudencia de los tribunales ad hoc y desafíos para la Corte Penal Internacional en el juzgamiento de los jefes de Estado en funciones. *Themis*, 63, pp. 275-292.

Stuckenberg, C. F. (2015). Cumulative charges and cumulative convictions. Stahn, C. (Ed.), *The Law and practice of the International Criminal Court* (pp. 840-858). Oxford: Oxford University Press.

Van Schaack, B., & Slye, Ronald (2010). *International criminal law and its enforcement*. Nueva York: Thomson Reuters.

Women's Initiatives for Gender Justice. (2011). *Reflection: gender issues and child soldiers – The case of Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*. International Justice Monitor. Recuperado de <https://www.ijmonitor.org/2011/08/reflection-gender-issues-and-child-soldiers-the-case-of-prosecutor-v-thomas-lubanga-dyilo-2/>

Decisiones

Estados Unidos et al. vs. Koki Hirota et al. (TMILO). Sentencia del 4 de noviembre de 1948.

Estados Unidos vs. Oswald Pohl y otros (United States Military Tribunals II, 1947). Sentencia del 2 de noviembre de 1947.

Francia vs. Herman Roechling et al. (Superior Military Court of the French Occupation Zone in Germany, 1949). Sentencia del 25 de enero de 1949.

The Prosecutor vs. Abdel Raheem Muhammad Hussein (CPI, 2012). Orden de detención. 1 de marzo de 2012.

The Prosecutor vs. Abdullah Al Senussi (CPI, 2017). Orden de detención. 15 de agosto de 2017.

The Prosecutor vs. Ahmad Muhammad Harun («Ahmad Harun») and Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman («Ali Kushayb») (CPI, 2007). Orden de detención para Ali Kushayb. 27 de abril de 2007.

The Prosecutor vs. Alex Tamba Brima (TESL, 2003). Decisión sobre acusación del 7 de marzo de 2003.

The Prosecutor vs. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (CPI, 2018). Orden de arresto para Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud. 27 de marzo de 2018.

The Prosecutor vs. Allieu Kondewa (TESL, 2003). Acusación del 24 de junio de 2003.

The Prosecutor vs. Al-Tuhamy Mohamed Khaled (CPI, 2013). Orden de detención para Al-Tuhamy Mohamed Khaled, bajo sello cerrado. Annex. 18 de abril de 2013.

The Prosecutor vs. Bahar Idriss Abu Garda (CPI, 2010). Decisión de confirmación de cargos. 8 de febrero de 2010.

The Prosecutor vs. Bizimungu et al (TPIR, 2011). Sentencia del 30 de septiembre de 2011.

The Prosecutor vs. Blaskic («Lasva Valley») (TPIY, 2000). Sentencia del 3 de marzo de 2000.

The Prosecutor vs. Callixte Mbarushimana (CPI, 2011). Decisión de confirmación de cargos del 16 de diciembre de 2011.

The Prosecutor vs. Charles Blé Goudé (CPI, 2014). Decisión de confirmación de cargos del 12 de diciembre de 2014.

The Prosecutor vs. Charles Ghankay Taylor. (TESL, 2012). Sentencia del 18 de mayo de 2012.

The Prosecutor vs. Dragoljub Kunarac et al («Foča») (TPIY, 2001). Sentencia del 22 de febrero de 2001.

The Prosecutor vs. Ignace Bagilishema (TPIR, 2001). Sentencia del 7 de junio de 2001.

The Prosecutor vs. Issa Hassan Sesay, Morriss Kallon y Augustine Gbao («RUF») (TESL, 2009). Sentencia del 2 de marzo de 2009.

The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda (CPI, 2017), decisión de apelación a la *Segunda decisión sobre jurisdicción de la Corte respecto los cargos 6 y 9*, decisión de 15 de junio de 2017.

The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda (CPI, 2017). Segunda decisión sobre jurisdicción de la Corte respecto de los cargos 6 y 9, decisión de 4 de enero de 2017.

The Prosecutor vs. Bosco Ntaganda (CPI, 2014). Decisión de confirmación de cargos, 9 de junio de 2014.

The Prosecutor vs. Germain Katanga (CPI, 2014). Sentencia del 7 de marzo 2014.

The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba (CPI, 2016). Sentencia de 21 de marzo de 2016.

The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba (CPI, 2018). Sentencia de 8 de junio de 2018.

The Prosecutor vs. Jean Pierre Bemba (CPI, 2009). Decisión de confirmación de cargos, 15 de junio de 2009.

The Prosecutor vs. Joseph Kony and Vincent Otti (CPI, 2005). Orden de detención, 21 de noviembre de 2005.

The Prosecutor vs. Joseph Kony and Vincent Otti (CPI, 2005). Orden de detención contra Joseph Kony, emitida el 8 de julio de 2005, modificado el 27 de septiembre de 2005.

The Prosecutor vs. Moinina Fofana (TESL, 2003). Acusación. 24 de junio de 2003.

The Prosecutor vs. Mucić et al. («Čelebići») (TPIR, 1998). Sentencia del 16 de noviembre de 1998.

The Prosecutor vs. Ndindiliyimana et al (TPIR, 2011). Sentencia del 11 de mayo de 2011.

The Prosecutor vs. Nyiramasuhuko et al (TPIR, 2015). Sentencia del 14 de diciembre de 2015.

The Prosecutor vs. Omar Hassan Ahmad Al Bashir (CPI, 2009). Orden de detención contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir. 4 de marzo de 2009.

The Persecutor vs. Radovan Karadzic (TPIY, 2016). Sentencia del 24 de marzo de 2016.

The Prosecutor vs. Sam Hinga Norman (TESL, 2003). Decisión sobre acusación, del 7 de marzo de 2003.

The Prosecutor vs. Simone Gbagbo (CPI, 2012). Orden de detención contra Simone Gbagbo. 29 de febrero de 2012.

The Prosecutor vs. Sylvestre Mudacumura (CPI, 2012) Orden de detención contra Sylvestre Mudacumura, del 28 de agosto de 2012.

The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo (CPI, 2012). Sentencia del 14 de marzo de 2012.

The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo (CPI, 2012a). Opinión Separada y Disidente de Elizabeth Odio-Benito, sentencia del 14 de marzo de 2012.

The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo (CPI, 2012b). Decisión que establece los principios y procedimientos a ser aplicados para las reparaciones, decisión del 7 de agosto de 2012.

The Prosecutor vs. Thomas Lubanga Dyilo (CPI, 2007). Decisión de confirmación de cargos, 29 de enero de 2007.

The Prosecutor vs. Uhuru Muigai Kenyatta (CPI, 2014). Notificación de retiro de cargos, decisión del 5 de diciembre de 2014.

The Prosecutor vs. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang (CPI, 2012). Decisión sobre confirmación de cargos, 2 de febrero de 2012.

Tomoyuki *Yamashita* (United States Military Commission, Manila, 1945). Sentencia del 7 de diciembre de 1945.

**DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS
HUMANOS**

Empresas, derechos humanos y Agenda 2030: trazando líneas de articulación

Cristina Blanco Vizarreta

Sumilla

Este trabajo aborda la articulación de dos marcos internacionales desarrollados de modo paralelo: el relativo a empresas y derechos humanos, y el abordaje de los retos globales sobre el desarrollo sostenible, reflejados en la Agenda 2030 y sus 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). En particular, se refiere a los desafíos que la falta de articulación entre ambos genera para el sector privado. Se afirma que existe una brecha entre lo que las empresas *deben* hacer en el ámbito del derecho internacional sobre Empresas y Derechos Humanos (EDH), y lo que se espera realicen para alcanzar los ODS. Se sostiene que dicha brecha puede ser reducida a través de al menos dos caminos: por un lado, mediante la interpretación amplia de la responsabilidad de las empresas de «respetar» derechos humanos junto con su aplicación efectiva; y, por otro, a través de un reforzamiento de las instituciones que determinan la conducta empresarial en el ámbito de las contribuciones voluntarias con base en la relación bidireccional ODS-derechos humanos.

1. Introducción

El derecho internacional es tradicionalmente un orden estado-céntrico (Clapham, 2006). No obstante, en las últimas décadas se ha hecho cada vez más evidente que el goce efectivo de los derechos humanos se encuentra estrechamente asociado a la actuación de actores distintos al Estado. Aunque es indudable que los Estados sostienen hoy en día la responsabilidad primaria, es claro también que actores privados tienen un papel determinante para la vigencia de estos derechos.

Uno de los escenarios en los que ello resulta más evidente es el de las empresas, lo que ha conducido a numerosas iniciativas para regular su papel frente a los derechos humanos (Blanco, 2015). El marco «Proteger, Respetar y Remediar», acogido por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) en 2008, representa el esfuerzo más exitoso —pero no el único— en este ámbito. Se afirma, en esencia, que las empresas tienen el deber de «respetar» derechos, esto es, abstenerse de infringirlos y hacer frente a las consecuencias negativas generadas. De modo paralelo, se han abordado los retos globales para el desarrollo

sostenible, cuyo avance más reciente es la Agenda 2030. A diferencia de sus antecesores, este paradigma pasa de un enfoque centrado en el Estado a uno basado en oportunidades de colaboración entre múltiples actores. Entre ellos, se reconoce que el sector privado está llamado a cumplir un papel indispensable.

No obstante, la articulación entre ambos marcos normativos es sumamente escasa y ha recibido atención solo de modo muy reciente. Aunque se ha comenzado a buscar estrategias de integración y coherencia, estas han estado dirigidas principalmente al Estado, pero no lo suficiente a los desafíos particulares que ello supone para el sector privado. En este escenario, el artículo busca plantear uno de los desafíos que exige integrar ambos marcos para este sector y presentar algunos caminos exploratorios que permitan la articulación. Con tal fin, en primer lugar hacemos referencia brevemente al desarrollo de cada marco normativo para, en un segundo momento, advertir la brecha que la desarticulación existente genera para el rol del sector privado frente a los ODS y los derechos humanos. Posteriormente, se señalan algunas alternativas que pueden contribuir a reducir tal brecha.

2. Empresas, derechos humanos y desarrollo sostenible: expresiones de la fragmentación

2.1 Dos procesos paralelos

En un mundo globalizado, la enorme influencia de las empresas transnacionales en la dinámica del crecimiento económico, y su vinculación con la inequidad y goce de derechos humanos, ha conducido a innumerables debates en torno a su regulación (Kennedy, Welch & Monshipouri, 2017; Deva & Bilchitz, 2017). A lo largo de los años se han dado diversas iniciativas para fomentar la incorporación de los derechos humanos en la lógica empresarial, varias de ellas sin éxito.

Entre 1970 y 1980 se intentó regular las actividades empresariales en el marco de la ONU, esfuerzos que resultaron infructuosos por la falta de consenso en la adopción de un código de conducta en esta materia. A fines del siglo XX, la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de dicha organización inició un nuevo proceso, con la elaboración de un borrador de tratado denominado «Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos». Este documento fue aprobado por la Subcomisión en agosto de 2003, pero no fue acogido por el órgano llamado a hacerlo, esto es, la extinta Comisión de Derechos Humanos. Las principales críticas se debieron a la amplitud de las obligaciones exigidas a las empresas, pues se cuestionó que estableciera una amplia gama de deberes tales como «promover y proteger los derechos humanos, asegurar que se cumplan, respetarlos y hacerlos respetar» (Preámbulo) (Salmón, Blanco & Zambrano, 2016, p. 59).

En vista de ello, la Comisión de Derechos Humanos solicitó al secretario general de la organización que designe a un representante especial. En julio de 2005, John Ruggie fue nombrado representante especial para los Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales. En cumplimiento de su

mandato, y tras años de trabajo, Ruggie presentó dos instrumentos: el marco «Proteger, respetar y remediar» (Consejo de Derechos Humanos, 2008) y los «Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar» (Consejo de Derechos Humanos, 2011a; en adelante, Principios Rectores). Ambos fueron aceptados y respaldados por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, órgano principal en materia de derechos humanos que reemplazó a la referida Comisión de Derechos Humanos en 2006.

La adopción de este marco y los Principios Rectores supuso el establecimiento de instrumentos de *soft law* con enorme influencia para estructurar los debates políticos y jurídicos sobre la materia (Consejo de Derechos Humanos, 2011a). Fueron seguidos por la creación en 2011 del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras empresas (GTEDH o Grupo de Trabajo), compuesto por expertos independientes y cuyo fin consiste principalmente en promover «la divulgación y aplicación efectiva y global de los Principios Rectores» (Consejo de Derechos Humanos, 2011, párrafo 6.a).

Estos principios brindaron lineamientos más claros sobre las responsabilidades diferenciadas, pero complementarias, que tienen los Estados y las empresas en este ámbito. Se encuentran estructurados en tres pilares: (i) el deber del Estado de proteger a las personas bajo su jurisdicción frente a afectaciones de derechos humanos cometidas por empresas, (ii) la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos, y (iii) la necesidad de disponer de vías más efectivas para remediar los impactos negativos causados.

Una de sus principales novedades fue afirmar la responsabilidad de las empresas de *respetar*, el cual alcanza a «los derechos humanos internacionalmente reconocidos» (principio 12). Este deber es entendido esencialmente como «abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación» (principio 11). Un concepto clave para el cumplimiento de tal responsabilidad es el de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, que implica «[realizar] una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas» (principio 17).

Ahora bien: un proceso paralelo en el ámbito internacional ha sido el abordaje de los retos globales para el desarrollo sostenible. El consenso más reciente lo refleja la Agenda 2030, que establece los 17 ODS. Dicha agenda fue adoptada en 2015 por la Asamblea General de la ONU tras un amplio proceso de consultas multiactor.

Destacan dos características con relación a sus antecesores,¹ especialmente relevantes. Se encuentra, por un lado, su expresa fundamentación en los derechos humanos, que refleja una concepción indivisible, interrelacionada e interdependiente entre desarrollo y derechos humanos. En efecto, como se observa en el siguiente

¹ Con relación al carácter estado-céntrico de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y sus limitaciones, véase Sexsmith & McMichael, 2015, pp. 581-596; Fukuda-Parr, 2016, pp. 43-52.

extracto, la Agenda 2030 se refiere a los instrumentos de derechos humanos como «principios y compromisos comunes» en los que se basa:

10. La nueva Agenda se inspira en los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas, incluido el pleno respeto del derecho internacional. Sus fundamentos son la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos, la Declaración del Milenio y el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005. Se basa asimismo en otros instrumentos, como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. (Asamblea General, 2015)

Por otro lado, es propio del paradigma sobre desarrollo expresado en la Agenda 2030 el paso de una concepción estado-céntrica basada en obligaciones, a una apuesta centrada en alianzas de colaboración basada en oportunidades (Business and Sustainable Development Commission, 2017). En esta nueva concepción, la contribución activa del sector privado es indispensable, como expresamente lo reconoce la resolución de la Asamblea General:

60. Reafirmamos nuestro decidido compromiso con la plena implementación de esta nueva Agenda. Reconocemos que será imposible lograr nuestros ambiciosos objetivos y metas sin una Alianza Mundial revitalizada y mejorada y sin unos medios de implementación que sean igualmente ambiciosos. La Alianza Mundial revitalizada facilitará una intensa participación mundial para respaldar el cumplimiento de todos los Objetivos y metas, aglutinando a los gobiernos, la sociedad civil, el sector privado, el sistema de las Naciones Unidas y otras instancias, y movilizándolo todos los recursos disponibles. (Asamblea General, 2015)

Ambas son características clave del actual marco global sobre desarrollo sostenible que determinan su articulación con el ámbito de EDH, como se verá en la siguiente sección.

2.2. Un encuentro reciente

Si bien la Agenda 2030 hace referencia a los Principios Rectores (Asamblea General, 2015, párrafo 67), en un orden internacional caracterizado por la fragmentación, la articulación entre ambos marcos es aún escasa y ha recibido atención de manera reciente. Ciertamente, en junio de 2017 el Consejo de Derechos Humanos solicitó al GTEDH prestar «la debida atención a la aplicación de los Principios Rectores en el contexto de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible» (2017, párrafo 12).

En respuesta a ello, el GTEDH emitió 10 recomendaciones a gobiernos y empresas para implementar los Principios Rectores en el contexto de la Agenda 2030 (2017; GTEDH, 2015, sección IV). Las recomendaciones 6 y 7 se refieren al sector privado, las cuales, a la letra, señalan:

6. Para las empresas, la contribución más poderosa al desarrollo sostenible es integrar el respeto por los derechos humanos en sus cadenas de valor. Y el respeto

empresarial a los derechos humanos no es una opción, es una responsabilidad [...] 7. Las estrategias comerciales para contribuir a los ODS no sustituyen a la debida diligencia en materia de derechos humanos. La debida diligencia en materia de derechos humanos permite y contribuye al desarrollo sostenible. (GTEDH, 2015) [traducción propia]

Aunque tales recomendaciones brindan pautas generales importantes, carecen de concreción en cuanto a las implicancias de esta relación. Organizaciones de la sociedad civil e instituciones académicas han empezado a avocarse también a su articulación, principalmente con enfoques integradores, y abordajes desde el rol del Estado y el potencial de los mecanismos de derechos humanos (De Mesquita, 2018; DIHR, 2018).

Esta débil articulación se evidencia también en la ausencia de este asunto en el proceso de elaboración de un tratado sobre empresas y derechos humanos. En efecto, el Consejo de Derechos Humanos estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos (OEIGWG por sus siglas en inglés), con el propósito de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante en la materia (2014). Si bien el OEIGWG se refirió al «derecho al desarrollo» y al «desarrollo sostenible» entre los elementos por considerar en el borrador de tratado, el Borrador Zero publicado no contiene disposiciones en relación con este derecho (2017, preámbulo y p. 2, 2018).

3. ¿Respetar o contribuir activamente? Implicancias de la desarticulación para el sector privado

En el escenario descrito, una necesidad clave de articulación se presenta de cara al rol del sector privado en ambos marcos. Desde el ámbito de EDH, las empresas *tienen* que «respetar» derechos; mientras que, al mismo tiempo, se reconoce globalmente que para materializar un conjunto importante de tales derechos —en particular, los de naturaleza económica y social vinculados a los ODS—, el sector privado *debería* hacer voluntariamente mucho más.

Como ha reconocido el propio GTEDH, la contribución de las empresas a un desarrollo equitativo y socialmente sostenible comienza con el respeto de los derechos de las personas a las que afectan sus actividades (2015, párrafo 52). Hasta qué punto «respetar» derechos humanos avanza hacia la materialización de los ODS depende del concepto e interpretación que se haga de este término, cuestión a la que nos referiremos en el siguiente punto (*infra* 4.1).

Pero sobre lo que hay consenso es que la actuación empresarial de cara a los derechos humanos no termina —o no *debería* terminar— ahí según la expectativa mundial reflejada en la Agenda 2030. Hay entonces una brecha entre el límite máximo de «respetar» y lo que se espera de las empresas para hacer realidad los ODS. En este espacio nos encontramos ante contribuciones positivas adicionales (Shift, 2017; Ruggie, 2016), orientadas por marcos regulatorios no vinculantes y desintegrados,

propios de la naturaleza policéntrica de la gobernanza global (Rodríguez Garavito, 2017, p. 207). Se trata de un escenario donde la voluntad de la empresa es clave y los derechos humanos están ausentes o tienen muy débil presencia.

La desarticulación entre el marco EDH y los ODS tiene implicancias particularmente relevantes para quienes viven en los países menos favorecidos por el orden económico internacional, precisamente aquellos «dejados atrás por el desarrollo», consigna clave de la Agenda 2030 (Asamblea General, 2015, preámbulo). América Latina es uno de estos escenarios, donde la pobreza e inequidad son persistentes en el tiempo y profundas en su dimensión. En lo que concierne a los ODS, la región está bastante más lejos que países desarrollados y enfrenta retos especialmente complejos (CEPAL, 2016, pp. 7-8). Al mismo tiempo, es en países latinoamericanos donde las relaciones del sector privado —en especial empresas transnacionales— con el Estado y la población son más asimétricas y, en algunos casos, vulneratorias de derechos, coincidentes con los ODS (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015).

Ello es particularmente relevante en sectores como el extractivo, caracterizado en América Latina por la fuerte presencia de empresas transnacionales y capitales extranjeros, el desarrollo en poblaciones que presentan altos niveles inequidad, y su impacto significativo en estas poblaciones (Gudynas, 2015; CLACSO, 2013). Más allá del debate sobre la necesidad de la diversificación de las actividades económicas de los países del Sur global, lo cierto es que el extractivismo continúa ocupando un lugar central en tales economías. En el Perú, por ejemplo, la minería responde por un alto porcentaje de su PBI (10 % en 2017) y presenta una inversión que va en crecimiento (Ministerio de Energía y Minas, 2017). El Ministerio de Economía y Finanzas elevó su proyección de crecimiento de la inversión minera a 16,4 % para este año, mayor al 5 % de crecimiento previsto en 2017, lo cual significará la tasa de expansión más alta desde el año 2011 (2018).

Por ello, en el ámbito regional se ha planteado la necesidad de atender la «urgente» necesidad de articular empresas, derechos humanos y Agenda 2030, asunto que ha ocupado un lugar clave en los foros regionales sobre empresas y derechos humanos realizados hasta el momento (GTEDH, 2014; GTEDH, 2016; GTEDH, 2018). En particular, se ha reconocido la necesidad de construir una agenda específica, y un tipo de gobernanza regional y nacional que permita potenciar y direccionar los esfuerzos y recursos para implementar los Principios Rectores a través de políticas inteligentes y coherentes que fortalezcan la Alianza Mundial en el nivel regional. La preocupación central es pues la falta de efectividad de los marcos internacionales y la existencia de una realidad contrastante en América Latina.

No obstante, en nuestra región el estudio de la relación entre la actividad empresarial y los derechos humanos —sobre todo en lo que se refiere al sector extractivo— se ha centrado principalmente en documentar sus impactos negativos y las dificultades de obtención de justicia (VV.AA., 2017; Cerqueira, 2015; Valencia, 2016). Asimismo, el campo de EDH presenta, en general, una mayor visibilidad de las voces del Norte global en la literatura académica, y escasos estudios que aborden desde este enfoque los problemas particulares de la realidad latinoamericana. Por ejemplo, según Rodríguez Garavito, un 90 % de las obras compiladas en la Oxford Bibliography sobre EDH corresponden a académicos del Norte global (2018, p. 34). De este modo, hay una

especial necesidad de abordar las implicancias de la integración de ambos marcos de cara a la realidad y problemática particular de nuestra región.

4. Buscando caminos para la articulación

La brecha entre lo que las empresas *deben* hacer en el ámbito del DI sobre EDH, y lo que se espera realicen para alcanzar los ODS puede ser reducida a través de caminos que permiten articular ambos marcos normativos propios del orden internacional. En efecto, este espacio de débil gobernanza puede ser disminuido al menos a través de dos vías, no excluyentes: la interpretación amplia del deber de «respetar» junto con su aplicación efectiva por parte del sector privado; y una articulación conjunta ODS-derechos humanos por parte de las instituciones que determinan la conducta empresarial en el ámbito de las contribuciones voluntarias. Planteamos a continuación algunas pautas iniciales sobre cada una de estas posibilidades.

4.1 Desde el marco de empresas y derechos humanos: dimensiones del deber de respetar en la Agenda 2030

Los debates académicos en el campo de EDH se han centrado en dos variables distintas: el grado de *vinculación* que conllevan los estándares regulatorios y el grado de *centralización* de los esquemas normativos. En cuanto al primero, es posible identificar a su vez tres perspectivas diferentes: enfoques voluntarios, vinculantes y posiciones híbridas. La segunda variable es el énfasis puesto en un instrumento regulatorio integrado *versus* quienes, al reconocer la naturaleza policéntrica del campo, consideran poco factibles y útiles marcos integrados en un régimen internacional multipolar y fragmentado (Rodríguez Garavito, 2018, pp. 272-273; Rodríguez Garavito, 2017, p. 207). Antes que centrarse en estos debates, lo que se requiere para la articulación de estos marcos es partir por reconocer la coexistencia de distintos enfoques, y explorar su potencialidad para acercarnos al objetivo de la realización de derechos humanos vinculados a los ODS.

De igual modo, como se dijo previamente, el antiguo debate sobre los deberes de las empresas con relación a los derechos humanos en el DI puede estructurarse con base en el marco PRR en tanto su adopción refleja un acuerdo político internacional en la materia. Es preciso notar que nos referimos a la estructuración de los debates en torno al «modelo directo» de regulación de las empresas por parte del DI; no al denominado «modelo indirecto», esto es, a la existencia de obligaciones del Estado que le exigen asegurar determinada acción u omisión por parte de las empresas (Deva & Bilchitz, 2017).

En este modelo directo, los tres grandes ejes de debate pueden estructurarse del siguiente modo: (1) los esfuerzos previos de la comunidad internacional (*supra* 2.1); (2) el debate sobre «respetar» sus fundamentos (o falta de fundamentos) éticos y teóricos, y las posibilidades de afirmar deberes más amplios o «positivos» (Deva & Bilchitz, 2013; Kolstad, 2012; Nolan & Taylor, 2009); y, (3) los que se enmarcan en «respetar» y la determinación de su alcance. En cada uno, es posible distinguir dos grandes corrientes de ideas con ciertos matices: aquellas que tienden a afirmar deberes acotados para la empresa atendiendo a su naturaleza y el sistema economi-

co, y aquellas que tienden a afirmar deberes amplios atendiendo al impacto de la actividad empresarial en el goce de derechos.

Es el último ámbito el que interesa particularmente, dado que cobra relevancia y nuevos matices en su articulación con la Agenda 2030. Aquí se encuentran comúnmente posiciones que conciben el deber de «respetar» como una responsabilidad esencialmente negativa, únicamente un «no hacer». No obstante, coincidimos con quienes consideran que no supone solo un no hacer, sino que tiene también dimensiones positivas.

Por ejemplo, la responsabilidad de respetar exige que las empresas actúen con la debida diligencia en materia de derechos humanos. Como se señaló previamente, proceder conforme a la debida diligencia requiere evaluar impactos de las actividades en derechos humanos, integrar las conclusiones de tal evaluación en los procesos internos pertinentes, actuar con base en tales hallazgos, hacer seguimiento de las respuestas dadas y comunicar la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas (principio 17). Todos estos son aspectos que sin duda trascienden lo meramente negativo y exigen más bien acciones positivas para su cumplimiento.

Se debe notar que ello no equivale a afirmar obligaciones positivas (proteger, promover, satisfacer), aspecto que se refiere al segundo orden de debate señalado y que no es acogido por los PR. De lo que se trata es de distinguir tales deberes positivos de los pasos proactivos que una empresa debe tomar para asegurar que se cumpla su deber de respetar. Hasta el momento se ha advertido que esta aproximación es la más favorable a la Agenda 2030, y se ha enfatizado la importancia de aplicar este deber a través de la cadena global de suministros al reconocerse que ello tiene un amplio potencial de transformación (Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos, 2017, recomendaciones 6 y 7; Ruggie, 2016).

Aunque es un ámbito que ha recibido reciente atención, se cuenta con algunos escasos escenarios que ejemplifican lo anterior. Uno es el de H&M, una de las más grandes cadenas de tiendas de ropa con cientos de establecimientos alrededor del mundo. De acuerdo con la información disponible, más de 1,6 millones de personas trabajan en fábricas que suministran prendas a H&M. Es indudable, por tanto, la capacidad que esta marca global tiene para contribuir al desarrollo sostenible, apoyando la provisión de salarios dignos para los trabajadores y trabajadoras en toda su cadena de suministros. Según el informe de sostenibilidad de 2016 de esta empresa, H&M identificó y priorizó el salario digno como uno de sus asuntos en derechos humanos más destacados (H&M Group, 2016, p. 76, citado por Shift, 2018, p. 15).

Por ello, desarrolló una estrategia para promover el salario justo, entendido como aquel que «satisface las necesidades básicas de los empleados y sus familias, y proporciona algunos ingresos discrecionales tales como el ahorro». De acuerdo con H&M, para finales de 2017, 458 fábricas estaban incluidas en programas de diálogo y relaciones laborales de la empresa para promover salarios justos, las que representan el 52 % del volumen total de productos de H&M. Según la misma fuente, más de 600 000 trabajadores de fábricas estarían directamente cubiertos por la representación de trabajadores elegidos democráticamente a través de estos programas, que se ejecutarían en países como Bangladesh, Camboya, China, Etiopía, India, Indonesia, Myanmar y Turquía (H&M Group, 2016, p. 76, citado por Shift, 2018, p. 15).

Otro escenario es el referido a derechos sobre la tierra, para los cuales la expansiva industria de la palma aceitera resulta particularmente riesgosa y las empresas que compran este producto son actores claves. Este es el caso de PepsiCo, compañía global de comida y bebida que requiere importantes cantidades de palma aceitera para su producción y es, por tanto, relevante para abordar asuntos relacionados con derechos sobre la tierra. Un hito clave en el acercamiento de PepsiCo al suministro sostenible de palma se dio en 2014, cuando se comprometió a una política de «tolerancia cero» con el acaparamiento de la tierra a través de su cadena de suministros, siguiendo la campaña de Oxfam Behind the Brands (Tras la marca) (PepsiCo, 2017; citado por Shift, 2018, p. 70).

Igualmente, en 2018 la compañía se comprometió a participar en la campaña de la misma organización FAIR Company-Community Partnerships (Alianzas Justas Compañía-Comunidad). Como parte de esta iniciativa, centrada en Indonesia, se apunta a promover la libertad de elección («incluyendo consentimiento libre, previo e informado»), responsabilidad (que incluye «acuerdos transparentes y mecanismos de reclamo»), la mejora e intercambio de beneficios, y el respeto por los derechos relativos al medio ambiente (PepsiCo, 2018, citado por Shift, 2018, p.70) en la cadena de suministros de la empresa.

Estos son solo ejemplos que buscan ilustrar esta convergencia, sin que ello implique coincidir de modo pleno con la actuación de las compañías citadas ni que no exista información contrastante sobre lo referido. En suma, se trata de apuntar a un concepto de «respetar» que se entienda no solo como una responsabilidad negativa, sino que permita incluir las distintas dimensiones activas que su cumplimiento requiere y promover este enfoque a través de la cadena de suministros de la empresa.

4.2 Desde la voluntad: Agenda 2030, derechos humanos y sector empresarial

Si bien una noción amplia de respetar —junto con su efectiva implementación— puede acercar significativamente al sector privado a contribuir con los ODS, es claro que no es suficiente en el paradigma de la Agenda 2030 que, como se advirtió previamente, requiere su activa contribución. A diferencia del supuesto anterior, este escenario descansa fundamentalmente en la voluntad del sector privado y una muy escasa presencia de los derechos humanos.

En efecto, las aproximaciones a la responsabilidad de las empresas con el entorno han pasado desde nociones de filantropía del siglo XX al discurso de la responsabilidad social corporativa todavía muy presente. Según el proyecto Shift,² por ejemplo, en la dimensión social del desarrollo sostenible el discurso de las empresas generalmente se basa en suposiciones y acciones que siguen estando arraigadas mayormente «en la vieja idea de responsabilidad social corporativa» (Shift, 2016, p. 31). Si bien son novedosas nociones más recientes, se encuentran

² *Shift Project* es una organización no gubernamental fundada en Estados Unidos, entre cuyos fundadores se encuentra John Ruggie, exrepresentante especial para los Derechos Humanos y Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales.

también alejadas de los derechos humanos, como el concepto de «valor compartido» desarrollado por Porter y Karmer, quienes proponen vincular estas iniciativas con las operaciones centrales (*core operations*) de las empresas (2006, pp. 78-92; Shift, 2016, sección 11).

Las contribuciones activas de las empresas con el desarrollo sostenible son, sin embargo, altamente relevantes para hacer realidad el potencial de las alianzas que la Agenda 2030 requiere. Al mismo tiempo, es preocupante notar que las empresas multinacionales son muy poco propensas precisamente a comprometerse con ODS de acción externa que exigen proactivamente «hacer el bien». Así lo muestran los resultados de una reciente investigación realizada a más de 80 empresas europeas y estadounidenses del Financial Times Global 500. Según los hallazgos del estudio, las empresas multinacionales se comprometen más con los ODS que son accionables dentro de sus operaciones que con aquellos que requieren actuar fuera de ella; y con los ODS que les exigen «evitar daños», antes que con aquellos que implican «hacer el bien» (Van Zanten & Van Tulder, 2018, pp. 227-228). Ello pone en evidencia que se requieren esfuerzos importantes para lograr el involucramiento amplio y activo del sector privado en el desarrollo sostenible.

Pero ¿cuáles son las instituciones que determinan la contribución de las empresas con el desarrollo sostenible? Según Scott, las instituciones que determinan las reglas de juego para las compañías pueden categorizarse, de modo amplio, en tres tipos: (1) *instituciones regulativas*, o sistemas de reglas formales impuestos por el Estado; (2) *instituciones normativas*, que están relacionadas con sociedades profesionales que establecen roles y expectativas para grupos específicos; y, (3) *instituciones cognitivo-culturales*, que describen las creencias y valores que comparten las personas de una sociedad (1995).

Si se quiere abordar este asunto desde un enfoque jurídico, habría que centrarse en las dos primeras a efectos de identificar cuáles son las instituciones que determinan las reglas para contribuir con el desarrollo sostenible en contextos particulares. Este análisis puede acoger miradas concretas centrándose en sectores clave en la región latinoamericana, como es el caso de las empresas transnacionales extractivas. Una vez identificadas tales instituciones, corresponde analizarlas con base en la articulación Agenda 2030-derechos humanos para identificar caminos que permitan reducir la brecha existente. La cuestión concreta sería entonces de qué forma, a través de esa relación bidireccional, se puede lograr que el ámbito de acciones voluntarias pueda ser permeado o reorientado.

En cuanto a las *instituciones regulatorias*, por ejemplo en el caso de empresas transnacionales extractivas serían relevantes tanto aquellas existentes en el o los Estados de origen, como las de los países de destino. En particular, son de relevancia las normas y políticas sobre inversión y actividad extractiva en tales ordenamientos internos. Esto requeriría —pero no se limitaría a— analizar desde un enfoque integrado ODS-DDHH, posibles medidas que estos Estados pueden adoptar para incentivar contribuciones voluntarias del sector privado o promover iniciativas público-privadas. Ello pasa por alinear el marco normativo existente.

Dos ejemplos pueden ilustrar lo anterior. En el Perú, por un lado, el Decreto Supremo N° 042-2003-EM establece como requisito para el desarrollo de actividades

mineras que las empresas extractivas realicen un «compromiso previo» para favorecer el desarrollo local, pero no está articulado ni es coherente con las normas e instituciones en materia de ODS ni de derechos humanos (artículo 1). Por otro lado, un ejemplo más positivo es que países como Suecia (2007) y Dinamarca (2008) han incorporado en su normativa la obligación de que sus compañías presenten reportes de sostenibilidad (DIHR, 2016, p. 74).

Respecto a las denominadas *instituciones normativas*, se considera que cuatro tipos de iniciativas han sido particularmente relevantes en los últimos años para alentar a las empresas a contribuir al desarrollo sostenible: (1) iniciativas basadas en principios, como el Pacto Mundial y las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales; (2) iniciativas de certificación que abordan problemas de desarrollo asociados con la producción de bienes específicos, como el Social Accountability 8000; (3) iniciativas de informes, entre ellas el Global Reporting Initiative; y, (4) iniciativas basadas en procesos, como los estándares de Accountability (Rasche, Waddock & McIntosh, 2013).

Tales instituciones son claves en el rol de las empresas transnacionales de cara al desarrollo sostenible, dado que ayudan a comprender por qué se comprometen o no con conductas socialmente responsables. No obstante, requieren ser reforzadas desde un enfoque de derechos humanos. La aplicación de este enfoque implicaría, *inter alia*, apuntar a procesos más inclusivos, participativos y transparentes; así como prestar especial atención precisamente a aquellos «grupos dejados atrás por el desarrollo» de manera que se articule con la Agenda 2030 (DIHR, 2018, p. 20).

Si bien estos ejes pueden permitir identificar alternativas para fomentar una mayor contribución del sector privado a los ODS y los derechos humanos, no puede perderse de vista que estas alternativas se enfrentan a limitaciones propias del DI existente en estos ámbitos que hacen poco viables soluciones más integrales y mayores niveles de contribución. Estas limitaciones pueden asociarse *prima facie* a la debilidad del marco normativo e institucional del DI relativo al ámbito de EDH y del desarrollo sostenible. En ambos marcos, la falta de *accountability* es sin duda un aspecto clave (DIHR, 2018; Deva, 2014).

5. Conclusiones

La articulación entre el ámbito de EDH y Agenda 2030 de cara al sector privado pone en evidencia la existencia de una importante brecha entre aquello que *tienen* que hacer las empresas y aquello que *deberían* voluntariamente realizar para que los ODS puedan materializarse. En vista de ello, es necesario explorar caminos de acercamiento que supongan posibilidades de reducción de dicha brecha desde ambos marcos normativos.

Las alternativas de articulación requieren una combinación de medidas que, o amplían el ámbito de lo jurídicamente obligatorio (a nivel interno esencialmente), reorientan en un sentido integrado las contribuciones voluntarias o, al menos, brindan mayores incentivos para comprometerse en acciones de contribución voluntaria, sin afectar la inherente voluntariedad y libertad económica.

Referencias

- Blanco, C. (2015). Obligaciones estatales de derechos humanos frente a empresas privadas. Hacia un marco de deberes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Ius Inter Gentes*, 11. Lima: PUCP.
- Business and Sustainable Development Commission – BSDC. (2017). *Better business, better world*. Business and Sustainable Development Commission. Retrieved, 2 (27).
- Cerqueira, D. (2015). La atribución de responsabilidad extraterritorial por actos de particulares en el Sistema Interamericano: contribuciones al debate sobre empresas y derechos humanos, 20 Aportes. Washington D.C.: DPLF.
- Clapham, A. (2006). *Human rights obligations of non-state actors*. Oxford: Oxford University Press.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL. (2016). *Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). *Informe sobre pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15. 31 de diciembre de 2015.
- Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO. (2013). *Ecología política del extractivismo en América Latina: casos de resistencia y justicia socio-ambiental*. Buenos Aires: CLACSO.
- Danish Institute for Human Rights – DIHR. (2018). *Human rights and the 2030 Agenda for sustainable development. Lessons learned and next steps*. Copenhagen: DIHR.
- De Mesquita, J. et al. (2018). Monitoring the sustainable development goals through human rights accountability reviews. *Bulletin of the World Health Organization*, 96(9).
- Deva, S. (2014). The human rights obligations of business: reimagining the Treaty Business. *Workshop on Human Rights and Transnational Corporations: Paving the Way for a Legally Binding Instrument*, Ginebra, volumen 11.
- Deva, S., & Bilchitz, D. (Eds.) (2013). *Human rights obligations of business: beyond the corporate responsibility to respect?* Cambridge: Cambridge University Press.
- Deva, S., & Bilchitz, D. (Eds.) (2017). *Building a Treaty on Business and Human Rights: context and contours*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DIHR. (2016). *Human rights in follow-up and review of the 2030 Agenda for sustainable development*. Copenhagen: DIHR.
- Fukuda-Parr, S. (2016). From the millennium development goals to the sustainable development goals: shifts in purpose, concept, and politics of global goal setting for development. *Gender & Development*, volumen 24, número 1.

Gudynas, E. (2015). *Extractivismos: ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*. Lima: RedGE/CLAES/PDTG.

H&M Group. (2016). *The H&M Group Sustainability Report 2016*. Disponible en http://sustainability.hm.com/content/dam/hm/about/documents/en/CSR/Report%202016/HM_group_SustainabilityReport_2016_FullReport_en.pdf

Kennedy, E. T., Welch, C. E., & Monshipouri, M. (2017). Multinational corporations and the ethics of global responsibility: problems and possibilities. *Human Rights and Corporations*. Routledge.

Kolstad, I. (2012). Human rights and positive corporate duties: the importance of corporate-state interaction. *Journal: Business Ethics: A European Review*, volumen 21, número 3.

Ministerio de Economía y Finanzas – MEF. (2018). *Informe de actualización del Marco Macroeconómico Multianual 2018-2021*. Lima: MEF. Disponible en https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/IAPM_2018_2021.pdf

Ministerio de Energía y Minas – MINEM. (2017). *Anuario minero 2017*. Lima: MINEM. Disponible en https://gobpe-production.s3.amazonaws.com/uploads/document/file/98805/ANUARIO_MINERO_2017_1_.pdf

Nolan, J., & Taylor, L. (2009). Corporate responsibility for economic, social and cultural rights: rights in search of a remedy? *Journal of Business Ethics*, volumen 87.

PepsiCo. (2017). *Global human rights statement*. Disponible en <https://www.pepsico.com/docs/album/a-z-topics-policies/pepsico-global-human-rights-and-salient-issues-statement.pdf>

PepsiCo. (2018). *Palm oil sustainability*. Disponible en <http://www.pepsico.com/sustainability/palm-oil>

Porter, M. E., & Kramer, M. R. (2006). The link between competitive advantage and corporate social responsibility. *Harvard Business Review*, volumen 84, número 12.

Rasche, A., Waddock, S., & McIntosh, M. (2013). The United Nations global compact. *Business & Society*, volumen 52, número 1.

Rodríguez Garavito, C. (Ed.) (2017). *Business and human rights: beyond the end of the beginning*. Cambridge: Cambridge University Press.

Rodríguez Garavito, C. (Ed.) (2018). *Empresas y derechos humanos en el siglo XXI. La actividad corporativa bajo la lupa, entre las regulaciones internacionales y la acción de la sociedad civil*. Bogotá: Siglo Veintiuno Editores.

Ruggie, J. (2016). *Making globalization work for all: achieving the sustainable development goals through business respect for human rights*. Nueva York: Shift.

Salmón, E., Blanco, C., & Zambrano, G. (2016). *La progresiva incorporación de las empresas en la lógica de los derechos humanos*. 2.ª edición. Lima: IDEHPUCP.

Sexsmith, K., & McMichael, P. (2015). Formulating the SDGs: reproducing or reimagining state-centered development? *Globalizations*, volumen 12, número 4.

Scott, W. R. (1995). *Institutions and organizations*. London: Sage.

Shift (2016). *Business, human rights and the sustainable development goals forging a coherent vision and strategy*. Nueva York: Shift/BSDC.

Shift (2017). *Respect for human rights: creating a holistic framework for business contributions to the SDGs*. Nueva York: Shift.

Shift (2018). *The human rights opportunity: 15 real-life cases of how business is contributing to the sustainable development goals by putting people first*. New York: Shift / World Business Council for Sustainable Development (WBCSD).

Valencia, A. (2016). *Human Rights Trade-offs in Times of Economic Growth: The Long-Term Capability Impacts of Extractive-Led Development*. Nueva York: Palgrave-Macmillan.

Van Zanten, J. A. & Van Tulder, R. (2018). Multinational enterprises and the Sustainable Development Goals: An institutional approach to corporate engagement. *Journal of International Business Policy*, 1(3-4).

VV.AA. (2017). *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. Costa Rica: IIDH.

Naciones Unidas

Asamblea General (2015). Resolución 70/1. Transformando nuestro mundo: la Agenda 2030 para Desarrollo Sostenible. A/RES/70/1. 21 de octubre de 2015.

Consejo de Derechos Humanos (2008). Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. *La empresa y los derechos humanos: la puesta en práctica del marco “proteger, respetar y remediar”*. A/HRC/11/13, 22 de abril de 2009.

Consejo de Derechos Humanos (2011). Resolución 17/4. *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. A/HRC/RES/17/4. 6 de julio de 2011.

Consejo de Derechos Humanos (2011a). Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para «proteger, respetar y remediar»*. A/HRC/17/31. 21 de marzo de 2011.

Consejo de Derechos Humanos. (2014) Resolución 26/9. *Elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos*. A/HRC/RES/26/9. 14 de julio de 2014.

Consejo de Derechos Humanos (2017). Resolución 35/7. *Business and human rights: mandate of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*. A/HRC/35/L.11. 19 de junio de 2017.

Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas - GTEDH (2018). *Informe sobre la “Tercera Consulta regional para América*

Latina y el Caribe: Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible". A/HRC/38/48/Add.3. 4 de junio de 2018.

Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos – OEIGWG (2017). *Elements for the draft legally binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights*. 29 de septiembre 2017.

GTEDH (2014). *Informe sobre el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos*. A/HRC/26/25/Add.2. 24 de abril de 2014.

GTEDH (2015). *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*. A/HRC/29/28. 28 de abril de 2015.

GTEDH (2016). *Informe sobre la Consulta regional para América Latina y el Caribe: Políticas públicas para la implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. A/HRC/32/45/Add.4. 9 de junio de 2016.

GTEDH (2017). *The business and human rights dimension of sustainable development: Embedding "Protect, Respect and Remedy" in SDGs implementation*. Ginebra, 30 de junio 2017.

OEIGWG (2018). *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises Zero Draft*. 16 de julio de 2018.

El Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: un balance en sus primeros 10 años de existencia

Renata Bregaglio Lazarte

Sumilla

El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo. El artículo 34 de la CDPD crea el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como órgano de control. Han pasado 10 años desde la entrada en vigor de este revolucionario tratado. A lo largo de estos años, el Comité PCD ha desempeñado un papel preponderante en la interpretación de la CDPD y en la determinación del camino por seguir para su adecuada implementación. En las siguientes páginas hacemos un análisis del trabajo desarrollado por este órgano, resaltando sus principales aportes, los aspectos que deben ser reforzados y los retos pendientes.

1. Introducción

El 13 de diciembre de 2006, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, durante su sexagésimo período de sesiones, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y su Protocolo Facultativo, convirtiéndola en el octavo tratado de derechos humanos de la familia de Naciones Unidas. El 3 de mayo de 2018, luego de su vigésima ratificación, la CDPD entró en vigor. A la fecha, cuenta con 177 Estados parte y 162 signatarios.

De manera similar a lo que ocurre con otros tratados de la familia de Naciones Unidas, el artículo 34 de la CDPD crea el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Comité PCD) como órgano de control. En virtud de lo establecido en la propia CDPD y en el Protocolo Facultativo, el Comité PCD puede controlar el cumplimiento de la CDPD a través de informes periódicos (artículos 35 a 37 de la CDPD), comunicaciones individuales (artículos 1 a 5 del Protocolo Facultativo), e investigaciones de oficio por violaciones sistemáticas y generalizadas (artículos 6 y 7 del Protocolo Facultativo). Además, el artículo 47.1 del Reglamento del Comité PCD establece que este puede emitir Observaciones Generales que interpreten diferentes artículos de la CDPD.

Han pasado 10 años desde la entrada en vigor de este revolucionario tratado. A lo largo de esta década, el Comité PCD ha desempeñado un papel preponderante en la

interpretación de la CDPD y en la determinación del camino por seguir para su adecuada implementación. En las siguientes páginas realizaremos un análisis del trabajo desarrollado por este órgano, resaltando sus principales aportes, los aspectos que deben ser reforzados y los retos pendientes. Por cuestiones de espacio, abordamos el análisis realizado en sus Observaciones Generales, Comunicaciones Individuales e Investigaciones de Oficio. La sistematización de todas sus observaciones finales demandaría un espacio mayor que este artículo.

2. La importancia de la CDPD

La CDPD es el instrumento internacional en materia de discapacidad más avanzado hasta la fecha (Biel, 2011, p. 113). En la familia de Naciones Unidas, solo la Convención sobre los Derechos del Niño hacía una referencia, en su artículo 23, al «niño mental o físicamente impedido» [sic]. Por su parte, en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) existía el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador),¹ que en su artículo 18 regulaba la protección a «los minusválidos» [sic]. Asimismo, la Convención para la Prevención, Sanción y Erradicación de la Violencia contra la Mujer – Convención de Belém do Pará² señala en su artículo 9 que el concepto de violencia contra la mujer abarca aquella que se produce contra la mujer «discapacitada» [sic]. Estas normas, sin embargo, no solo se refieren a protecciones específicas, sino que utilizan términos peyorativos y estereotipantes y establecen protecciones que van a contracorriente de lo que hoy plantea la CDPD.

De igual manera, si bien la OEA contaba desde 1996 con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIADDIS),³ su enfoque se aleja un poco de lo que plantea hoy en día la CDPD. Así, por ejemplo, en su artículo 2.b, la CIADDIS establece que en determinados supuestos la declaratoria de incapacidad civil (interdicción) a una persona con discapacidad no resulta discriminatoria, lo cual es abiertamente contrario al artículo 12 de la CDPD y al desarrollo que sobre este artículo ha hecho el Comité de Personas con Discapacidad.

Y es que la CDPD consagra un cambio de paradigma que venía forjándose en la historia de la humanidad. Esto se da debido a que la CDPD establece en el nivel normativo el llamado modelo social de la discapacidad. De acuerdo con dicho modelo, es necesario distinguir la deficiencia (lo biológico) de la discapacidad (lo social). En ese sentido, la discapacidad no se encuentra en la persona, sino que surge de la interacción entre la deficiencia de la persona y las barreras (arquitectónicas, jurídicas, sociales o actitudinales) que impone la sociedad.

1 Adoptado el 17 de noviembre de 1988. En vigor desde el 16 de noviembre de 1999.

2 Adoptado el 9 de junio de 1994. En vigor desde el 5 de marzo de 1995.

3 Adoptada el 7 de junio de 1999. En vigor desde el 14 de septiembre de 2001.

La CDPD asume e implementa plenamente el modelo social.⁴ Tiene como propósito expreso «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».⁵ Tiene también como tarea fundamental «adaptar» las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos existentes al contexto de la discapacidad. Esto significa que, más allá de reiterar el reconocimiento de derechos que ya establecen dichos tratados, uno de los objetivos primordiales de la CDPD consiste en establecer mecanismos para garantizar el ejercicio de dichos derechos por parte de las personas con discapacidad, sin discriminación y en igualdad de oportunidades que el resto de personas (De Lorenzo & Palacios, 2008, pp. 18-19).

3. La composición del Comité PCD sobre derechos de personas con discapacidad: el imperfecto balance de la equidad

El Comité CPD está conformado a la fecha por 18 expertos, elegidos por los Estados parte tomando en consideración «una distribución geográficamente equitativa, representación de las diferentes formas de civilización y los principales ordenamientos jurídicos, una representación de género equilibrada y la participación de expertos con discapacidad».⁶

Se debe señalar que, a pesar de la indicación de una representación equilibrada, la región africana y latinoamericana han estado históricamente infrarrepresentadas (Guernsey, 2018, p. 1028). En materia de representación de género, esta nunca ha sido del 50 % o más. El mejor escenario se dio en el período 2011-2012, donde de los 18 miembros, 8 eran mujeres. La peor conformación, por el contrario, se dio en el período 2017-2018, cuando únicamente se contó con la participación de una mujer, la jurista alemana Theresia Degener.⁷ Esta subrepresentación geográfica y de mujeres ha llevado al propio Comité a adoptar un pronunciamiento sobre este aspecto en su 17.^o período de sesiones. En dicho pronunciamiento, el Comité PCD llamó la atención sobre la necesidad de promover la equidad en ambas dimensiones.⁸ Actualmente, de los 18 miembros, seis son mujeres.⁹

4 El Preámbulo de la CDPD señala «[...] la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

5 Artículo 1 de la CDPD.

6 Artículo 34.4 de la CDPD.

7 Ver <http://www.gqualcampaign.org/gqual-and-ida-call-for-gender-balance-in-the-2018-crpd-committee-membership/>

8 Al respecto, ver Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Achieving gender balance and equitable geographical representation in the elections of members of the Committee. Adoptado en su 17.^o período de sesiones. Disponible en <https://www.ohchr.org/En/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22244&LangID=E>

9 Rosemary Kayess, Mara Cristina Ganrilli, Risnawati Utami, Gertrude Oforiwa Fefoame, Amalia Eva Gamio Ríos y Miyeon Kim.

Por el contrario, la participación de expertos con discapacidad ha sido bastante alta en la conformación del Comité desde 2009 hasta la fecha. Incluso, entre 2013 y 2017, 17 de los 18 expertos eran personas con discapacidad (Guernsey, 2018, p. 1031). Entre ellos, vale la pena rescatar la participación del señor Robert Martin, la primera persona con discapacidad intelectual que ha integrado un órgano de monitoreo de un tratado de Naciones Unidas.¹⁰

4. Las Observaciones Generales y las Guidelines sobre el artículo 14

En los 10 años de vigencia de la CDPD, el Comité PCD ha emitido 7 Observaciones Generales, de acuerdo con lo señalado en la tabla 1.

Tabla 1
Observaciones Generales emitidas por el Comité PCD 2008-2018

	Nombre de la observación general	Fecha de emisión
1	Artículo 12: igual reconocimiento ante la ley	11 de abril de 2014
2	Artículo 9: accesibilidad	11 de abril de 2014
3	Artículo 6: mujeres y niñas con discapacidad	26 de agosto de 2016
4	Artículo 24: derecho a la educación inclusiva	26 de agosto de 2016
5	Artículo 19: derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad	31 de agosto de 2017
6	Artículo 5: igualdad y no discriminación	9 de marzo de 2018
7	Artículos 4.3 y 33.3: participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención	21 de setiembre de 2018

Elaboración propia.

Fuente: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx>

Asimismo, en setiembre de 2015, en el marco de su 14.º período de sesiones, el Comité PCD adoptó los «Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with *disabilities*». Si bien este documento amplía una declaración sobre el mismo artículo 14 hecha por el propio órgano en el año 2014 en el marco de su 12.º período de sesiones,¹¹ es importante resaltar que el documento se adoptó como respuesta a una serie de pronunciamientos de otros comités de Naciones Unidas y del sistema europeo de derechos humanos.¹²

¹⁰ Ver <http://inclusion-international.org/robert-martin-elected-un-committee/>

¹¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su 12.º período de sesiones (15 de setiembre a 3 de octubre de 2014). CRPD/C/12/2, p. 16. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/198/71/PDF/G1419871.pdf?OpenElement>

¹² De acuerdo con lo señalado por el propio Comité en el primer párrafo de sus *Guidelines*: «Since the

En lo que concierne a Naciones Unidas, en diciembre de 2014 el Comité de Derechos Humanos había adoptado la Observación General 35 que abordaba la privación de libertad de personas con discapacidad psicosocial en centros de salud mental. En ella el Comité de Derechos Humanos, si bien aceptaba que las prácticas de internamiento involuntario debían revisarse en los Estados, también aceptaba que esta se produjera en tanto fuera «necesaria y proporcional, con el propósito de impedir que el interesado se haga daño o cause lesiones a terceros».¹³ Por su parte, el Comité contra la Tortura, en el 2014, en sus Observaciones Finales para Croacia, había criticado las condiciones de internamiento en centros psiquiátricos, señalando que la sujeción a pacientes en centros psiquiátricos solo podía ser usada como una medida de última *ratio*, para prevenir el riesgo de daño a sí mismo o a terceros.¹⁴ Es decir, no había cuestionado el internamiento en sí mismo.

Frente a ello, las *Guidelines* van a señalar la prohibición absoluta de privación de libertad que esté motivada en la discapacidad, lo que incluye aquella que se basa en el riesgo para sí mismo o terceros.¹⁵ El que este pronunciamiento haya sido adoptado bajo el formato de «Directiva», y no de Observación General, podría tener que ver con la necesidad de dar una rápida respuesta a los pronunciamientos de otros órganos. De haberse adoptado bajo el formato de Observación General, habría tenido que seguir el procedimiento de discusión general y abrir plazo para recibir aportes de diversos actores frente al borrador del texto (práctica que, dicho sea paso, merece ser destacada como positiva en el proceso de adopción de criterios de interpretación de la CDPD). Ello no ocurrió con las *Guidelines*. Sin embargo, estas cumplen los mismos efectos que una Observación General en la medida en que son una interpretación autorizada respecto de los alcances de un artículo de la CDPD.

En relación con las observaciones generales propiamente dichas, estas pueden ser analizadas bajo dos criterios: pertinencia y suficiencia. Lord ha planteado que detrás del supuesto consenso de la CDPD se esconden desacuerdos importantes en algunas materias (Lord, 2010). Por ello, el análisis de pertinencia busca analizar si a través de sus pronunciamientos el Comité PCD ha abordado todos los aspectos que requerían una pronta interpretación, dado el sentido oscuro de algunas normas. Por

Committee on the Rights of Persons with Disabilities (hereinafter, the Committee) adopted a statement on article 14 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (hereinafter, the Convention), in September 2014, (CRPD/C/12/2, Annex IV), some United Nations bodies as well as inter-governmental processes have developed guidelines on the right to liberty and security as well as on the treatment of prisoners, which make reference to the deprivation of liberty of persons with disabilities. Some regional bodies have also considered adopting additional binding instruments which would allow for involuntary internment and forced treatment of persons with intellectual and psychosocial disabilities. The Committee, on the other hand, has further developed its understanding of article 14 while engaging in constructive dialogues with several States parties to the Convention».

13 Comité de Derechos Humanos. Observación General 35, artículo 9 (libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, parágrafo 19.

14 Comité contra la Tortura. Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Croatia, 2014, CAT/C/HRV/CO/4-5, parágrafo 17.

15 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The right to liberty and security of persons with disabilities, adoptadas durante el 14.º período de sesiones, realizado en septiembre de 2015, parágrafo 6.

otro lado, constatada la pertinencia, resulta positivo analizar si estos pronunciamientos han sido suficientes en el sentido de dar una respuesta útil a la interpretación correcta de las normas de la CDPD y a su posterior implementación.

En relación con la pertinencia, creemos que esta se satisface para todos los casos. Uno de los temas más complejos que plantea la CDPD es el reconocimiento de capacidad jurídica a personas con discapacidad en su artículo 12, pues echa por tierra siglos de derecho civil clásico, en el que los seres humanos se dividían en capaces o incapaces, aspecto que fue materia de la primera Observación General. Si bien la temática era ambiciosa, también es cierto que se requería cierta claridad sobre un ámbito con muy poco desarrollo en el derecho. Por ello, varios la han reconocido como un primer mapa hacia las necesarias reformas de capacidad jurídica (Arstein-Kerslake & Flynn, 2016).

Por otro lado, existe un claro diálogo entre la Observación General 1, las *Guidelines* del artículo 14 y la Observación General 5 sobre vida en comunidad.¹⁶ Leídas en conjunto, las tres buscan abordar varias de las regulaciones que deben adoptar los Estados como medidas alternativas al internamiento involuntario y la institucionalización de personas con discapacidad psicosocial, uno de los retos más complejos que plantea la CDPD.

No obstante, respecto a la suficiencia algunos han manifestado la necesidad de clarificar algunos conceptos como las salvaguardas (Martin et al., 2016, p. 15) o la diferencia entre «voluntad y preferencias» que se establece en el tercer inciso del artículo 12 (Szmulker, 2017). Además, las *Guidelines* debieron servir para aterrizar algunas de las ideas y conceptos desarrollados por el propio Comité en su Observación General 1. En ella, el Comité PCD había establecido la prohibición absoluta de restricción de capacidad jurídica por motivo de discapacidad, incluso en el marco de un mecanismo de restricción por enfoque funcional.¹⁷ Dicho criterio se materializó en las ya referidas *Guidelines* con una prohibición absoluta del internamiento involuntario de personas con discapacidad. Algunos, como Minkowitz, han planteado que tal postura era pertinente y necesaria (Minkowitz, 2017, p. 78). No obstante, dado que fija un estándar de protección mayor a lo establecido hasta el momento por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Bartlet, 2012) e incluso otros órganos de Naciones Unidas (Gurbai & Martin, 2018), requería algunas precisiones adicionales de cara a una realidad en la que no existen servicios comunitarios de atención en salud mental mientras que hay personas con discapacidad psicosocial que presentan episodios de crisis y requieren atención psiquiátrica. Ello ha llevado a que la posición del Comité PCD sea criticada por varios por plantear una mirada que no es realista (Dawson, 2015) y que incluso, según algunos, podría resultar perjudicial para las personas con discapacidad (Freeman et al., 2015).

¹⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. 2017, CRPD/C/GC/5.

¹⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 1, 2014, CRPD/C/GC/1, parágrafo 15.

Por otro lado, las Observaciones Generales 2, sobre accesibilidad,¹⁸ y 6, sobre igualdad y no discriminación,¹⁹ abordan un aspecto transversal a toda la Convención: el principio de igualdad y no discriminación. En todo caso, una crítica que se le puede hacer al Comité PCD en la adopción de estas observaciones es no haberlas hecho dialogar más entre sí y, a su vez, con la Observación General 1 del Comité. Si bien cada una analiza un artículo específico, no puede dejarse de lado que, de acuerdo con el artículo 3 de la CDPD, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad son tres de sus principios, y que el artículo 5, aunque concentre el mandato de no discriminación, irradia efectos en otros artículos de la CDPD.

Como señala Cuenca, la CDPD no debe entenderse en la lógica del proceso de especificación de derechos, sino de generalización, en la medida en que se busca que las personas con discapacidad, en tanto seres humanos, gocen del mismo valor y dignidad que el resto de personas (Cuenca, 2012, pp. 36-39). En ese sentido, si bien la CDPD no se construye como una clásica convención «antidiscriminación», su esencia es la de reivindicar una falta de igualdad en el cumplimiento de los derechos hacia el colectivo de personas con discapacidad, y, en esa línea, plantea algunas herramientas y conceptos para nivelar la balanza.

Así, la CDPD protege los actos de discriminación contra las personas con discapacidad. Lo hace a través de las regulaciones del artículo 8, referido a la toma de conciencia. Siguiendo a Bariffi, la principal barrera para lograr la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad es la actitudinal (Bariffi, 2018, p. 230). Y lo hace también a partir de lo que a nuestro juicio constituye el núcleo duro del enfoque de discapacidad: el igual reconocimiento de capacidad jurídica (establecido en el artículo 12 y desarrollado en la Observación General 1); la accesibilidad (establecida como principio en el artículo 3 y como derecho en el artículo 9, y desarrollada en la Observación General 2); los ajustes razonables (definidos en el artículo 2, regulados en el artículo 5, presentes en varios otros artículos de la CDPD y desarrollados en la Observación General 6), y los ajustes en el procedimiento (regulados en el artículo 13 y desarrollados también en la Observación General 6); las medidas específicas o de acción afirmativa (reguladas en el artículo 5 y desarrolladas por la Observación General 6); y las medidas de asistencia personal o apoyos para la vida (previstos de manera imperfecta en el artículo 19), pero fundamentales para vencer las barreras.²⁰

El modelo social busca, por tanto, una aplicación coherente del discurso de los derechos humanos (asentado en los valores de dignidad, autonomía, igualdad, libertad y solidaridad) a las personas con discapacidad, y no una reivindicación de derechos específicos (Cuenca, 2012, pp. 36-39). Al respecto, se debe resaltar la idea de interseccionalidad presente en la CDPD y que es uno de los ámbitos más

18 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 2. Artículo 9: Accesibilidad, 2014, CRPD/C/GC/2.

19 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 6 sobre la igualdad y la no discriminación, 2018, CRPD/C/GC/6.

20 Al respecto, vale la pena revisar la postura de De Asís sobre accesibilidad y su relación con otros derechos (De Asís, 2015, pp. 99-118).

relevantes en la Observación General 3 sobre mujer con discapacidad.²¹ En dicho documento se clarifica la obligación de los Estados de asegurar la igualdad de la mujer con discapacidad en todos los ámbitos. En particular, se señala la obligación de garantizar un marco normativo que establezca «la prohibición de todas las formas de esterilización forzada, aborto forzado y control de la natalidad no consensuado»,²² como interpretación del artículo 23.1.c de la CDPD.

En relación con la Observación General 4 sobre educación inclusiva, esta resulta pertinente por abordar un derecho habilitante para el ejercicio de otros derechos.²³ La Observación General hace mención a la la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, y señala el derecho de las personas sordas «a recibir enseñanza en su propia lengua». ²⁴ No obstante, como resalta Renato Constantino (2016, pp. 135-136), el Comité PCD omite tomar posición acerca de si sería posible mantener educación segregada para las personas sordas. Ello pese a que en los comentarios enviados al borrador de dicha Observación General, la Federación Mundial de Sordos solicitó al Comité el reconocimiento de dicha posibilidad.²⁵

Finalmente, la Observación General 7 está referida a la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, a través de las organizaciones que las representan.²⁶ La Observación General plantea un análisis conjunto de los artículos 4.3 y 33.3, y resulta pertinente, pues la consulta de las personas con discapacidad es una disposición única en los tratados de la familia de Naciones Unidas. A través de la consulta se repara una histórica exclusión hacia las personas con discapacidad y se las hace partícipes de su propio desarrollo (Constantino, 2017, p. 63). Su importancia radica en hacer tangible el principio de plena participación de las personas con discapacidad²⁷ y en cristalizar el famoso lema «nada sobre nosotros sin nosotros» que caracteriza al movimiento de derechos de personas con discapacidad.²⁸

21 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3, 2016.

22 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 3, *op. cit.*, párrafo 63.a.

23 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 13, 1999, E/C.12/1999/10 párrafo 1.

24 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 4, sobre el derecho a la educación inclusiva, 2016, CRPD/C/GC/, párrafo 35.b.

25 Ver <https://2tdzpf2t7hxmqqh3njno1y-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2017/01/WFD-Position-Paper-on-Language-Rights-of-Deaf-Children-7-Sept-2016.pdf>

26 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 7, sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención, 2018, CRPD/C/GC/7.

27 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 7, *op. cit.*, párrafo 27.

28 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General 7, *op. cit.*, párrafo 4.

5. Las comunicaciones individuales analizadas por el Comité PCD

En 10 años de vigor de la CDPD, el Comité PCD ha conocido 24 casos, conforme al detalle de la tabla 2. De ellos, siete han sido declarados inadmisibles. Cuatro de ellos por falta de agotamiento de recursos internos,²⁹ uno por falta de competencia temporal, debido a que los hechos ocurrieron antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo;³⁰ y otro (un supuesto caso de negligencia médica) por la ausencia de pruebas que permitan calificar la denuncia como una que no es «manifiestamente infundada».³¹

En el análisis de admisibilidad, el caso que resulta interesante comentar es la Comunicación 12/2013, A. M. contra Australia. En dicha decisión, el Comité PCD abordó la cuestión sobre la posibilidad de pronunciarse frente a una amenaza de vulneración de un derecho. El caso trata de una persona sorda que, pese a que no había sido nunca elegida miembro del jurado, alegaba que la eligieran, pero no podría asumir dicho cargo debido a la legislación australiana, lo que resultaría discriminatorio. De acuerdo con la Ley del Jurado, los candidatos a esta función son seleccionados e inscritos por una autoridad competente (*sberiff*). La Ley establecía que una persona con discapacidad podía ser dispensada de la función de jurado cuando, si no se realizan ajustes razonables, esta no resulta apta para actuar de manera efectiva como jurado o si está incapacitada para ello. El autor de la comunicación señaló que el *sberiff* sistemáticamente consideraba que las personas sordas que requirieran interpretación a la lengua de señas debían ser dispensadas del desempeño de la función de jurado, pese a que ellas no lo solicitaran.

En sede interna, el autor presentó una denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos de Australia. Frente a dicha denuncia, la autoridad electoral señaló que al momento de determinar si una persona sorda puede ejercer la función de jurado, se deben

sopesar cuestiones complejas, ya que el derecho de las personas con discapacidad a participar en el sistema judicial debe ponderarse frente al importante derecho de los acusados a un juicio imparcial y a la necesidad de preservar la eficiencia y la eficacia del sistema de jurados. Por tanto, la aptitud de una persona para actuar como jurado debe considerarse caso por caso, en función de las circunstancias particulares del juicio, como la naturaleza de las pruebas que se vayan a aportar y los problemas sensoriales que se presenten.³²

Señaló también que la Ley del Jurado prohibía utilizar subtítulo en tiempo real en la deliberación del jurado, dado que ello implicaría que una tercera persona esté presente en un espacio confidencial. En ese sentido, el único ajuste posible sería utilizar sistemas de transmisión que amplifiquen el sonido.³³

29 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 28/2015, Comunicación 14/2013, Comunicación 31/2015 y Comunicación 10/2013.

30 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 6/2011.

31 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 27/2015.

32 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 12/2013, parágrafo 2.5.

33 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 12/2013, parágrafo 2.7.

El autor no judicializó la denuncia. En su opinión, cualquier recurso hubiera sido poco efectivo, pues la legislación antidiscriminatoria en Australia establecía supuestos restringidos para alegar discriminación por discapacidad, y el ejercicio de la función de jurado no era uno de ellos.³⁴ Por esto, el Comité establece que para que una persona pueda ser considerada víctima debe demostrar que, «o bien un acto u omisión del Estado parte correspondiente ha afectado ya negativamente a su ejercicio de dicho derecho, o bien que dicho efecto es inminente, por ejemplo con arreglo a una ley existente o una práctica o decisión de carácter administrativo o judicial».³⁵ En ese sentido, considera que el autor de la comunicación no se encontraba en una situación de «inminencia» que permitiera configurarlo como víctima.

Esta es la primera vez que el Comité PCD analiza una petición en la que se plantea la figura de la víctima potencial. A nivel de sus comités hermanos, el Comité de Derechos Humanos ha abordado la cuestión en al menos dos casos. El primero de ellos es Ballantyne, Davidson, McIntyre contra Canadá, de 1993,³⁶ y el segundo el caso Nicholas Toonen contra Australia, de 1994.³⁷ El hilo argumentativo en estos casos no es claro: en 1993 pareciera ir en la línea de calificar como víctima a aquella cuya situación de vulneración no solo es inminente, sino que deviene de la aplicación de una norma que sanciona determinadas conductas. Sin embargo, en el caso Toonen (donde cabía el mismo razonamiento), esto no se dice, sino que se buscó redirigir la amenaza a una violación real. La línea planteada por el Comité PCD pareciera acercarse más a la idea que el Comité de Derechos Humanos tuvo en 1993, aceptando que pueden considerarse amenazas inminentes, pero falla al no perfilar bien qué entiende por inminencia o si está considerando solo normas que sancionen conductas.

Ahora bien: un aspecto que vale la pena resaltar de la presunta vulneración planteada en la comunicación ante el Comité PCD, es que dicho Comité había resuelto una semana antes, el 8 de abril de 2013, el caso Michael Lockrey contra Australia, que abordaba las mismas cuestiones con la diferencia de que esta era una persona sorda a la que efectivamente el *sheriff* había excluido de la posibilidad de ser jurado.³⁸ Además, el 29 de abril de ese mismo año, el Comité PCD resolvió el caso

34 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 12/2013, parágrafo 2.11.

35 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 12/2013, parágrafo 8.5.

36 En dicho caso, referido a una norma que prohibía a los residentes de Quebec hablar inglés, el Comité señaló que, a pesar de que dos de los autores no habían recibido la notificación de prohibición ni habían sido sancionados, el hecho de pertenecer a una categoría de personas cuyas actividades eran contrarias a la legislación permitía considerarlos como «víctimas» (Comité de Derechos Humanos. Comunicaciones 359/1989 y 385/1989, parágrafo 10.4).

37 En dicho caso, el autor de la comunicación impugnó dos normas del Código Penal, por criminalizar conductas homosexuales. Si bien no había una acusación en su contra, y las normas no habían sido aplicadas en varios años, el autor consideraba que su relación con otro hombre y su activismo contra dichas normas lo llevaban a estimar que su vida privada y su libertad estaban siendo amenazadas por dichas normas. En su decisión, el Comité de Derechos Humanos señaló que el autor había hecho «esfuerzos razonables para demostrar que la amenaza de aplicación y los efectos generalizados del mantenimiento de esas disposiciones sobre las prácticas administrativas y la opinión pública le habían afectado y continuaban afectándole personalmente, y que podían plantear cuestiones previstas en los artículos 17 y 26 del Pacto» (Comité de Derechos Humanos. Comunicación 488/1992).

38 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 13/2013.

Gemma Beasley contra Australia, referido a los mismos hechos.³⁹ Ambos casos fueron declarados fundados, y en ellos, además, el Comité consideró que el ejercicio de la función de jurado se encontraba bajo los alcances del artículo 29 de la CDPD, referido a la participación política. Ahora, pese a que para fines de abril de 2013 el Comité PCD contaba con información que le permitirá inferir que había una práctica sistemática de las autoridades electorales de restringir a las personas sordas el acceso a la función del jurado, llama la atención que en octubre de 2013, fecha en que el Comité emite sus Observaciones Finales para Australia, no se hace ninguna mención al respecto. Ello evidencia el trabajo pendiente en el Comité por abordar los mecanismos de supervisión estatal como un todo integrado, y no como compartimientos estancos que no se retroalimentan.

En relación con los pronunciamientos de fondo, a efectos de sistematizarlos, se han clasificado las decisiones según el problema principal que se aborda en el caso. De esta manera, como se verá en el análisis, el grueso de los casos vistos por el Comité PCD (todos, salvo uno) entrañan un problema de igualdad y no discriminación, y en esa medida estamos frente a casos que pueden clasificarse como: discriminación directa en el ejercicio de algún derecho, falta de reconocimiento de capacidad jurídica, falta de accesibilidad, denegación de ajustes razonables o ajustes en el procedimiento, incumplimiento de medidas específicas o de acción afirmativa, y ausencia de medidas de asistencia personal. De los 17 casos resueltos, dos han sido declarados infundados y 15 fundados al menos parcialmente.

El primero de los casos infundados es el relativo a la falta de aplicación de una medida específica (cuota laboral) en concursos públicos. De acuerdo con el Comité PCD, el autor de la comunicación no aportó elementos suficientes que permitieran rebatir las decisiones del tribunal nacional.⁴⁰ El segundo de ellos, más interesante en su análisis, es un caso de ajustes razonables, donde una persona ciega denuncia que un organismo público (el Organismo de la Seguridad Social) no valoró adecuadamente la posibilidad de otorgarle ajustes y que dicha situación no fue analizada correctamente por el Tribunal del Trabajo. En su decisión, el Comité PCD señala de manera general que «el Tribunal del Trabajo evaluó exhaustiva y objetivamente todos los elementos presentados por la autora y por el Organismo de la Seguridad Social antes de llegar a la conclusión de que las medidas de apoyo y adaptación recomendadas por el Defensor [de la Igualdad] constituirían una carga indebida para el Organismo de la Seguridad Social».⁴¹ Además, el Comité PCD consideró que la autora no había presentado ninguna prueba para concluir que la evaluación del Tribunal del Trabajo fue arbitraria.⁴²

El caso se vuelve más interesante debido a la adopción de un voto conjunto disidente (el único en la historia del Comité PCD) de los comisionados Carlos Ríos Espinosa, Theresia Degener, Munthian Buntan, Silvia Judith Quan Chang y María Soledad Cisternas Reyes. En dicho voto, señalan que se debió evaluar si las diferentes

39 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 11/2013.

40 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 9/2012.

41 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 5/2011, parágrafo 10.6.

42 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 5/2011, parágrafo 10.6.

opciones de ajuste planteadas por el defensor de la Igualdad sueco para que la autora pudiera desempeñar sus funciones laborales no resultaban razonables.⁴³ Vale la pena resaltar también que, a juicio de estos comisionados, este análisis no implicaría que el Comité PCD actúe como una tercera o cuarta instancia⁴⁴ (objeción bastante común a los organismos de derechos humanos desde una perspectiva de subsidiariedad). Aunque esto no se encuentra bien justificado en el voto, de alguna manera la noción de ajuste razonable y la necesidad de hacer ese análisis de razonabilidad en el ejercicio de cada derecho protegido por la CDPD plantearían una necesaria y legítima injerencia del organismo internacional en el órgano jurisdiccional interno. Lo contrario implicaría vaciar de contenido la protección del ajuste razonable.

Finalmente, respecto a las 15 comunicaciones declaradas fundadas, como puede verse en la tabla 2, seis de ellas están vinculadas a accesibilidad y, de estas, tres se vinculan con el derecho a la participación previsto en el artículo 29. Como ya se reseñó, dos versan sobre las exclusiones a las personas sordas para ejercer la función de jurado en Australia.⁴⁵ La otra comunicación está referida al pedido de una persona con discapacidad física y sensorial de voto electrónico en Australia, por considerar que la asistencia humana no garantizaba verdadera imparcialidad.⁴⁶ En su decisión, el Comité valida el derecho de las personas con discapacidad a poder emitir un voto de manera confidencial y resalta la importancia de la tecnología de la información y las comunicaciones para promover la participación plena y en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad en la sociedad.⁴⁷

Las otras comunicaciones referidas a accesibilidad versan sobre accesibilidad en el transporte público por falta de un sistema de audio,⁴⁸ accesibilidad en la vía pública para ingresar en un domicilio privado,⁴⁹ y sobre la accesibilidad de los cajeros electrónicos para personas ciegas.⁵⁰ En todos estos casos, además, el Comité PCD retoma lo planteado en la Observación General 2, en el sentido de que la accesibilidad plantea un carácter *ex ante*. Además, en algunas de estas comunicaciones el Comité PCD recuerda también la Observación General 2 señalando que se trata de un deber incondicional, por lo que «la entidad obligada a asegurarla no puede excusarse en la carga que supone proporcionar acceso a las personas con discapacidad».⁵¹ Esto es particularmente interesante en el caso Simon Bacher contra Austria, relativo al pedido al municipio de establecer un ingreso alternativo a la vivienda de una persona con discapacidad física, lo que implicaba remodelaciones a zonas de uso común con otros vecinos. En este caso, adoptado en 2018, de manera posterior

43 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 5/2011, voto conjunto disidente de Carlos Ríos Espinosa, Theresia Degener, Munthian Buntan, Silvia Judith Quan Chang y María Soledad Cisternas Reyes, parágrafo 1.

44 *Ibidem*, parágrafo 2.

45 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicaciones 11/2013 y 13/2013.

46 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 19/2014.

47 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 19/2014, parágrafo 8.6.

48 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 21/2014.

49 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 26/2014.

50 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 1/2012.

51 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 19/2014, parágrafo 8.8.

a la Observación General 2 y 6, el Comité PCD señala, en el marco de su análisis de accesibilidad, que:

[...] según el artículo 2 de la Convención, tal vez sea preciso introducir ajustes razonables, como modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, incluido su derecho a la accesibilidad.

Este pronunciamiento permite retomar un debate académico en torno a los límites entre las medidas de accesibilidad y ajuste razonable.⁵² Pero, más allá de la posición que se tome (que no es objeto de este artículo), lo cierto es que el Comité PCD estaría aceptando que la accesibilidad tiene límites, y hubiera sido deseable remarcarlos, para tener claridad respecto de qué es incondicional (en términos de la Observación General 2) y qué puede ser negociado, en los términos del ajuste razonable.

Dos de los casos están referidos a situaciones de discriminación directa contra personas con albinismo en Tanzania.⁵³ Los casos llegaron al Comité PCD por falta de investigación y sanción por las autoridades, lo que ha tolerado vulneraciones a su integridad física. En ese sentido, si bien la afectación a la integridad física se produce por discriminación directa,⁵⁴ correspondía al Comité PCD analizar si la denegación de acceso a la justicia también se daba por esta causa. Ello más aún si se toma en consideración que uno de estos casos (la Comunicación 23/2014) fue dictaminado el 31 de agosto, y para mayo de 2018 había cerrado el período de envío de cuestionarios que alimentarían el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de los derechos humanos de las personas con albinismo sobre acceso a la justicia.⁵⁵ El Comité PCD debía saber de la elaboración de este informe y de los indicios que habría sobre prácticas sistemáticas de denegación del derecho de acceso a la justicia de personas con albinismo.

En relación con las comunicaciones relativas a falta de reconocimiento de capacidad jurídica, en esta investigación se están considerando solo dos comunicaciones referidas a este tema, aunque en estricto (atendiendo a los derechos declarados vulnerados por el Comité PCD), debieran ser tres. El primero de ellos se trata de un caso de falta de garantía del derecho al voto de personas con discapacidad psicosocial en Hungría,⁵⁶ que en su momento fue importante por ser el primer documento

52 Al respecto, ver De Asís, 2013, pp. 99-118; Pérez Bueno, 2012, p. 161.

53 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicaciones 22/2014 y 23/2014.

54 Sobre la relación entre las afectaciones a los derechos de las personas con albinismo y prácticas tradicionales relacionadas con brujería, ver el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de los derechos humanos de las personas con albinismo: estudio preliminar sobre las causas fundamentales de los ataques y la discriminación contra las personas con albinismo, 2016, A/71/255.

55 Puede verse el cuestionario en el siguiente enlace: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Albinism/Access_to_Justice_Questionnaire.docx

56 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 4/2011.

emitido por el Comité PCD en el que se empezaba a vislumbrar el sentido de la protección del artículo 12 de la CDPD. El segundo caso tiene que ver con la declaratoria de incapacidad y la restricción a su derecho a comparecer en un juicio de una persona con discapacidad psicosocial acusada de cometer delitos.⁵⁷ La decisión también resulta novedosa en el actual contexto del desarrollo del artículo 12, pues aborda el «lado malo» del artículo 12, aquel que no tiene que ver con el ejercicio de derechos, sino con los deberes y las consecuencias de su incumplimiento.

El tercer (supuesto) caso versa sobre una mujer que luego de un accidente automovilístico adquiere una discapacidad severa que le impide comparecer en el juicio sobre la determinación de responsabilidades del accidente.⁵⁸ En tal situación, ella solicitó por escrito a la comisaría que se le informe sobre el estado del procedimiento, lo cual fue ignorado. Asimismo, dado que no podía comparecer a las audiencias en el Poder Judicial ni contratar a un abogado, solicitó que la fiscalía asumiera su defensa, lo cual fue rechazado por el juez.⁵⁹ Por ello, se consideró que el juez y el fiscal favorecieron constantemente a la parte acusada.

En sus deliberaciones sobre el fondo, el Comité PCD aborda las obligaciones del artículo 13, referidas a acceso a la justicia. Ello sin duda es correcto, ya que el principal problema de este caso estaría en torno al no otorgamiento de ajustes en el procedimiento a una persona que no podía participar en las diligencias de la misma manera que una persona que no se encuentra en situación de discapacidad. Sin embargo, el Comité PCD también hace referencia al artículo 12.3 concerniente al deber de los Estados de brindar apoyos para el ejercicio de capacidad jurídica. A nuestro juicio, en este caso no hubo falta de reconocimiento de capacidad jurídica por razón de discapacidad.⁶⁰ Hubo falta de adecuación de la lógica del proceso a una realidad de discapacidad, lo que impidió el ejercicio de su derecho a la justicia. En todo caso, no se desprende de los hechos del caso que ella haya dejado de ser parte del proceso judicial, lo que sí hubiera implicado un desconocimiento de su capacidad jurídica.

En relación con los otros dos casos de ajuste razonable, estos tienen que ver con el pedido de ajustes para el acceso a terapias de rehabilitación. Uno de ellos trata sobre una persona con discapacidad detenida en un centro penitenciario que solicita la variación de su detención por prisión domiciliaria para poder acceder a las terapias que requiere.⁶¹ Si bien en el caso también se determina la falta de accesibilidad del centro penitenciario, consideramos que la pretensión principal es la del ajuste razonable, justamente porque las condiciones de accesibilidad no están dadas. El otro es un caso vinculado a una solicitud de modificación de permisos de construcción en una zonificación urbana, a efectos de construir una piscina que permita la rehabilitación del autor.⁶²

57 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 7/2012.

58 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 30/2015.

59 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 30/2015, párrafos 2.3 a 2.6.

60 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 30/2015, párrafo 7.4.

61 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 8/2012.

62 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 3/2011.

Si bien en el primer caso el Comité PCD resuelve a favor del autor, su análisis resulta sumamente genérico, sin entrar a analizar la viabilidad de la medida de ajuste y las posibles argumentaciones de carga indebida. Justamente aquello que se solicitó en la Comunicación 5/2011 contra Suecia es también lo que falla en esta decisión: criterios para determinar la razonabilidad de una medida. Por el contrario, el Comité PCD ordena al Estado que realice los ajustes necesarios en el lugar de detención, sin detenerse a explicar por qué la prisión domiciliaria no es viable.

El Comité PCD también ha abordado un caso sobre medidas específicas, en el que se criticó el modelo de subsidios para la inclusión laboral en Alemania. El caso es interesante porque el Comité PCD determina que el sistema, en apariencia inclusivo, termina alimentando un modelo médico de la discapacidad, en el que esta es considerada algo temporal que puede desaparecer.⁶³

Por último, solo una de las comunicaciones resueltas por el Comité PCD no es —al menos no a partir de lo que se desprende de las consideraciones de dicho órgano— una que entrañe una situación de discriminación por discapacidad. Se trataría más bien de un caso referido a la afectación de derechos de una persona con discapacidad, sin que quede acreditado que dicha vulneración se produjo (directa o indirectamente) por motivo de discapacidad. Es el caso Munir Al Adam contra Arabia Saudita,⁶⁴ en el que el autor, persona con discapacidad auditiva, estando detenido, fue torturado por las fuerzas de seguridad sauditas. Estas lesiones, sumadas a la denegatoria de tratamiento, le generaron la pérdida total de la audición.

⁶³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 2/2010.

⁶⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Comunicación 38/2016.

Tabla 2
Comunicaciones individuales resueltas por el Comité PCD 2008-2018

Nº	Comunicación	Estado	Decisión del Comité	Derechos declarados vulnerados	Problema principal del caso
1	Comunicación 38/2016	Arabia Saudita	Fundado	Artículo 13.1, leído por separado y junto con los artículos 4, 15, 16 y 25	Vulneración de un derecho a una persona con discapacidad (no es un caso de igualdad y no discriminación)
2	Comunicación 23/2014	Tanzania	Fundado	Artículos 5, 7, 8, 15, 16 y 17, leídos por separado y junto con los artículos 4 y 24	Discriminación directa
3	Comunicación 26/2014	Austria	Fundado	Artículo 9 en relación con el artículo 3	Accesibilidad
4	Comunicación 28/2015	Suecia	Inadmisible		
5	Comunicación 30/2015	Lituania	Fundado	Artículos 12.3 y 13.1	Ajustes en el procedimiento
6	Comunicación 22/2014	Tanzania	Fundado	Tortura y falta de acceso a la justicia, en relación con el principio de no discriminación	Discriminación directa
7	Comunicación 14/2013	Australia	Inadmisible		
8	Comunicación 27/2015	Reino Unido	Inadmisible		
9	Comunicación 31/2015	Suecia	Inadmisible		
10	Comunicación 7/2012	Australia	Fundado	Artículos 5.1 y 5.2; 12.2 y 12.3; 13.1; 14.1.b y 15	Capacidad jurídica
11	Comunicación 13/2013	Australia	Fundado	Participación política en relación con el principio de no discriminación	Accesibilidad
12	Comunicación 12/2013	Australia	Inadmisible		

El Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: un balance en sus primeros 10 años de existencia

Nº	Comunicación	Estado	Decisión del Comité	Derechos declarados vulnerados	Problema principal del caso
13	Comunicación 11/2013	Australia	Fundado	Participación política en relación con el principio de no discriminación	Accesibilidad
14	Comunicación 19/2014	Australia	Fundado	Participación política en relación con el principio de no discriminación	Accesibilidad
15	Comunicación 21/2014	Austria	Fundado	Artículos 19 y 20	Accesibilidad
16	Comunicación 9/2012	Italia	Infundado	Derecho al trabajo	Medidas específicas
17	Comunicación 5/2011	Suecia	Infundado	Artículos 5 y 27	Ajuste razonable
18	Comunicación 6/2011	Reino Unido	Inadmisible		
19	Comunicación 10/2013	Brasil	Inadmisible		
20	Comunicación 8/2012	Argentina	Fundado	Artículos 9.1.a y 9.1.b; 14.2 y 17	Ajustes razonables
21	Comunicación 1/2010	Hungría	Fundado	Artículo 9.2.b	Accesibilidad
22	Comunicación 2/2010	Alemania	Fundado	Artículo 27.1.d, e y h, leído junto con el artículo 3.a, b, c y e; artículo 4.1 a y b; y artículo 5.1	Medidas específicas
23	Comunicación 4/2011	Hungría	Fundado	Artículo 29, leído por separado y junto con el artículo 12	Capacidad jurídica
24	Comunicación 3/2011	Suecia	Fundado	Artículos 5.1, 5.3, 19.b, 25 y 26, leídos por separado y junto con los artículos 3.b, d y e; y 4.1.d	Ajustes razonables

Elaboración propia.

6. El procedimiento frente a violaciones graves y sistemáticas

El Comité CDPD, de acuerdo con el artículo 6 del Protocolo Facultativo a la CDPD, tiene la posibilidad de realizar informes cuando exista información confiable sobre violaciones sistemáticas a los derechos garantizados por el tratado.

Este procedimiento no es único del Comité CDPD sino que también está reconocido para el resto de comités de la familia de Naciones Unidas, con excepción del Comité de Derechos Humanos y el Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Como se sabe, esta modalidad no busca investigar violaciones individuales, sino la amplitud de esas prácticas violatorias para, de llegar el caso, formular recomendaciones al Estado en cuestión con miras a prevenir futuras violaciones a los convenios. Son tres las características de este procedimiento: (i) tienen carácter confidencial a lo largo de todo el procedimiento, incluso al momento del informe final; (ii) la investigación de oficio solo se iniciará si el Comité recibe información fiable (de fuente gubernamental o no gubernamental) que indique una práctica sistemática de violación de los derechos consagrados en la respectiva convención; y, (iii) la investigación de oficio se realizará en estrecha colaboración con el Estado en cuestión. En el caso en cuestión, ante el recibimiento de la información, el Comité designa a un integrante o integrantes para que lleven a cabo la investigación. Para ello, tales miembros, con el consentimiento del Estado involucrado, podrán realizar una visita *in loco*.⁶⁵ Luego de ello, el Comité emite un informe con conclusiones y recomendaciones que es enviado al Estado.⁶⁶ Posteriormente, el Estado cuenta con seis meses para presentar sus observaciones al Comité.⁶⁷

En el caso del Comité CDPD, se han emprendido dos investigaciones para esta clase de situaciones. Una de ellas fue con respecto al Reino Unido y los efectos de los cambios en sus políticas de protección y seguridad social para personas con discapacidad desde el año 2010. Como se sabe, a partir del año 2009, diferentes Estados europeos redujeron significativamente el monto de dinero destinado a la realización de derechos sociales. En varios casos, esto incluyó la modificación de los marcos jurídicos que determinaban quiénes podían acceder a esos derechos. Ello, evidentemente, involucraba un retroceso con respecto a los derechos sociales (Nolan, A., O'Connell, R., & Harvey, 2013). Adicionalmente, para el caso de personas con discapacidad, esto conllevó la reducción de pensiones y ayudas sociales destinadas a este colectivo.

Ante dicha situación, el Comité decidió iniciar una investigación por los derechos contenidos en los artículos 19 (vida en comunidad), 27 (trabajo) y 28 (adecuado nivel de vida y protección social). Para ello, integrantes del Comité visitaron el Reino Unido del 12 al 23 de octubre de 2015⁶⁸ y, luego, elaboraron un informe en el cual

65 Artículo.6.2 del Protocolo Facultativo a la CDPD.

66 Artículo 6.3 del Protocolo Facultativo a la CDPD.

67 Artículo 6.4 del Protocolo Facultativo a la CDPD.

68 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland carried out by the Committee under article 6 of the Optional Protocol to the Convention*. CRPD/C/15/R.2/Rev.1, párrafo. 49.

plantearon que el Reino Unido no había tomado en cuenta el impacto diferenciado de las reformas a la seguridad social.⁶⁹ En específico, el Comité tomó como verdaderas las cifras que proyectaban que 26 000 personas habían perdido acceso a pensiones por discapacidad a partir de las reformas.⁷⁰ Otros impactos también incluían la reducción en el acceso a servicios para el acceso a la vivienda o a la asistencia personal.

El esfuerzo realizado por el Comité es particularmente importante para países desarrollados que limitaron sus esquemas de protección social a partir de la crisis de 2009. No obstante, extraña que no se haya realizado un esfuerzo similar con respecto a la situación de los derechos de las personas con discapacidad en países en vías de desarrollo que también enfrentan situaciones sistemáticas de discriminación y exclusión en el acceso a derechos.

La segunda situación que ha iniciado el Comité ha sido respecto de España con relación al derecho a la educación de personas con discapacidad.⁷¹ En septiembre de 2014, el Comité recibió la información de violaciones graves y sistemáticas del artículo 24 de la CDPD relativo a la educación inclusiva. En 2015 se constituyó un grupo de trabajo, y en 2017 se realizó una visita *in loco* a España.

En el informe final, el Comité explica el marco teórico y analiza las deficiencias normativas y prácticas del derecho a la educación inclusiva en España, enfatizando que tales deficiencias afectan a alrededor del 20 % de las personas con discapacidad de tal país.⁷² Además, el Comité reitera su postura sobre la prohibición de la segregación y, como en el caso del Reino Unido, llama la atención sobre los ajustes presupuestales que han llevado a la disminución de la provisión de apoyos para personas con discapacidad, en este caso, en el ámbito educativo. También se resaltan ciertos proyectos educativos con verdadero enfoque inclusivo, aunque se reconoce que son «de frágil sostenibilidad».⁷³

Vale la pena resaltar que el Comité también analiza pronunciamientos judiciales, incluyendo los del Tribunal Constitucional, y señala que «reflejan una falta de conocimiento del significado y propósito de los principios de la Convención en materia de educación inclusiva».⁷⁴ Tal reproche debería motivar a los magistrados a comprender mejor las disposiciones de la CDPD, aunque es claro que el lenguaje del informe dista de ser una invitación al diálogo.

7. Conclusiones y retos pendientes

El trabajo del Comité PCD es sin duda perfectible. En honor a la verdad, algunas de nuestras críticas lo trascienden, y son críticas a un sistema y un *modus operandi*

69 *Ibidem*, parágrafo 75.

70 *Ibidem*, parágrafo 79.

71 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo, 2017, CRPD/C/20/3.

72 *Ibidem*, parágrafo 23.

73 *Ibidem*, parágrafo 48.

74 *Ibidem*, parágrafo 70.

que él también comparte. Estas están referidas, principalmente, al carácter breve de sus decisiones, a la falta de un análisis exhaustivo, similar al que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, desde su creación los órganos de Naciones Unidas han sido escuetos en sus pronunciamientos. Pedir un cambio a estas alturas, aunque deseable, puede que no sea realista.

En todo caso, para apuntar en positivo, algo que sí puede resaltarse del trabajo del Comité es que ha estado atento a los principales debates en discapacidad (no solo teóricos, sino también prácticos), y ha emitido pronunciamientos que, aunque imperfectos, han permitido llamar la atención sobre un problema. De esta manera, si bien el Comité PCD no ha dado todas las respuestas, al menos ha clausurado algunas puertas dejando en claro que ese no es el camino de la implementación del modelo social.

En ese escenario, habiéndose establecido algunas hojas de ruta, le toca al Comité PCD la difícil tarea de dialogar con sus pares y adoptar criterios uniformes. La existencia de distintos estándares en materia de derechos humanos es un tema complejo y delicado, tanto desde el punto de vista teórico como en la práctica. El hecho de que no existan coincidencias entre órganos de derechos humanos en la aplicación de derechos genera confusión en los Estados. Frente a eso, sin embargo, la CDPD es la única convención que cuenta con un artículo que obliga a su comité a uniformar criterios: el artículo 38. Los debates sobre internamiento involuntario, presentados someramente en este artículo, pueden ser un buen punto de partida. Le deberán seguir debates sobre la interseccionalidad de la discapacidad con otros criterios de vulnerabilidad, como el género o la situación migratoria. Asimismo, será necesario que en algún momento el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se plantee cómo promover el aborto en los Estados, sin que la despenalización del aborto eugenésico genere una reducción en los nacimientos de personas con discapacidad.

Pero la transversalización de la discapacidad no debe darse solo en los temas álgidos. Unificar criterios es necesario. Sin embargo, también lo es que todos los comités empiecen a considerar la variable discapacidad en sus informes periódicos, y a analizarla en sus Observaciones Finales. De igual manera, es necesario que las Observaciones Generales que se emitan hagan el esfuerzo de interpretar el derecho en cuestión desde un enfoque de discapacidad.

Finalmente, es preciso articularse con los mandatos especiales (temáticos y geográficos). Solo de este modo se podrá brindar una protección integral, y solo así los Estados recibirán un mensaje coherente para el adecuado cumplimiento de los derechos humanos.

Referencias

Libros y artículos

Arstein-Kerslake, A. & Flynn, E. (2016). The general comment on article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law. *20 The International Journal of Human Rights*, pp. 471-490.

Bariffi, F. (2018). Article 8: 'Awareness-Raising'. Bantekas, I., Ashley Stein, M., & Anastasiou, D. (Eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary* (pp. 229-257). Oxford.

Bartlett, P. (2012). A mental disorder of a kind or degree warranting confinement: examining justifications for psychiatric detention. *16 The International Journal of Human Rights*, pp. 31-44.

Biel, I (2011). *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*. Tirant lo blanch.

Brogna, P. (2009). Las representaciones de la discapacidad: la vigencia del pasado en las estructuras sociales presentes. En Brogna, P. (Comp.), *Visiones y revisiones de la discapacidad* (pp. 157-187). México: Fondo de Cultura Económica.

Constantino, R. (2017). La otra consulta: el derecho a la consulta de las personas con discapacidad. Tesis de maestría. Disponible en <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/10041>

Constantino, R. (2016). Juntos y revueltos: evolución, justificación y debates de la educación inclusiva en el derecho internacional de los derechos humanos. *Anuario de Investigación del CICAJ*, pp. 111-158.

Cuenca, P. (2012). *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*. Madrid: Universidad de Alcalá.

Dawson, J. (2015). A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD. *40 International Journal of Law and Psychiatry*, pp. 70-79.

De Asís, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Dykinson

De Lorenzo, R., & Palacios, A. (2008). Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional. En Laorden, J. (Dir.), *Los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid: Lerko.

Freeman, M. C., Kolappa, K., De Almeida, J. M. C., Kleinman, A., Makhasvili, N., Phakathi, S., Saraceno, B., & Thotnicroft, G. (2015), Reversing hard won victories in the name of human rights: a critique of the General Comment on Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *2 The Lancet Psychiatry*, pp. 844-850.

Guernsey, K. (2018). Article 34: Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Bantekas, I., Ashley Stein, M., & Anastasiou, D. (Eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A commentary*. Oxford, pp. 1012-1037.

Gurbai, S., & Martin, W. (2018). *Is involuntary placement and non-consensual treatment ever compliant with UN human rights standards? A Survey of UN Reports (2006-2017)*.

Lord, J. E. (2010). Shared understanding or consensus-masked disagreement? The anti-torture framework in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *33 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev* 57.

Martin, W., Michalowski, S., Stavert, J., Ward, A., Keene, A. R., Caughey, C., Hempsey, A., & McGregor, R. (2016). *Three jurisdictions report. Towards compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK.*

Mental Disability Advocacy Center. (2011). *Building the Architecture for change: Guidelines on article 33 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.* Hungría: MDAC.

Minkowitz, T. (2017). CRPD and transformative equality. *13 International Journal of Law in Context*, pp. 77-86.

Nolan, A., O'connell, R., & Harvey, C. (2013). *Human rights and public finance: budgets and the promotion of economic and social rights.* Oxford: Hart Publishing.

Oliver, M., & Barnes, C. (2012). *The new politics of disablement.* Londres: Palgrave.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* Madrid: Cinca.

Pérez Bueno, L. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En Pérez Bueno, L (Dir.), *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España.* Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. Madrid: Ediciones Cinca

Szmukler, G. (2017). The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: «Rights, will and preferences» in relation to mental health disabilities. *54 International Journal of Law and Psychiatry*, pp. 90-97.

Documentos de Naciones Unidas

Ad Hoc Committee on a Comprehensive and Integral International Convention on Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities. (2005). *Monitoring implementation of the international human rights instruments: an overview of the current treaty body system. Adoptado en el quinto período de sesiones.*

Comité contra la Tortura (2014). Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Croatia, CAT/C/HRV/CO/4-5

Comité contra la Tortura. (2016a). Concluding observations on the fifth periodic report of China. CAT/C/CHN/CO/5'.

Comité contra la Tortura. (2016b). Concluding observations on the fourth periodic report of Azerbaijan. CAT/C/AZE/CO/4'

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999). Observación General 13. El derecho a la educación (artículo 12 del Pacto), E/C.12/1999/10.

Comité de Derechos Humanos. (1993a). Comunicación 359/1989, CCPR/C/47/D/359/1989.

El Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad: un balance en sus primeros 10 años de existencia

Comité de Derechos Humanos. (1993b). Comunicación 385/1989, CCPR/C/47/D/385/1989.

Comité de Derechos Humanos. (1994). Comunicación 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.

Comité de Derechos Humanos. (2014). Observación General 35, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2012a). Comunicación 3/2011, CRPD/C/7/D/3/2011

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2012b). Comunicación 6/2011, CRPD/C/8/D/6/2011

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2012c). Comunicación 10/2013, CRPD/C/8/D/6/2011

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2012d). Observaciones Finales a Perú, CRPD/C/PER/CO/1

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2012e). Observaciones Finales a Argentina, CRPD/C/ARG/CO/1

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2013a). Comunicación 4/2011, CRPD/C/10/D/4/2011

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2013b). Comunicación 1/2012, CRPD/C/9/D/1/2010

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014a). Observación general Nº 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. CRPD/C/GC/1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014b). Observación general Nº 2. Artículo 9: Accesibilidad. CRPD/C/GC/2.

2014c Informe del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre su 12º período de sesiones (15 de septiembre a 3 de octubre de 2014). CRPD/C/12/2.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014d). Comunicación 5/2011, CRPD/C/12/D/5/2011

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014e). Comunicación 8/2012, CRPD/C/11/D/8/2012

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014f). Comunicación 2/2010, CRPD/C/D/2/2010

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015a). Comunicación 30/2015, CRPD/C/18/D/30/2015

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015b). Comunicación 21/2014, CRPD/C/14/D/21/2014

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015c). Comunicación 9/2012, CRPD/C/13/D/9/2012

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015d). Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities The right to liberty and security of persons with disabilities.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2015e). Comunicación 12/2013, CRPD/C/13/D/12/2013

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016a). Observación General. 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. CRPD/C/GC/3.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016b). Observación general 4 sobre el derecho a la educación inclusiva. CRPD/C/GC/4.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016c). Comunicación 7/2012, CRPD/C/16/D/7/2012

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016d). Comunicación 11/2013, CRPD/C/15/D/11/2013

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016e). Comunicación 13/2013, CRPD/C/15/D/13/2013

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2016f). Inquiry concerning the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland carried out by the Committee under article 6 of the Optional Protocol to the Convention. CRPD/C/15/R.2/Rev.1.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017a). Observación general 5 sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. CRPD/C/GC/5.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017b). Comunicación 22/2014, CRPD/C/18/D/22/2014

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017c). Comunicación 14/2013, CRPD/C/17/D/14/2013

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017d). Comunicación 27/2015, CRPD/C/17/D/27/2015

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017e). Comunicación 28/2015, CRPD/C/18/D/28/2015

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017f). Comunicación 31/2015, RPD/C/17/D/31/2015

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2017g). Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo. CRPD/C/20/3

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018a). Comunicación 19/2014, CRPD/C/19/D/19/2014.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018b). Comunicación 26/2014, CRPD/C/19/D/26/2014.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018c). Observación general 6 sobre la igualdad y la no discriminación. CRPD/C/GC/6.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018d). General comment 7 on the participation of persons with disabilities, including children with disabilities, through their representative organizations, in the implementation and monitoring of the Convention, CRPD/C/GC/7.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2018e). Comunicación 23/2014, CRPD/C/20/D/23/2014.

Consejo de Derechos Humanos. (2009). Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, A/HRC/13/29.

Experta Independiente sobre el disfrute de los derechos humanos de las personas con albinismo: estudio preliminar sobre las causas fundamentales de los ataques y la discriminación contra las personas con albinismo, 2016, A/71/255.

Otros documentos

European Union Agency for Fundamental Rights. (2016). Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights concerning requirements under Article 33 (2) of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities within the EU context. Vienna: FRA, 2016.

DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

Pasado, presente y futuro del derecho internacional económico en el Perú

Víctor Saco Chung

Sumilla

Con motivo del centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP, este artículo hace un recuento histórico del derecho internacional económico en el Perú, analizando cómo nuestro país ha acompañado la creación de esta rama del derecho internacional moderno desde la Segunda Guerra Mundial y las Conferencias de Bretton Woods hasta la actualidad, y planteando retos para el futuro.

1. Introducción

El derecho internacional económico es la rama del derecho internacional que se ocupa de las relaciones jurídicas económicas internacionales, en principio, entre actores públicos como organizaciones internacionales y Estados (Lowenfeld, 2003, p. 3), pero también de personas privadas, empresas o personas naturales, sea que estén regidas por reglas de derecho privado, derecho internacional público o, incluso, el llamado derecho transnacional.

De esta forma, esta rama del derecho estudia las disposiciones de un tratado en las que un Estado se compromete a cumplir frente a otro y otros Estados ciertas medidas relacionadas con la liberalización del comercio internacional. Un ejemplo de esto se aprecia en las disposiciones de los famosos TLC o tratados de libre comercio (Cantuarias & Stuchi, 2008).

El derecho internacional económico también se ocupa de estudiar aspectos privados del comercio internacional; por ejemplo, reglas emitidas por organizaciones internacionales propiamente dichas o entidades privadas que ofrecen modelos de contratos internacionales o recogen los usos y costumbres internacionales en materia de contratos y prácticas privadas de comerciantes internacionales o empresas multinacionales. Aquí tenemos como ejemplo los INCOTERMS desarrollados y promovidos por la Cámara de Comercio Internacional.

Sea derecho internacional público o privado, la temática regulada será económica. En este punto, de manera meramente académica, y sin que sea una categorización excluyente, podríamos agrupar las materias del derecho internacional económico en derecho del comercio internacional, derecho internacional financiero, derecho internacional de las inversiones y las transacciones internacionales.

El derecho del comercio internacional se ocupa del estudio de las reglas del derecho internacional público que regulan medidas a las que los Estados se comprometen para facilitar el comercio internacional: reducir la tasa de impuestos al ingreso de productos extranjeros en sus territorios (aranceles), inhibirse de prohibir el ingreso de productos (en general, pues existen algunos que pueden estar claramente prohibidos) o privarse de aceptar solo una cantidad limitada de un producto, abstenerse de solicitar requisitos o impuestos internos discriminatorios, inhibirse de adoptar y aplicar medidas arbitrarias o desproporcionadas que limiten el comercio internacional, entre otras medidas (Cottier & Oesch, 2005, pp. 2 y ss.).

El derecho internacional financiero se encarga de estudiar los acuerdos internacionales de préstamos directos entre Estados, o entre una organización internacional como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial y un Estado. Pero también de las regulaciones no necesariamente derivadas de un tratado como las medidas sugeridas por el Comité de Supervisión de Bancos de Basilea del Banco Internacional de Pagos (Banco de Pagos Internacionales, 2019; Ustáriz, 2003, por ejemplo).

El derecho internacional de las inversiones estudia los estándares de protección a los que se ha comprometido un Estado respecto a los nacionales de otro Estado con el que ha suscrito un acuerdo internacional de inversiones, sea este acuerdo de tipo bilateral o multilateral (Álvarez, 2009, pp. 27 y ss.). Entre estos estándares o derechos, los Estados se han comprometido a tratar a los inversionistas extranjeros que tengan una inversión de manera justa y equitativa, no expropiarlos de manera directa o indirecta sin cumplir con ciertos requisitos indicados en el tratado y, entre otros, a solucionar sus diferencias con los inversionistas ante un tribunal arbitral internacional.

El derecho de las transacciones internacionales se encarga de estudiar las reglas generadas entre privados para regular sus relaciones de comercio e inversiones; por ejemplo, los contratos de compraventa internacional o los contratos para iniciar proyectos de inversión con capital extranjero (Chow & Schoenbaum, 2010, pp. 23 y ss.). Muchas de estas reglas, al ser generadas por privados, dependen de cada contrato; por su reiterancia, muchas se han estandarizado, dando lugar, por ejemplo, a los INCOTERMS elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, de forma que se cuenta con modelos de contratos (INCOTERMS) que regulan las obligaciones de vendedor y comprador en el comercio internacional respecto a seguros, transporte, pagos de aranceles, entre otros. En estas transacciones internacionales también intervienen el derecho interno (derecho internacional privado) y disposiciones emitidas por especialistas internacionales agrupados en asociaciones y organizaciones internacionales como UNIDROIT o CNUDMI.

Por motivos de espacio, en este trabajo solo abordaremos temas de derecho del comercio internacional y del derecho internacional de las inversiones. Principalmente, porque el objetivo de este documento es evidenciar la relación que ha tenido el Perú como Estado —es decir, como sujeto de derecho internacional público— con el derecho internacional en el período de los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). No obstante, es cierto que, en el marco de las transacciones internacionales, existen algunos acuerdos como la Con-

vención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, justamente negociada en el seno de la CNUDMI.

De esta forma, analizaremos estas ramas del derecho internacional económico y la participación del Perú en ellas durante el período 1945-2019. Si bien es cierto que la Facultad de Derecho de la PUCP, que motiva este trabajo, inicia sus labores formativas en 1919, como lo es también que se pueden encontrar relaciones comerciales internacionales previas a este año, es importante resaltar que el moderno derecho internacional económico nace con las reuniones de Bretton Woods al finalizar la Segunda Guerra Mundial. De tal forma, este trabajo se compone de tres partes: pasado, presente y futuro del Estado peruano en el marco del derecho internacional económico.

2. Pasado

El Perú ha sido, gracias a su diplomacia, un Estado muy activo en las relaciones internacionales, incluyendo aquellas del derecho internacional económico. De esta forma, ha participado de las reuniones de Bretton Woods, que, como hemos mencionado, serían el punto de inicio del moderno derecho internacional económico. Este argumento —tomar a Bretton Woods como el punto de partida del derecho internacional económico moderno— se basa en las siguientes premisas. Primero, es en Bretton Woods donde se da una primera iniciativa para alcanzar acuerdos plurilaterales que abarquen a la mayoría de los Estados del planeta, lo cual expresaba bien el sentir del momento (veremos más adelante cómo este interés logra un final y es cambiado por acuerdos bilaterales o plurilaterales).

En segundo lugar, también es fruto de su época (piénsese que en paralelo, en la otra costa de Estados Unidos, se estaba negociando la Carta de las Naciones Unidas) la institucionalización del derecho internacional económico, es decir, acompañar los compromisos internacionales de un marco institucional: la organización internacional; por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional y lo que es ahora el Grupo del Banco Mundial. También podemos poner como ejemplo el proyecto de Organización Internacional del Comercio que no nacería, con otro nombre, sino hasta 1995.

En tercer lugar —aunque no se busca cerrar todos los argumentos—, la intención de regular el mayor número de subramas del derecho internacional económico: en Bretton Woods se negoció la regulación internacional de comercio internacional con el GATT, el derecho financiero internacional con las Cartas Constitutivas del Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (ahora parte del Grupo del Banco Mundial); también se intentó regular las inversiones y el trabajo internacional en la Carta de La Habana, que fundaría la Organización Internacional del Comercio.

Por los motivos recién citados, sostenemos que es posible tomar como punto de partida del «moderno» derecho internacional económico los resultados de las Conferencias de Bretton Woods. El Perú participó de estas conferencias mediante su representante, el ministro de Economía, Pedro Beltrán (Enciclopedia Británica, 2019a, 2019b; Daytona Beach Morning Journal, 1978). Subsecuentemente, el Perú, otra vez representado por Pedro Beltrán al final de la Conferencia Monetaria y Financiera

de Naciones Unidas, llevada a cabo entre el 1 y el 22 de julio de 1944, adopta los textos del acuerdo del Fondo Monetario Internacional y del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (US Treasury, 2019)

2.1. Comercio internacional y sustitución de importaciones

Si bien la primera participación del Perú en el establecimiento del «nuevo orden» en materia de derecho internacional económico comenzó con el derecho financiero internacional, posteriormente, entre noviembre de 1947 y marzo de 1948, se llevó a cabo en La Habana la Conferencia sobre Comercio y Empleo, que dio como resultado la Carta de La Habana. En ella se plantea una vinculación explícita entre libre comercio y desarrollo económico que no satisfizo a todos los participantes de la Conferencia. Previendo el posible fracaso de la Carta de La Habana, Estados Unidos propuso negociar un Protocolo Temporal que no fue suscrito por el Perú hasta que se ratificara la Carta de La Habana. Este acuerdo provisional sería el GATT, que contenía obligaciones en materia de liberalización del comercio (Mindreau, 2005, pp. 41-48). El Perú se convierte en país signatario del GATT el 7 de octubre de 1951 (OMC, 2019).

El GATT sirvió de excusa para que los Estados parte pudieran negociar mayores regulaciones de liberalización del comercio, las cuales se dieron en las «Rondas» como las de «Kennedy», Tokio y Uruguay. Esta última dio como resultado el GATT de 1994 —que quedó compuesto por el GATT de 1947 y nuevos anexos en materia de comercio de bienes—, así como la regulación de los otros pilares del comercio internacional: los acuerdos sobre comercio de servicios (AGCS/GATS) y sobre aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de bienes (TRIPS/ADPIC). Además, es fruto de la Ronda de Uruguay la Organización Mundial del Comercio (OMC). El Perú sería parte del Acuerdo de Marrakech (por el que se establece la Organización Mundial del Comercio); firmó la Declaración de Marrakech el 15 de abril de 1994, y se constituyó en miembro de la OMC desde el 1 de enero de 1995.

Sin embargo, para el país la historia del comercio internacional no ha sido tan lineal: si bien participó de las negociaciones de Bretton Woods y de aquellas que crearon la OMC, es importante tomar en cuenta, entre otros, dos momentos importantes en la historia peruana que demostrarían esa no linealidad respecto a la decisión de apertura de los mercados peruanos al comercio internacional: la política de sustitución de importaciones y el período comprendido entre 1985 y 1990.

En efecto, en la década de 1970, siguiendo las propuestas cepalinas de Prebisch, se planteó la idea de la sustitución de importaciones, sobre la base del concepto centro-periferia. La idea básica consistía en promover el consumo de bienes manufacturados internamente o en Estados de la región, en este caso Latinoamérica:

La política de sustitución de importaciones en América Latina se adoptó con mucho entusiasmo entre la década de los treinta y hasta finales de los sesenta. Aunque inicialmente dicha política se adoptó de manera «necesaria» frente a la escasez de bienes manufacturados que importaba la región de los países desarrollados en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, después la sustitución de importaciones se concibió como la vía hacia el desarrollo. Además, esta política

que requería del respaldo activo del Estado estuvo en consonancia con las tendencias mundiales de la intervención estatal: en occidente a través del Estado de Bienestar y en el bloque comunista a través de la economía central planificada. Esta aceptación de la injerencia en materia económica por parte del Estado no había sido anteriormente la regla y menos aún sería a partir de la década de 1980 con el cambio estructural. En este período el Estado ejerció el liderazgo en el fomento, la regulación y protección del sector productivo frente al exterior. Se dieron elevadas tasas de inversión pública, tanto en infraestructura física y social que alentaban a la inversión privada. El resultado fue altas tasas de crecimiento en varios países de América Latina, especialmente Brasil y México. La industria se convirtió en el motor del crecimiento económico. (Vásquez, 2017)

En el caso del Perú, la misma figura se replicó, sea porque se consideraba la industrialización como necesaria y la sustitución de importaciones importante para lograr este fin, o porque el gobierno militar de los años 1970 en adelante la promovió. Sin embargo, esta política no necesariamente significaba un completo rechazo al comercio internacional: muchas medidas para lograr la industrialización interna iban acompañadas de reducción y eliminación de aranceles a productos que ayudarían a lograr la mencionada industrialización (Chumacero, 2012).

Lo que buscaba a largo plazo la política de sustitución de importaciones (o, si queremos ser más específicos, la «sustitución de importaciones procesadas o industriales») era potenciar las industrias nacionales (salvando distancias, esta protección de la industria nacional, incluso naciente, se mantiene en acuerdos de libre comercio al regular los mecanismos de defensa comercial, como la implementación de medidas antidumping). Estas políticas se basaron en el trabajo de Prebisch en el marco de la CEPAL y UNCTAD, que diagnosticó que «América Latina carecía de una auténtica autonomía y que su evolución y desarrollo económicos dependían de factores externos y de manera más precisa de los acontecimientos y políticas de los países desarrollados» (Pérez, Sunkel & Torres, 2012, p. 6). La producción de estos países, llamados «centro», determinaría los valores que otorgarían a los insumos provenientes de los países llamados «periferia».

Este último diagnóstico se mantiene en la actualidad: un estudio de la CEPAL de 2018 determinó que «en América del Sur, se observa una estrecha correlación entre la tasa de crecimiento y la dinámica de los precios de las materias primas, mientras que, en Centroamérica, México y el Caribe, la evolución de la tasa de crecimiento está asociada al desempeño de los Estados Unidos» (CEPAL, 2018, p. 76). Ello ya había sido considerado, aunque desde una perspectiva más política, por el gobierno peruano entre 1968 y 1975 en su Plan Nacional de Desarrollo, que también diagnosticaba esta dependencia (Chumacero, 2012, p. 22).

Sin embargo, es importante tomar en cuenta que la teoría de Prebisch no se limita a la visión simplista que hemos expuesto, sino que busca:

[Para combatir la inequidad y exclusión social, se pueden implementar dos políticas]: i) reducir las asimetrías del capitalismo global, desafío que está presente en toda la obra de Prebisch, y ii) transformar la dinámica del capitalismo periférico,

lo que supone, por un lado, hacer un uso racional del excedente para promover el cambio estructural y el crecimiento y, por otro, garantizar el disfrute justo de los beneficios que derivan del progreso económico. En la visión de Prebisch, ello solo es posible reforzando la institucionalidad de las naciones periféricas y robusteciendo su proceso de democratización. Esta dimensión política cierra de manera imprescindible el puzle que plantea Prebisch en su crítica al capitalismo periférico y revela la necesidad imperativa de dar curso a su transformación. (Pérez, Sunkel & Torres, 2012, p. 27).

No obstante, también es cierto que el proteccionismo de la década de 1960 produjo limitaciones en el crecimiento económico, entre otras razones, por los problemas que se generaron en el sector exportador, pues la mayoría de exportaciones se daban solo entre países de América Latina (Llosa & Panizza, 2015, p. 110).

2.2. Finanzas internacionales, crisis y *shock* económico

En cuanto a las finanzas internacionales, el Perú, como se mencionó, participó de las negociaciones de Bretton Woods. También obtuvo préstamos del Club de París, y formó parte del Banco Internacional de Pagos.

Claramente, el período de fines de la década de 1980 marca una etapa importante en nuestra relación con instituciones financieras internacionales. La crisis económica producida a inicios de esta década llega a su cumbre a finales de ese decenio.

En medio de la crisis, el gobierno del Perú toma decisiones que harán que instituciones como el Fondo Monetario y el Banco Mundial, pero también asociaciones internacionales de prestamistas como el Club de París, dejen de considerarlo como un socio elegible para préstamos internacionales.

Esta situación se revertiría poco a poco durante la década de 1990, cuando se volvería a entablar relaciones con el FMI y el BM, incluso participando en la adopción de las reformas sugeridas por estas organizaciones en el «Consenso de Washington».

En la actualidad, la relación con estas instituciones es fluida. Muchos proyectos de inversión se han realizado con préstamos del Banco Mundial o del Banco Interamericano de Finanzas. El recurso al Fondo es más limitado, dada la continua estabilidad económica del país en las últimas décadas. Es interesante también destacar que los países de la Alianza del Pacífico, en paralelo a la integración internacional, han logrado integrar sus bolsas de valores en el denominado Mercado Integrado Latinoamericano (MILA, 2019).

2.3. Inversiones: la regulación y la exitosa experiencia peruana ante el CIADI

El moderno derecho de las inversiones surge a partir de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o Acuerdos de Protección y Promoción Recíprocos de Inversión (APPRI), como se los llamó en el Perú. El primero de estos acuerdos en el mundo fue entre Pakistán y Alemania de 1959; en el caso del Perú, el acuerdo más antiguo es el tratado con Tailandia de 1991. Esto no significa que antes no hayan existido

tratados que regulen a inversionistas extranjeros en el territorio peruano; los hubo: por ejemplo, los proyectos de Tratados de Comercio y Amistad entre Perú y Chile de 1876 (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, s.f.).

Sin embargo, hay entre el primer TBI y el primer APPRI peruano varios hitos en el desarrollo de la historia del derecho internacional de las inversiones. Tal vez el más importante de ellos sea la adopción en 1965 del Convenio de Washington, que crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el centro de arbitraje más conocido entre inversionistas y Estados. Se trata de un hito muy importante, pues permitirá que se desarrollen una mayor cantidad de disputas iniciadas por inversionistas frente a Estados.

Se debe relevar asimismo que el CIADI no es el único tribunal al que podrían presentarse los inversionistas a reclamar una vulneración de sus derechos como inversionistas en el Estado donde estuvieran desarrollando sus inversiones. Existen otros tribunales como aquellos implementados por los centros de arbitraje de las diversas sedes de la Cámara de Comercio Internacional y aquellos arbitrajes llevados a cabo ante la Corte Permanente de Arbitraje.

También es importante precisar que los arbitrajes que podían llegar al CIADI eran aquellos en los cuales se analizaba la vulneración de un tratado o las obligaciones de un contrato. En el caso de los contratos, se cuenta con el consentimiento de ambas partes, mientras que en los tratados se dispone del aval de solo una de ellas: el Estado. Esta situación está ligada a un hecho anecdótico: si bien el CIADI fue establecido en 1965, hasta 1990 hubo disputas por contratos. Este último año se tuvo el primer laudo en un caso basado en un tratado (Asian Agricultural Products Limited vs. Sri Lanka). El primer laudo del CIADI respecto a contratos ocurrió en 1977; se trata del caso Adriano Gardella SpA v. Costa de Marfil.

El caso del Perú es muy interesante: es parte del Convenio de Washington, y presenta tanto arbitrajes que se han discutido con base en contratos como en tratados. Lo más relevante, empero, es el hecho de que en la mayoría de casos el Perú ha ganado el proceso. Para fines de 2018, el Perú había participado en 14 casos, de los cuales había perdido 3. Los 14 casos se dividen en 6 casos basados en tratados bilaterales de inversión, de los cuales el Perú perdió 1; 2 casos basados en aplicación de TLC, de los cuales se perdió uno; y, finalmente, 6 casos basados en contratos, de los que también se perdió uno. Este fenómeno ha sido considerado como una experiencia «exitosa» de un Estado Latinoamericano frente al CIADI (Saco, 2016).

El fenómeno podría considerarse exitoso, pues ha habido en América Latina una tendencia a atacar al CIADI como un tribunal que solo favorecería a las empresas frente a los países en desarrollo. El caso peruano demostraría que los Estados también pueden ganar casos. Además, demuestra también que es posible iniciar una demanda frente a un inversionista basándose en un contrato, como en el caso Conviaal.

En cuanto a los tratados que ratificó el Perú, están aquellos que regulan los derechos de los inversionistas, que se pueden dividir en dos grandes grupos: los tratados bilaterales de inversión (TBI o APPRI, como los llama el Perú) y los capítulos de inversión de los TLC. Y aunque esta categorización responde a un cambio temporal en el fondo, también obedece al contenido y la forma como están redactadas las disposiciones de los acuerdos.

Los TBI fueron los primeros acuerdos de protección de inversiones, y sus cláusulas otorgan derechos que pueden ser interpretados de manera muy amplia, según como estén redactadas; por ejemplo, si el Perú se compromete a otorgar trato justo y equitativo a los inversionistas alemanes, ¿qué se entiende por «trato justo y equitativo»? Normalmente, el contenido de estos conceptos fue definido por los tribunales arbitrales que resolvían las diferencias, y, dado que cada tribunal se establece de manera *ad hoc*, no se contaba con una garantía de una línea jurisprudencial coherente.

Cuando los Estados se dieron cuenta de estos problemas —época que coincide con un mayor número de arbitrajes entre inversionistas y Estados—, decidieron negociar nuevos tratados con fórmulas más acotadas, donde, por ejemplo, el propio texto del tratado define qué se entiende por trato justo y equitativo, limitando así su aplicación.

En el caso del Perú, se cuenta con más TBI que TLC, lo que se podría explicar por varios factores. Primero, los TBI fueron los primeros acuerdos que se firmaron, en especial porque las fechas suponen un propósito especial: renovar la confianza de los inversionistas extranjeros en el Perú. Nótese que los dos primeros tratados que el Perú firma con Tailandia y Suiza son de noviembre de 1991; luego se firman 4 tratados más en la segunda mitad de 1993, y 11 tratados en 1994 (UNCTAD, 2018). Estos años coinciden con el período en el que el Perú intenta reinsertarse en la economía mundial luego de la crisis de finales de los años 1980, explicada en el acápite anterior.

En lo que concierne a los TLC, se inician en el Perú con aquel firmado con los Estados Unidos en abril de 2006, y que incorpora todo lo que hasta esa fecha este último país había considerado como adecuado modificar respecto a la redacción de los TBI. Estados Unidos, como Canadá y México, en el marco del acuerdo de libre comercio que los une desde entonces, conocido como NAFTA y últimamente modificado y reemplazado por el USMCA, enfrentaron como Estados varios arbitrajes de inversión, lo que los puso alertas sobre las vicisitudes de contar con cláusulas que permitieran a los árbitros una interpretación muy extensa.

Todas estas modificaciones, que se tradujeron en el modelo de acuerdo de inversión de noviembre 2004 de Estados Unidos (USTR, 2004), se plasmaron en el TLC con el Perú. Este TLC, en especial su capítulo de inversiones, sería considerado como el modelo que habría de seguirse en la redacción de los derechos de los inversionistas en los futuros tratados del Perú. Esto queda en evidencia en los TBI que se firmaron luego de abril de 2006 con Colombia, Canadá y Japón, que siguen la misma metodología y modelo. Aquí es interesante que el Perú haya tenido estos tres últimos TBI (UNCTAD, 2018) para luego solo negociar TLC. El último TLC en ser ratificado es aquel con Australia (2019), que también cuenta con un capítulo de inversión (Acuerdos Comerciales del Perú, 2019).

3. Presente

En la actualidad el Perú tiene tratados de libre comercio con diversos Estados. Todos ellos cubren más del 80 % de las exportaciones tradicionales y no tradicionales

del país. Solo aquellos con sus principales socios comerciales explican el 65 % de su comercio: con China (2018, 26 %), Europa (2017, 20 %) y Estados Unidos (2018, 19 %) (Acuerdos Comerciales del Perú, 2019).

En el marco del comercio, esto demuestra una evolución del GATT y los acuerdos OMC, así como las ventajas unilaterales como el ATPDA o el SGP europeo sobre los TLC. Esto confirma, desde el punto de vista político, la bondad de la decisión de seguir avanzando en la integración comercial profunda con los principales socios comerciales, a pesar del estancamiento del sistema multilateral. Desde el punto de vista jurídico, también se evidencia un trabajo de redacción de cláusulas más fino y detallado.

Respecto de las inversiones se puede ver, por ejemplo, cómo las disposiciones han ido evolucionando de los tratados bilaterales de inversión a los capítulos de inversión de los TLC, no solo con la diferencia de tratar disposiciones de manera más precisa y que reflejan una salvaguarda de los intereses del Estado, sino también una regulación que incorpora nuevos temas como la responsabilidad social, presente, por ejemplo, en el Protocolo Adicional del Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico.

4. Futuro

¿Qué le espera al Perú en el futuro? No obstante que esta es una pregunta de difícil respuesta, consideramos que existen por lo menos cuatro temas que se encuentran en la palestra pública y seguirán en el debate nacional en los siguientes años:

- a) El ingreso a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). El Perú ha demostrado un gran interés en ser miembro de la OCDE y, en esa línea, ya ha iniciado una serie de reformas internas que buscan mejorar su regulación. La OCDE cuenta con una serie de «códigos» que, independientemente de la discusión sobre su obligatoriedad formal, requieren que los miembros de la organización adapten su legislación para cumplir con estándares de buena gobernanza en sus territorios. Si se toman en cuenta los casos de Chile o Colombia, es muy probable que el proceso peruano termine la próxima década.
- b) Tratados de libre comercio. Como ya hemos mencionado, el Perú cuenta con acuerdos comerciales con los Estados que son el principal destino de sus exportaciones. Desde la década de 2000 el país ha iniciado una estrategia de negociación bilateral y en pequeños grupos para fortalecer sus relaciones comerciales. A esto se suman las limitaciones para los intereses peruanos de la OMC en la actualidad. La tendencia de negociación bilateral se mantendrá, solo que enfocándose en dos tipos de tratados. Por un lado, se busca renovar o potenciar antiguos tratados para lograr una integración más profunda, por ejemplo, con Argentina (2019). Otra tendencia es conseguir nuevos socios comerciales de Estados emergentes, lo cual puede explicar el interés en negociar un acuerdo con la India. El CPTPP combinaría un solo tratado que engloba nuevos y antiguos socios comerciales.
- c) «TLC hacia adentro». Son las políticas internas orientadas a conseguir mayor provecho de los acuerdos ya ratificados; es decir a lograr, por un lado, hacer de co-

nocimiento de las ventajas de los TLC a las personas que pueden sacar provecho de los beneficios de los acuerdos; y, por otro lado, mejorar la infraestructura para lograr acercar a los productores a los nuevos mercados, así como a los consumidores a los productos importados. Un ejemplo de ambos es la ratificación e implementación del Acuerdo de Facilitación del Comercio que implica cambios regulatorios e incluso de infraestructura para su aplicación, pero que de lograrse permitirá que los pequeños y medianos productores también reduzcan sus costos en «trámites» relacionados con el comercio.

- d) Solución de diferencias entre inversionistas y el Perú ante el CIADI. El Perú ha mantenido una estrategia exitosa en el manejo de conflictos legales ante tribunales arbitrales internacionales como el CIADI. Por un lado, la prevención de que muchas disputas lleguen a este fuero internacional ha generado que, de los 14 casos concluidos a finales de 2018, solo 3 hayan sido perdidos. Por otro lado, este último dato estadístico permite observar la eficiencia de la defensa internacional del Perú. Sin embargo, para inicios de 2019 el número de casos pendientes es casi igual al concluido, pues solo en 2018 se presentaron más de 10 casos nuevos; en otras palabras, en un año se ha recibido casi el mismo número de demandas que en la década pasada. El Perú podrá mantener su racha ganadora pero, en caso de perder, es posible que ello constituya una oportunidad para mejorar políticas y regulaciones que pueden afectar a inversionistas internacionales e internos.

A manera de conclusión, este artículo demuestra cómo el Perú no solo no ha sido ajeno a las normas del moderno derecho internacional económico, sino que, por el contrario, ha participado y participa en la creación y aplicación de las distintas subramas de esta área del derecho, como el derecho del comercio internacional, el derecho internacional de las inversiones y el derecho financiero internacional.

Referencias

Acuerdos Comerciales del Perú (2019). Disponible en <http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/>

Álvarez, J. E. (2009). *The public international law regime governing international investment law*. The Hague: The Hague Academy of International Law.

Banco de Pagos Internacionales (2019). El BPI Trabajamos por la estabilidad monetaria y financiera mundial mediante la cooperación internacional Disponible en https://www.bis.org/about/profile_es.pdf

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (sin fecha). Proyecto de Tratado de Amistad. Comercio y navegación entre Chile y el Perú. Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=197132>

Cantuarias, F., & Stucchi, P. (2008). *TLC Perú-Estados Unidos: contenido y aplicación*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

CEPAL (2018). *La ineficiencia de la desigualdad*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43442/6/S1800059_es.pdf

Chow, D., & Schoenbaum, Th. (2010). *International business transactions: problems, cases and materials*. New York: Aspen Publishers.

Chumacero, J. (2012). Industrialización en el Perú: 1930-1975. *Pensamiento crítico*, volumen 17, número 2, pp. 9-26. Disponible en revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/download/8931/7759

Cottier, Th., & Oesch, M. (2005). *International trade regulation. Law and policy in the WTO, The European Union and Switzerland. Cases, materials and comments*. London: Cameron May – Staempfli Publishers.

Daytona Beach. (2019). Artículo periodístico escaneado ubicado en internet. Disponible en <https://news.google.com/newspapers?nid=1873&dat=19790218&id=oFQgAAAAIIBAJ&sjid=79IEAAAAIIBAJ&pg=1222,1481682>

Enciclopedia Británica (2019a). Pedro Gerardo Beltrán. Disponible en <https://www.britannica.com/biography/Pedro-Gerardo-Beltran>

Enciclopedia Británica (2019b). Formation of the Aprista movement. Disponible en <https://www.britannica.com/place/Peru/Formation-of-the-Aprista-movement#ref396374>

Lowenfeld, A. (2003). *International economic law*. New York: Oxford University Press.

Llosa, L., & Panizza, U. (2015). La gran depresión de la economía peruana: ¿una tormenta perfecta? *Revista de Estudios Económicos*, 30, pp. 91-117 (diciembre 2015). Disponible en www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios.../ree-30-llosa-panizza.pdf

MILA (2019). ¿Quiénes somos? Disponible en <http://mercadomila.com/quienes-somos/rese-na-historica/>

Mindrau, M. (2005). *Del GATT a la OMC (1945-2005): la economía política del sistema multilateral de comercio*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

Organización Mundial del Comercio (2019). Miembros del GATT. Disponible en https://www.wto.org/french/thewto_f/gattmem_f.htm

Pérez, E., Sunkel, O., & Torres, M. (2012). *Raúl Prebisch (1901-1986). Un recorrido por las etapas de su pensamiento sobre el desarrollo económico*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40062/1/Prebisch_etapas_pensamiento.pdf

Portocarrero, F. (sin fecha). La economía peruana en los años 80. *Apuntes. Revista de Ciencias Sociales*, 25, pp. 105-118. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/apuntes.25.301> Disponible en: <http://revistas.up.edu.pe/index.php/apuntes/article/view/301/303>

Saco, V. (2016) The secret of Peru's success before the ICSID: dispelling the idea that the investor-State dispute settlement system is a danger for developing countries. En Tanzi, Asteriti, Polanco and Turrini (Eds). *International Investment Law in Latin America / Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Leiden: Brill – Nijhoff.

UNCTAD (2018). Investment Policy Hub. International Investment Agreements. Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/165/peru>

Ustáriz González, L. (2003). El Comité de Basilea y la Supervisión Bancaria. *Vniversitas*, 52(105), 431-462. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14855>

USTR (2004). Model BIT 2004. Disponible en https://ustr.gov/archive/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/Section_Index.html

US Treasury. (sin fecha). IRBD Articles of Agreement. Disponible en http://siteresources.worldbank.org/EXTARCHIVES/Resources/IBRD_Articles_of_Agreement.pdf

Vásquez, M. L. (2017). Revisión del modelo de sustitución de importaciones: vigencia y algunas reconsideraciones. *Economía Informa*, volumen 404, mayo-junio, pp. 4-17. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0185084917300233>

RELACIONES INTERNACIONALES

La democracia en el orden internacional

Josefina del Prado Chávez-Herrera

Sumilla

Poco después de la caída del Muro de Berlín y el fin de la Guerra Fría, Francis Fukuyama publicó su famoso artículo ¿«El fin de la Historia?»», en el cual planteaba que la democracia liberal podía constituir el «punto final de la evolución ideológica de la humanidad», la «forma final de gobierno», que marcaría «el fin de la historia» (Fukuyama, 2006, p. 7).

En ese entonces reinaba un clima de gran optimismo respecto a la fuerza de la democratización a nivel planetario, proceso fundamental en la transformación del escenario mundial en el marco de la globalización. El orden liberal había triunfado, contando con la democracia representativa y el libre mercado como sus pilares fundamentales.

Sin embargo, en la actualidad somos testigos del debilitamiento del proceso de democratización en la medida en que la vigencia del propio orden liberal está en cuestión dada una mayor presencia de tendencias no democráticas que afectan incluso a sus tradicionales promotores, por lo que se plantean dudas respecto a su futuro y vigencia.

Dedicaremos estas líneas al análisis de la democratización, pilar político de la globalización y del orden liberal, su evolución, alcance y estado actual frente a las tendencias de estos tiempos. Para ello repasaremos las denominadas olas democráticas y nos detendremos en la ola vigente —la tercera— y su curso en nuestros días. Asimismo, revisaremos los distintos conceptos o alcances asociados a la democracia con el fin de contar con herramientas suficientes para evaluar el proceso, particularmente en la última década. De igual forma, veremos el impacto que el ascenso de potencias no democráticas ha tenido y el papel actual de sus tradicionales promotoras. Se abordarán de manera general casos de democracias electorales o no liberales para, finalmente, identificar las tendencias en el orden internacional y su posible influencia en el futuro de la democratización.

1. Introducción

La relevancia del papel de la democracia en la historia de la política internacional, particularmente durante su período de mayor protagonismo en el siglo XX, es evi-

dente. La fuerza del proceso de democratización era creciente en la segunda mitad de la Guerra Fría, y su permanencia y universalización eran proclamadas por los más entusiastas al ver multiplicarse su presencia en varias partes del planeta a propósito de la desaparición de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), contradiciendo incluso la percepción de que su implementación se daría exclusivamente en Occidente. En dicho contexto, Francis Fukuyama planteaba que la democracia liberal podía constituir el «punto final de la evolución ideológica de la humanidad», la «forma final de gobierno», que marcaría «el fin de la Historia» (Fukuyama, 2006, p. 7).

Por su parte, Samuel Huntington (1995, pp. 25-26) identifica los hitos del proceso ubicando la denominada primera ola de democratización entre 1828 y 1926, seguida de una primera contraola de 1922 a 1942. La segunda ola de democratización, a la que califica como breve, la ubica entre 1943 y 1962, y se detiene por una segunda contraola entre 1958 y 1975. Finalmente, este autor proclama el inicio de la tercera ola de democratización en 1974, la cual cobra gran intensidad durante los 15 años siguientes al fin de la dictadura portuguesa en 1974, cuando en aproximadamente treinta países de Europa, Asia y América Latina los regímenes autoritarios fueron reemplazados por otros democráticos. La tendencia era clara al evidenciarse que, entre 1974 y 1980, casi 40 Estados se habían transformado en democráticos. En este período proliferaron los procesos electorales en África, América Latina y Europa central. A principios de 1996, el número de democracias en el mundo llegó a 117, mientras que en 1990 se identificaban solo 76 (Diamond, 1996, p. 28).

Huntington señala como los principales factores que favorecieron la tercera ola los problemas de legitimidad cada vez más profundos de los regímenes autoritarios, el crecimiento económico global de los años 1960, cambios en la política de actores como la Comunidad Europea, Estados Unidos y la URSS, e incluso los cambios en la doctrina de la Iglesia católica en esa década (Huntington, 1996, p. 4). La democratización ha tenido también como motores a instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial, a través de condicionamientos o estímulos para promover su práctica.

La tercera ola de los años 70 tuvo otro momento destacable en la década de 1990, al término de la Guerra Fría, cuando se multiplican las democracias en Europa del Este y de la propia ex URSS y los países del bloque soviético transitaban hacia regímenes democráticos.

Algunos años después, hubo quienes con optimismo calificaron la denominada Primavera Árabe (2010) como otro gran momento de la tercera ola, e incluso algunos la consideraron como una cuarta, como otra fase de un proceso inevitable de transición democrática. Las revoluciones en Egipto, Túnez y Libia fueron vistas como un fenómeno con efecto dominó en el mundo árabe que llevaría a su democratización. Con el devenir de los acontecimientos, casos como el de Egipto evidenciaron que no siempre el fin de una dictadura o autoritarismo o la celebración de elecciones deriva en una democracia representativa liberal.

Hoy han pasado más de cuatro décadas desde los inicios de la tercera ola y los vientos democratizadores parecen ir en otra dirección o, al menos, a otra velocidad. El optimismo reinante en los años 1990 respecto a la democratización y su universalización no es el mismo. La fuerza de la democratización se ha debilitado. Más bien existe preocupación respecto a tendencias contrarias como las autorita-

rias, populistas, el impacto de los nacionalismos y las crisis económicas que afectan su avance. Algunos podrían afirmar que estamos viviendo una siguiente contraola como las descritas por Huntington. Y es que en nuestros tiempos se pueden encontrar factores que este autor identifica como aquellos que afectaron la expansión de la democracia durante la primera y segunda olas contrarias, entre ellas: la debilidad de los valores democráticos entre grupos elitistas clave y el público en general, los graves reveses económicos, la polarización social y política, la ruptura de la ley y el orden como resultado del terrorismo o insurgencia y la intervención o conquista por una potencia exterior no democrática (Huntington, 1996, p. 8). No debemos olvidar tampoco el efecto de bola de nieve considerado como un factor que puede contribuir en ambas circunstancias a generar olas o contraolas.

2. Definiciones

Antes de repasar el estado actual del proceso de democratización en el escenario internacional, consideramos necesario detenernos en el concepto mismo de democracia. Sabemos que no existe una definición única y de dimensión universal. Autores como David Collier y Steven Levitsky han identificado más de 550 tipos de democracia (1997, pp. 430-45). Sin embargo, no cabe duda de que el concepto ha sido mayormente asociado al modelo liberal que alcanzó una enorme difusión y legitimidad en el siglo XX, impulsado por la globalización.

Coincidimos con Larry Diamond cuando señala: «Estamos saturados de definiciones, estándares y herramientas de medición, pero lo curioso es que —a un cuarto de siglo en la “tercera ola” de democratización y renacimiento que suscitó los estudios comparativos democráticos— estamos muy lejos del consenso de lo que constituye la “democracia” y aún tenemos problemas para clasificar los regímenes ambiguos» (Diamond, 2002, pp. 21-35).

En la década de 1990, entusiastas del proceso democratizador como Francis Fukuyama y Samuel Huntington reconocían que, al contabilizar las democracias existentes, predominaba un criterio formal y no sustancial. La democracia definida en sentido formal es aquella entendida sobre todo desde el proceso electoral. Huntington explica en su obra *La tercera ola, la democratización a finales del siglo XX*, que su estudio define un sistema político del siglo XX como democrático: «siempre que la mayoría de los que toman las decisiones colectivas del poder sean seleccionados a través de limpias, honestas y periódicas elecciones, y en las que los candidatos compiten libremente por los votos y en las que virtualmente toda la población adulta tiene derecho a votar» (Huntington, 1995, p. 20). Reconoce sin embargo también que «la definición de democracia en términos de elecciones es una definición mínima» (Huntington, 1995, p. 22).

Por su parte, Fukuyama (Fukuyama, 2006, p. 65), en su *best-seller El fin de la Historia: el último hombre*, señala que, al juzgar qué países son democráticos, emplea una definición estrictamente formal, esto es, si sus habitantes gozan del derecho a elegir su propio gobierno mediante elecciones periódicas, en votación secreta y con multiplicidad de partidos, por medio del sufragio adulto universal e igual jus-

tifica este hecho indicando que la democracia formal proporciona garantías reales institucionales contra la dictadura, y es la más propensa a producir, al final, una democracia sustantiva.

Huntington también se pronuncia en este sentido, afirmando que «los gobiernos creados por medio de elecciones pueden ser ineficientes, corruptos, de cortas miras, irresponsables, dominados por intereses concretos e incapaces de adoptar las políticas que exige el bien público. Estas cualidades los convierten en gobiernos indeseables, pero no en gobiernos no democráticos» (Huntington, 1995, p. 23).

Por su parte, David Held (1997, pp. 24-25), en su obra *La democracia y el orden global*, identifica en el marco de la teoría democrática un profundo conflicto entre quienes consideran que debe referirse a «cierto tipo de poder popular (una forma de vida política en que los ciudadanos se auto gobiernan y auto regulan) y quienes entienden la democracia como un mecanismo que facilita el proceso de elaboración de decisiones (un medio para conferir autoridad a quienes son periódicamente elegidos para ocupar cargos públicos)». Explica que este conflicto ha dado origen a tres variantes básicas o modelos de democracia: la directa o participativa, la liberal o representativa y aquella basada en un solo partido.

El primer modelo corresponde a la democracia ateniense, donde los ciudadanos eran involucrados directamente. Es el caso de los referéndums o plebiscitos previstos en muchas Constituciones. El segundo modelo es un sistema de gobierno basado en «funcionarios» electos que se comprometen a «representar» los intereses o las perspectivas de los ciudadanos en territorios delimitados y, a la vez, garantizar «el imperio de la ley». Y el tercer modelo se sustenta en un solo partido (1997, 25).

En cuanto a la definición de democracia en un sentido sustantivo, esta hace énfasis en su contenido, en lo que se debería encontrar en un régimen que la abraza, como las libertades civiles, particularmente la libertad de expresión y los derechos políticos, la participación ciudadana, el respeto a los derechos humanos, la independencia de poderes, etcétera.

De este modo, no existe definición única de democracia y sí distintos criterios para abordarla. Coincidimos con Steven Levitsky y Lucan Way cuando identifican los principales elementos que ella debería abarcar (2002, 162).

Los regímenes democráticos modernos cumplen con cuatro criterios mínimos: 1) los cuerpos Ejecutivo y Legislativo son elegidos a través de elecciones abiertas, libres y justas; 2) virtualmente, todos los adultos tienen derecho a votar; 3) los derechos políticos y las libertades civiles, incluida la libertad de prensa, la libertad de asociación y la libertad de criticar al gobierno sin represalias, son ampliamente protegidos; 4) las autoridades elegidas tienen autoridad real para gobernar y no están sujetas al control tutelar del ejército o a los líderes religiosos.

Ha pasado casi medio siglo desde el inicio de la tercera ola y la crisis del autoritarismo del fin de la Guerra Fría no nos ha llevado necesariamente al escenario esperado. Efectivamente, con la tercera ola hubo una importante expansión de la democracia en el planeta. Sin embargo, la transformación no se dio con la profundidad esperada en muchos casos, e incluso la existencia de elecciones comenzó también a encubrir, en algunos casos, la permanencia de ciertas formas de autoritarismos y la existencia de democracias no liberales.

3. Regímenes híbridos

La constatación de un largo tránsito o incluso de retrocesos en materia democrática ha suscitado que cobre mayor peso el concepto de regímenes híbridos, en referencia a categorías intermedias, a aquellos casos en los que la tercera ola de democratización no condujo a democracias liberales.

Levitsky y Way (2002, p. 175) reconocen esta situación al señalar que:

Es claro ahora que las primeras expectativas en torno a la democratización en gran parte del mundo fueron demasiado optimistas. Muchos regímenes autoritarios han sobrevivido a la «tercera ola» de democratización. En otros casos la desintegración de un tipo de autoritarismo produjo, no una democracia, sino una nueva forma de gobierno no democrático.

Thomas Carothers y Richard Youngs (2017), por su parte, sostienen también que «la democracia parece estarse deshaciendo, debido al resurgimiento del autoritarismo, el debilitamiento de los valores democráticos liberales, el populismo en aumento y el iliberalismo contagioso». Afirman que la democracia ha perdido su momento global y que la teoría de que las transiciones democráticas iban a tener una dirección positiva y que las establecidas no retrocederían, ya no da más.

En principio, las visiones más pesimistas del avance de la democratización partían fundamentalmente de definiciones ambiciosas, sustantivas, que iban más allá de lo procedimental. Los reclamos se centraban en el déficit de democracia social, en las debilidades en la denominada democracia de los ciudadanos (Informe PNUD, 2004). Hoy las críticas también vienen del uso del propio proceso electoral como mecanismo del autoritarismo, como medio para mantenerse en el poder, y de la ausencia de liberalismo en ciertas democracias. Para comprender mejor estos llamados regímenes híbridos nos detendremos fundamentalmente en las definiciones de autoritarismo electoral y la democracia no liberal.

Andreas Schedler (2002, pp. 137-139) explica que «la distinción entre democracias liberales y electorales se deriva de la idea ampliamente aceptada de que las elecciones son una condición necesaria pero no suficiente para una democracia moderna». Señala que «este tipo de régimen no puede existir sin elecciones; sin embargo, por sí solas, las elecciones no bastan». Explica que «las democracias liberales van más allá del mínimo electoral, mientras que las democracias electorales no. Aunque éstas logran “sacar bien las elecciones”, no institucionalizan otras dimensiones vitales del constitucionalismo democrático, tales como el imperio de la ley, la rendición de cuentas política, la integridad de los funcionarios y la deliberación pública». Es justamente la no institucionalización de estas dimensiones la que produce que el proceso electoral se convierta en una simple herramienta para llegar al poder y que no solo no conduzca a una democracia sustantiva, sino que incluso avale regímenes autoritarios que se apoyan en la realización de elecciones para intentar legitimarse.

La democracia electoral está asociada también a la manipulación de los electores al distorsionar la información que sirve de referencia a la ciudadanía para decidir su

voto. Estas prácticas han levantado gran preocupación, sobre todo por los recientes procesos en Estados Unidos y Europa. Para responder a estas prácticas, Michael Chertoff y Anders Fogh Rasmussen (2019) destacan la realización de acciones como el lanzamiento de Microsoft en 2018 del programa Defendiendo la Democracia para prevenir el jaqueo, aumentar la transparencia y explorar soluciones tecnológicas para proteger las elecciones e identificar ciberataques. Otros como Facebook, Google y Twitter también están en estos esfuerzos. En Europa y Estados Unidos se ha establecido la Comisión Transatlántica de Integridad Electoral para cooperar en relación con la interferencia externa en sus procesos electorales.

Levitsky y Way (2002, p. 161) analizan un tipo particular de régimen híbrido, el autoritario competitivo, donde «las instituciones democráticas formales son ampliamente vistas como medios principales para obtener y ejercer la autoridad política. Los funcionarios violan estas reglas con mucha frecuencia, hasta el punto de que el régimen no logra tener los estándares mínimos convencionales para la democracia». Estos autores distinguen también al autoritarismo competitivo de los regímenes electorales de «fachada» —es decir, regímenes en donde existen las instituciones electorales, pero no representan una fuerza significativa para el poder (como Egipto, Singapur y Uzbekistán en los años 1990). Estos regímenes han sido llamados «pseudodemocracias», «democracias virtuales» y «autoritarismos electorales», pero, a su juicio, son casos de autoritarismo a gran escala (Levitsky & Way, 2002, p. 163).

Otros tipos de regímenes híbridos incluyen «repúblicas exclusivas» (regímenes con fuertes instituciones democráticas, pero con leyes civiles muy restrictivas) y democracias «guiadas» o «tutelares» (regímenes competitivos en los que los actores no democráticos, como las autoridades religiosas o militares, ejercen el poder del veto) (Levitsky & Way, 2002, p. 164).

Por otro lado, el concepto de democracia no liberal (*illiberal democracy*), acuñado por Fareed Zacaria, ha recobrado vigencia al hacerse referencia a «regímenes democráticamente elegidos, frecuentemente aquellos que han sido reelegidos o reafirmados por referéndums, que ignoran los límites constitucionales a su poder y privando a sus ciudadanos de derechos y libertades fundamentales [...]» (Zacaria, 1997). Es decir, se trata de aquellos casos en los que se realizan elecciones regulares, pero donde no se goza principalmente de libertades políticas y civiles, aspecto sustantivo de la democracia liberal representativa. Hay que precisar que las fuerzas no liberales no surgen solo en el contexto actual: siempre han estado; la diferencia consiste en su mayor protagonismo.

Zacaria, citando a Philippe Schmitter, explica que:

El liberalismo, ya sea como una concepción de la libertad política, o como una doctrina sobre la política económica, puede haber coincidido con el auge de la democracia, pero nunca se ha vinculado de manera inequívoca a su práctica. [...] El liberalismo ha llevado a la democracia, pero la democracia no parece traer el liberalismo constitucional. En contraste con los caminos de Asia occidental y oriental, durante las últimas dos décadas en América Latina, África y partes de Asia, las dictaduras con pocos antecedentes en el liberalismo constitucional han dado paso a la democracia. (Zacaria, 1997)

Por su parte, Dan Slater (Slater, 2018) compara al autoritarismo electoral con la democracia no liberal y afirma que en ambas se ganan las elecciones libremente, pero los que llegan por este proceso abusan de su autoridad. Este autor explica que en el primero juega un papel primordial el partido gobernante para derrotar a sus opositores, y en el segundo, asociado al proyecto de un líder con mucha ambición, se mina a las instituciones democráticas que pudieran limitar al elegido.

En este sentido, el surgimiento de regímenes híbridos y, podríamos decir, su proliferación, incluso en Estados tradicionalmente democráticos, obliga a estar muy atentos respecto a las tendencias que hoy dan forma al escenario internacional, con el fin de determinar el futuro del proceso democratizador y el posible curso de la tercera ola democrática.

4. Principales tendencias

Es cierto que demandas insatisfechas por porciones importantes de la población, particularmente de índole económica, contribuyen en muchos casos al surgimiento de liderazgos populistas y nacionalistas de corte autoritario. Las crisis económicas son señaladas como uno de los factores que amenazan la democratización. Es el caso de Europa del Este, donde está emergiendo un consenso antiliberal marcado por xenofobia, nacionalismo y éxitos populistas atribuidos en algunos casos a los contextos de dificultades económicas, como el de Hungría con Viktor Orban. Sin embargo, hay que destacar también que esta relación no es siempre la misma. Por ejemplo, el caso de la República Checa no podría ser explicado por las mismas razones, ya que este es uno de los países con los índices más bajos de desempleo en Europa, al igual que en Eslovaquia, donde, pese a su crecimiento económico, también atestigua un incremento de su intolerancia (Krastev, 2018).

Las crecientes tendencias migratorias también han sido identificadas como fenómenos que afectarían la democracia, en la medida en que pueden gatillar reacciones xenófobas, alimentando nacionalismos, así como autoritarismos, sobre todo en contextos de crisis económicas. En esta línea, se destaca cómo desde los años 70 hasta nuestros días la población hispana en Estados Unidos varió de 5 % a 18 %; en Suecia existe hoy un 19 % de inmigrantes; en Alemania, 23 %; y en Suiza, 25 %, y cómo la inseguridad económica puede exacerbar estas presiones culturales hacia autoritarismos (Inglehart, 2018). Recordemos también cómo en el caso del Brexit este factor ha sido considerado entre los más relevantes para explicarlo.

Otra tendencia que causa preocupación en nuestros días por su impacto en la democracia es el populismo. Jeff Colgan y Robert O. Keohane (2017) se refieren al efecto del populismo en el orden liberal explicando que un líder populista dice representar a la gente y busca debilitar o destruir instituciones como las legislaturas, los poderes judiciales y la prensa, y deshacerse de las restricciones externas en defensa de la soberanía nacional. Es preciso añadir que esta tendencia se retroalimenta de tendencias nacionalistas e incluso xenófobas y puede menoscabar de manera significativa los valores democráticos.

No obstante, Carothers y Youngs (2017) no consideran que la relación sea determinante entre populismo y tendencias no liberales o autoritarias. No todo autoritarismo está arraigado en prácticas populistas, nos dicen. La corrupción de las élites deriva en la atrofia de normas democráticas. Estos autores afirman también que la situación no es igual en todas partes y resaltan que la democracia se mantiene estable en algunas regiones; el populismo no es una tendencia tan global como se describe a menudo, y la mayoría de la gente está más interesada en la rendición de cuentas que en el iliberalismo.

Para continuar con el análisis del estatus del proceso de democratización en nuestros días, consideramos necesario detenernos a identificar qué papel ha tenido la democracia en el orden internacional.

5. La democracia y el orden internacional

Entendemos el orden internacional básicamente como una configuración temporal del sistema internacional que tiende a recomponerse (Alcalde, 2009, p. 15). En este sentido, Javier Alcalde distingue cinco órdenes internacionales hasta 1991: el Concierto de Europa entre 1815 y 1854; el Orden de Transición de las guerras de unificación de Italia y Alemania, 1856-1870; el Orden de Emergencia de Alemania entre 1871 y 1914; el Orden Transitorio de Versalles de 1919 a 1939; y el Orden de la Guerra Fría entre 1945 y 1991 (Alcalde, 2014, p. 17).

Se puede observar un protagonismo importante de la democracia en el orden internacional desde el denominado Orden Transitorio de Versalles, que coincide con el fin del antiguo régimen, con nuevas reglas de juego en el escenario internacional, nuevos liderazgos e institucionalidad. En este período el presidente estadounidense Woodrow Wilson planteó una ideología y una agenda política y económica de carácter liberal y democrática reflejada en sus famosos catorce puntos presentados ante el Congreso estadounidense en enero de 1918 (Alcalde, 2014, pp. 26-27). Wilson proyectó una dimensión universal al pensamiento de Estados Unidos, a las afirmaciones del excepcionalismo moral estadounidense dentro del cual se sostiene que la política exterior de las democracias es moralmente superior porque el pueblo es, en esencia, amante de la paz (Kissinger, 2000, p. 40).

Como recuerda Alcalde, dicho nuevo orden contaba con Estados Unidos como su gran promotor, que, pese a ser una nueva potencia, proyectaba su vocación de liderazgo y voluntad de lograr una influencia mayor, en el marco del internacionalismo liberal, con propuestas de reformar los arreglos vigentes y difundir el libre comercio y la democracia liberal (Alcalde, 2014, pp. 31-32).

Se debe precisar que la paz democrática en el marco de la teoría de las relaciones internacionales es un concepto fundamental del pensamiento liberal internacional que asume que la guerra se ha convertido en un fenómeno impensable entre los Estados verdaderamente liberales y democráticos, ya que su dinámica conduce necesariamente a la resolución pacífica de los conflictos (Mindreau, 2001, p. 176).

No podemos dejar de mencionar el papel de Europa Occidental en cuanto al desarrollo de regímenes democráticos y su impulso a nivel global. Han sido referentes

de sus bondades hechos como la Revolución francesa en el siglo XVIII o el modelo británico del cual el propio Wilson se reconocía admirador. Ya en el siglo XX, otro reflejo del peso de la UE en este proceso es su exigencia, como parte de su política exterior, de contar con un régimen democrático como condición para integrar la Unión, factor considerado como uno de los que contribuyó al impulso de la tercera ola democrática.

Siguiendo con el rol de Estados Unidos, luego de Wilson, Franklin Roosevelt y Harry Truman toman la posta del impulso del orden liberal, manteniendo a la democracia como uno de sus grandes pilares. De este modo, en el orden de la Guerra Fría (1945-1991) Estados Unidos se convierte en su indudable arquitecto. Como destaca Alcalde, «lo animaba, como en 1919, el propósito primordial de favorecer la adopción de la democracia liberal y el capitalismo» (Alcalde, 2014, p. 33). En dicho período el mundo bipolar estaba marcado por diferencias de modelo de desarrollo e ideologías, y la democracia liberal representativa constituía una de las principales banderas del bloque occidental capitalista liderado por los Estados Unidos.

Tras la Guerra Fría, los presidentes George H. W. Bush y Bill Clinton se presentan también como importantes protagonistas del proceso de democratización, llevándolo a cabo con una mayor proyección. Su fuerza, vigencia y diseminación global alcanza su pico más alto.

El siguiente orden a la Guerra Fría identificado por Alcalde es el Orden Transitorio unipolar estadounidense de 1991 a 2008. Coincide con un período de gran optimismo frente a la expansión de la democracia, de la consolidación del orden liberal. Clinton, por ejemplo, lanza en este período su doctrina denominada «Democratic Enlargement», una política exterior de promoción de la democracia asociada a la seguridad global incluso a través del uso de la fuerza.

Sin embargo, desde principios del siglo XXI comienza a notarse un decaimiento de la influencia global y prestigio de Estados Unidos, con lo que también su rol de promotor de la democracia liberal representativa como significativo elemento de poder blando de la política exterior estadounidense se debilita.

La vigencia del orden internacional basado en la democracia representativa y el libre comercio está en cuestión por el aumento de regímenes no democráticos y el regreso de tendencias proteccionistas. Algunos señalan que nos encontramos en una fase de transición desde la crisis financiera de alcance global de 2008, surgida en Estados Unidos, y cuando el ascenso de China se hace más evidente. Alcalde identifica que ya desde el año 2004 se puede percibir señales que sugieren nuevas tendencias en la escena mundial, como los problemas en la economía estadounidense, la extensión internacional de la crisis en 2008 y a partir de 2009, el decaimiento de la influencia de Estados Unidos y el estancamiento de la globalización (Alcalde, 2014, pp. 57-59).

Sin embargo, hay los que realizan una lectura más optimista del orden actual y sostienen que los principios del orden liberal —lo que incluye la democracia y la cooperación internacional como medios de paz— permanecen y que la mayor parte del mundo sigue este proyecto como fórmula de desarrollo en la medida en que no existen otros modelos atractivos capaces de retarlo y sustituirlo de modo efectivo.

No podemos negar los embates que enfrenta hoy la democracia liberal, pero tampoco podemos afirmar que no tiene peso en nuestros días, pues sigue estando vigente. Incluso el tratar de disfrazar regímenes con una fachada democrática comprueba que es el sistema político legitimado, aunque no se practique de modo pleno. En nuestra propia región, las reacciones frente a la situación de Venezuela evidencian su fuerte apego, a través de diversas iniciativas de distintos gobiernos y de la propia sociedad civil. A nivel global, no obstante, el protagonismo de actores no democráticos y las crisis principalmente económicas que han afectado a potencias que han sido sus tradicionales defensoras hacen que hoy se llegue a plantear la pregunta si la democracia sigue siendo una de las banderas del orden internacional y si su impulso continuará o una nueva contraola revertirá de manera dramática la tendencia que tanta fuerza cobró en el siglo XX.

6. ¿Contraola?

Como ya señalamos, Huntington identifica ciertos factores que contribuyeron a que las transiciones se alejaran de la democracia durante la primera y segunda olas contrarias. En las últimas décadas hemos constatado la presencia de estos factores en el contexto internacional: la crisis económica de 2008, la situación en Siria, Medio Oriente, la creciente desigualdad incluso al interior de los países desarrollados, significativos fenómenos migratorios, las tendencias populistas, xenófobas y nacionalistas. Estos elementos se interrelacionan y retroalimentan, generando situaciones que contribuyen a afectar las bases de la democracia. Hechos como el Brexit y las últimas elecciones presidenciales en Estados Unidos, así como la situación en ciertos países de Europa del Este y América Latina, reflejan esta realidad.

Los factores que contribuyen a la fragilidad democrática se asociaban sobre todo a realidades de los denominados «países del Tercer Mundo», aquellos en desarrollo, donde no había una tradición ni bases institucionales suficientes, donde las élites no mostraban mayor compromiso con la democracia, donde las crisis económicas, la desigualdad, la inestabilidad política, hechos extremos de violencia o inseguridad, como el terrorismo, eran vistos como su principal amenaza, lo que los hacía más vulnerables a las contraolas.

Sin embargo, en general, los factores que contribuyen al debilitamiento del proceso de democratización o de las democracias consolidadas no son actualmente exclusividad de una parte del mundo y más bien los presenciamos crecientemente en Estados donde parecía imbatible como Europa Occidental y Estados Unidos.

Los casos de Estados Unidos y el Reino Unido son sin duda los más emblemáticos. Las votaciones en ambos países en el 2016 constituyen importantes hitos en el curso del orden internacional. La elección de Donald Trump en Estados Unidos es considerada como un retroceso en materia del orden liberal, en la medida en que se ha favorecido a la competencia frente a la cooperación, al proteccionismo frente al libre comercio y al autoritarismo frente a la democracia (Rose, 2019).

Hemos mencionado la importancia del papel de Europa en la democratización global. Sin embargo, los casos de prácticas antidemocráticas en esta región se es-

tán incrementando. El caso del Brexit resulta el más saltante. Su relación con la democracia la encontramos en que no lograron imponerse valores democráticos y predominaron enfoques nacionalistas, xenófobos y populistas. El resultado del referéndum marcó un punto de inflexión en la relación de la UE con la isla, cuando un 48,1 % de los británicos votó a favor de quedarse en el bloque y un 51,8 % se pronunció a favor de abandonar la UE.

Además de las situaciones ocurridas en Estados Unidos y el Reino Unido, otros hechos ocurrieron en 2016, como en Austria, donde Horbert Hofer estuvo a punto de ganar, o en Francia, donde Marine Le Pen logró un protagonismo importante en las elecciones presidenciales. La situación en Alemania en 2017 también causó preocupación en este sentido, en la medida en que la opción autoritaria y xenófoba se colocó entre las principales tres fuerzas más grandes del país.

Europa del Este también refleja tendencias no democráticas. Al fin de la Guerra Fría, primaba el optimismo sobre su transformación. Sin embargo, más de tres décadas después, encontramos casos como los de Hungría y Polonia, donde el populismo se ha impuesto, o los de República Checa y Rumania, donde existen tendencias en este sentido.

Por otro lado, en América Latina se vivió con fuerza la tercera ola, sobre todo a fines de los años 1970 y 1980, cuando las dictaduras reinantes se convirtieron en democracias. El fin de las dictaduras en la península ibérica, particularmente la de Francisco Franco, tuvo sin duda un enorme impacto en la región, y la institucionalidad generada posteriormente a este período fue importante referente en nuestros países.

Con la intención de evaluar el estado de la democracia en nuestra región, en 2004 el PNUD lanzó el informe *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, en el que se destacaba la paradoja existente en tanto se podía mostrar dos décadas de gobiernos democráticos, por un lado, y, por otro, una creciente crisis social que mantiene profundas desigualdades y serios niveles de pobreza (Informe PNUD, 2004, p. 13). En dicho informe se evaluaba el proceso democrático en la región, no solo como régimen electoral sino como una democracia de ciudadanos. Es a partir de dicho criterio que se concluye que, aunque 140 países del mundo viven bajo regímenes democráticos, solo en 82 existe una democracia plena. El informe concluye reconociendo los avances relacionados fundamentalmente con la democracia electoral en los 18 países donde en ese entonces se identificaban regímenes democráticos, pero muchos desafíos pendientes en cuanto a la democracia de ciudadanos y ciudadanas, básicamente la democracia social.

Seis años después, en 2010, la OEA preparó otro informe denominado *Nuestra democracia*, donde Herardo Muñoz (OEA, 2010) coincide en el diagnóstico del anterior cuando señala:

La democracia en América Latina ha vivido el período más prolongado de regímenes democráticos y designación de autoridades mediante elecciones. Pero hay un problema de calidad en nuestras democracias. Pese a los avances en la post-transición democrática, se observa frustración ciudadana ante la desigualdad en la distribución de la riqueza y en el ejercicio del poder, ante la débil participación

popular en los asuntos públicos, la corrupción pública y privada, la inseguridad ciudadana y la debilidad estatal, entre otros aspectos. La región se encuentra en una encrucijada: debe dar un salto cualitativo de mejoras adicionales y de mayor ciudadanía, o de lo contrario, se ahondarán los déficits democráticos actuales.

Muñoz llama a impulsar una cuarta ola de democratización para mejorar la capacidad del Estado, fortalecer el Estado de derecho, expandir la ciudadanía y disminuir la desigualdad, así como para combatir la informalidad y la corrupción construyendo institucionalidad. De lo contrario, crecerá la contraola de insatisfacción y desapego a la democracia como sistema político y ordenamiento de lo individual y colectivo, surgirán más restricciones a las libertades de expresión y al Estado de derecho, y habrá mayor inseguridad ciudadana y políticas coercitivas abiertas o veladas.

Se trata de evaluaciones de la región en términos democráticos de hace más de una década y el balance sigue siendo muy similar pese a los avances en el ordenamiento macroeconómico y capacidad institucional en América Latina. La práctica de la democracia electoral es aún la regla, y no es poca cosa, viniendo de una historia de rupturas de Estado de derecho y dictaduras, pero, en términos sustantivos, la agenda pendiente sigue abierta y hoy, en casos como Venezuela, se evidencian los costos que puede representar su debilidad y precariedad.

No es el objetivo de este análisis abordar un caso en particular, sino evaluar la tendencia de la democratización en el escenario internacional actual. Sin embargo, dada su relevancia en el ámbito de las relaciones internacionales, y en particular en nuestra subregión, nos detendremos brevemente en el caso venezolano.

Los regímenes autoritarios de Hugo Chávez, primero, y de Nicolás Maduro, después, han afectado de manera significativa las relaciones internacionales en términos democráticos tanto a nivel subregional, regional y global. La creación del Grupo de Lima el 8 de agosto de 2017, así como las acciones en el marco de la Carta Democrática Interamericana, evidencian la sensibilidad que produce en los vecinos la situación en Venezuela y su clara intención de defender la democracia en América Latina. Pese a que se detecta un debilitamiento de la fuerza de la democratización como tendencia global, vemos que la situación de Venezuela, además de un ejemplo de Retroceso democrático, que lo es, es un ejemplo de resiliencia, de fuerza de la defensa de las libertades pese a la adversidad y del arraigo con el que cuenta la democracia a nivel de los ciudadanos pese a los obstáculos y limitaciones que sufren.

Las reacciones a nivel global respecto al caso venezolano reflejan también el compromiso no solo de gobiernos sino también de ciudadanos con los valores democráticos. Pese a que en sus países puedan encontrarse también fuerzas contrarias a la democracia, y que factores como nacionalismos o populismos los estén llevando al autoritarismo, las voces de reivindicación democrática en Venezuela son mayoritarias, con variantes en cuanto a posibles salidas y efectos, pero dirigidas todas a que se recupere la democracia en el país llanero.

Así, pese a los embates que está sufriendo el proceso de democratización global, consideramos que la región sigue evidenciando una tendencia democrática mayoritaria, aunque las debilidades políticas, sociales y económicas no hayan desaparecido y permanezcan como una amenaza latente a su consolidación.

Carothers y Youngs (2017) lo confirman al señalar que en América Latina la ola no liberal populista de comienzos de siglo XXI está cediendo. Mencionan el caso de Colombia en la región, y de Nepal fuera de ella, como evidencia del compromiso de un sinnúmero de ciudadanos con las instituciones democráticas y normas. Asimismo, estos autores destacan indicadores positivos en otras regiones como Asia y África, donde, de acuerdo con The Economist Intelligence Unit's Democracy Index, se ha evidenciado un modesto avance. Señalan también que en lugares como Burkina Faso, Gambia, Ghana, Guatemala, Costa de Marfil, Sri Lanka, Túnez y Ucrania, la calidad de la democracia ha mejorado.

7. Actores no democráticos

Hay quienes atribuyen el retroceso de la influencia de Estados Unidos al resurgimiento del autoritarismo en Rusia y su reforzamiento en China, así como a la polarización política en Estados Unidos (Krastev, 2018). Indican la creciente percepción de que el debilitamiento de la democracia puede acelerar el declive de la influencia occidental y el avance de las metas geopolíticas de Rusia y China. Asimismo, afirman que estos Estados ven los esfuerzos de apoyo a la democracia de Estados Unidos como intentos de expandir su influencia y socavar sus regímenes, por lo que han buscado frenar la promoción de la democracia. Otros recuerdan también que la historia demuestra que cuando el mundo es liderado por uno o más poderes autoritarios, más países se convierten en autoritarismos al enviar una fuerte señal a otros líderes sobre el éxito de su modelo y alterar la percepción de lo que constituye un régimen legítimo (Kendal-Taylor, 2018).

Sin desmerecer el papel de las fuerzas domésticas en Estados Unidos que han propiciado un creciente espacio a discursos y prácticas populistas, nacionalistas y hasta xenóforas, contrarias a los valores democráticos, nos referiremos fundamentalmente al ámbito internacional y, en ese sentido, a las consecuencias de que el orden internacional actual tenga entre sus protagonistas a actores que no encabezan regímenes democráticos. Ni Rusia ni China son promotores de la democracia y ocupan un lugar relevante en el orden internacional. Dentro de la UE también existen tendencias autoritarias que están ganando terreno. Incluso hay quienes afirman que Estados Unidos ha confrontado con la llegada de Trump tanto autoritarismo electoral como democracia no liberal (Slater, 2018).

Como mencionamos líneas arriba, Huntington alertaba sobre la posibilidad de que un cambio en el autoritarismo por parte de cualquier gran potencia democrática o democratizadora podría desencadenar un efecto de bola contrario (1995, p. 9). Asimismo, señalaba que si un Estado no democrático incrementara enormemente su poder y comenzara a expandirse más allá de sus fronteras, esto también podría estimular movimientos autoritarios en otros países. Afirmó expresamente: «Si China se desarrolla económicamente bajo el gobierno autoritario en las próximas décadas y expande su influencia y control al Este asiático, los regímenes democráticos de la región se verán debilitados en forma apreciable» (1995, p. 10).

Es preciso recordar que Estados Unidos buscó transformar el sistema internacional en un orden liberal regulado por instituciones multilaterales y democracias orientadas al libre mercado. Como señala Barry Posen, «por casi treinta años, EE.UU. ensayó la hipótesis de que el carácter liberal de su proyecto hegemónico lo hacía excepcionalmente alcanzable pero que el experimento falló. Y no solo ni China ni Rusia se convirtieron en democracias, sino que los esfuerzos de democratización en Afganistán o Iraq también lo hicieron» (Posen, 2018).

El modelo occidental, que con el liberalismo y la democracia representativa se impuso en la post-Guerra Fría, se ha ido debilitando. Los líderes tradicionales del proceso democratizador han perdido fuerza, en parte por factores domésticos, pero también por la actuación de otros actores no democráticos que han emergido o logrado un lugar protagónico en el orden internacional. El resultado es una mayor cantidad de regímenes híbridos, de autoritarismos electorales o democracias no liberales. El Asia es claramente un ejemplo de la proyección de grandes potencias en este sentido.

Años después, lo advertido por Huntington parece cumplirse en los casos de aquellas potencias alejadas de la democracia que proyectan la idea de que el tándem ganador de la Guerra Fría no es tan inseparable como se pensaba a fin del siglo XX, por lo que la receta que se presenta como referente podría ser otra.

8. ¿Poder blando o agudo?

Las olas democráticas a las que se refiere Huntington se alimentan del poder blando. Recordemos el concepto de poder blando, acuñado por Joseph Nye en los años 1990: «En la política internacional, el poder blando es la capacidad de afectar a otros por medio de la atracción y la persuasión en lugar de a través del poder duro de la coerción y el pago. El poder blando rara vez es suficiente por sí solo. Pero cuando se combina con el poder duro, es un multiplicador de fuerza» (Nye, 2018). El poder blando está basado en la capacidad de ser referente de otro, en sentido positivo, por factores como su cultura, su historia, sus valores. Es así que los valores democráticos son un componente muy importante; su capacidad de ser acogidos en el mundo ha sido evidente, fundamentalmente en las olas democráticas.

Para explicar el fenómeno contrario, se desarrolla el concepto de la evolución de lo que se denomina *sharp power* o poder agudo, distinguiéndolo del poder blando por su naturaleza agresiva para impulsar proyectos autoritarios. Se destaca el rol de China y Rusia en el proceso de democratización global, donde ambos privilegian el poder del Estado frente a la libertad individual, son hostiles a la libre expresión, debate abierto y pensamiento libre (Walker & Ludwig, 2017).

Nye señala que el poder agudo consiste en el uso engañoso de la información con fines hostiles, y que es un tipo de poder duro. Sin embargo, recuerda también que la manipulación de ideas, de percepciones políticas y de procesos electorales no es nueva, sobre todo en la Guerra Fría (Nye, 2018).

9. Futuro de la democratización

La democracia es un concepto de larga data y cuyo proceso de expansión ha encontrado altos y bajos; de ahí la identificación de olas democráticas y contraolas realizada por Huntington desde el siglo XIX. Su evolución ha tenido puntos de inflexión determinados principalmente por factores sociales, económicos y políticos. Su desarrollo no es parejo y su adaptación o climatización, incluso en la denominada zona democrática en el mundo, no es la misma en cada caso.

No han sido pocas las cruzadas en nombre de la democracia, desarrolladas principalmente en el siglo XX bajo el liderazgo de Estados Unidos en un contexto de creciente interdependencia. La democracia ha demostrado no ser exclusiva de Occidente, ha encontrado defensores en otras regiones, incluso donde más obstáculos ha tenido su asentamiento. Muchos se han inmolado en su nombre por la aspiración a gozar de sus beneficios, movimientos para recuperarla o instalarla han surgido en varias partes del planeta. La tercera ola democrática fue prueba de ello. Sin embargo, en su nombre se han justificado también intervenciones militares y se han encubierto prácticas autoritarias y populistas.

Pese a su permanencia en el tiempo y momentos y espacios de importante expansión, consideramos que actualmente es evidente el debilitamiento del proceso de democratización en varios espacios y se encuentra desafiada por el creciente protagonismo de tendencias y actores no democráticos. Se señala que la democracia a nivel global está viviendo su peor etapa desde los años 30 y que continuará decayendo si los países más poderosos no encuentran un modo de combatir los factores que afectan su desarrollo y consolidación ya mencionados. Otros son más pesimistas y dicen que el proceso de democratización está llegando a su fin.

Consideramos que el impulso que distinguía al proceso de democratización de la tercera ola ya no es el mismo, y aunque siempre existieron ciertos silencios respecto a evidentes gobiernos no democráticos debido a su condición de aliados, por razones de seguridad, económicas o geopolíticas, hoy en día las voces críticas contra los gobiernos no democráticos, autoritarios o dictatoriales se escuchan menos, salvo en casos específicos como Venezuela y Corea del Norte, donde sí se oyen fuerte, habiendo otros más en dicha o similar condición.

Encontramos que parece haber cierta convergencia respecto al diagnóstico del debilitamiento del proceso, sobre todo si se toma como referencia el clima y las expectativas reinantes al fin de la Guerra Fría. Pese a ello, las conclusiones acerca de lo que se puede esperar en el futuro no son homogéneas.

Como en toda evaluación de un proceso, existen posiciones pesimistas y optimistas. Hay quienes señalan que la democracia está en declive y que su manifestación se dará cada vez más en términos híbridos, más formales que sustantivos. Pero hay quienes, basados sobre todo en la naturaleza humana y su esencial necesidad de libertades, destacan algo que es cierto: la capacidad de permanencia o reivindicación que ha demostrado la democracia a lo largo del tiempo, incluso en terrenos no occidentales, acusados de no contar con tradición necesaria para ejercerla.

La democracia no es la solución a todos los problemas, no es garantía de éxito, pero su debida implementación provee de herramientas fundamentales a los ciuda-

danos en un marco de Estado de derecho para ejercer sus derechos y reivindicar sus libertades. Asimismo, como señala Ronald Inglehart (2018):

[...] las instituciones democráticas no garantizan que la gente elegirá a los gobernantes más sabios y benevolentes, pero sí proveerán una manera regular y no violenta de remplazar a los que no lo son y que, ya que la democracia permite elegir sus líderes, reduce la necesidad de una regla represiva. Estas dos ventajas son las que han permitido a la democracia sobrevivir y esparcirse.

En este período el futuro del orden internacional, como el de la democratización, es incierto. Pero en ambos casos los cimientos son profundos, su irradiación no es exclusividad de unos pocos actores, son definitivamente referentes para muchos países que buscan surgir. Se debe destacar que, pese a esta incertidumbre, no hay alternativas que compitan significativamente con estas propuestas. El que existan tendencias contrarias constituye un importante desafío, aunque siempre han existido, pero hoy en algunos casos son impulsadas por importantes fuerzas que podrían contrarrestarlas. Sin embargo, la capacidad de resiliencia de la democracia constituye una característica esencial y, pese a los embates, ha demostrado tener vocación de permanencia en muchas sociedades.

El gran reto consiste en emprender políticas efectivas para combatir los factores que contribuyen al surgimiento de contraolas. Es una tarea que alcanza tanto el ámbito doméstico como el internacional. En la medida en que se fortalezcan las clases medias, se superen las dificultades económicas, las desigualdades, entre otros factores, y se impulsen democracias más allá de las electorales y se consoliden en términos sustantivos, las tendencias que pudieran amenazarla encontrarán sus límites, más que en los gobiernos, en la propia ciudadanía.

Referencias

Alcalde, J. (2009). *La pugna por un nuevo orden internacional*. Lima: Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Alcalde, J. (2014). *Después de la Guerra Fría*. Lima: Escuela de Gobierno y Políticas Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Carothers, T., & Youngs, R. Democracy is not dying. *Foreign Affairs*, April. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/2017-04-11/democracy-not-dying>

Chertoff, M., & Fogh Rasmussen, A. (2019). The unhackable election. What it takes to defend democracy. *Foreign Affairs*, Jan/Feb. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-12-11/unhackable-election>

Colgan, J., & Keohane, R. O. The liberal order is rigged. Fix it now or watch it wither. *Foreign Affairs*. May/Jun. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-04-17/liberal-order-rigged>

Collier, D., & Levitsy, S. (1997). Democracy with adjectives: conceptual innovation in comparative research. *World politics. A Quarterly Journal of International Relations*, volumen 9, número 3, April.

Diamond, L. (1996). Is the third wave over? *Journal of Democracy*, volumen 7, número 3, julio.

Diamond, L. (2002). Elections without democracy: thinking about hybrid regimes. *Journal of Democracy*, vol. 13(2), April. En Estudios Políticos N.º 24. Medellín, enero-junio 2004, pp.117-134. Traducción: Darío López. Recuperado de http://americo.usal.es/iberoame/sites/default/files/diamond_regimenes_hibridos.pdf

Fukuyama, F. (2006). *El fin de la historia y el último hombre*. Panamá: Editorial Mundimedia.

Held, D. (1997). *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: España y Editorial Paidós, SAICF; Buenos Aires: Ediciones Paidós Ibérica.

Huntington, S. P. (1995). *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Buenos Aires: Editorial Paidós, SAICF.

Huntington, S. P. (1996). La tercera ola de la democracia. En Diamond, L. & Plattner, M. F., *El resurgimiento global de la democracia*. México: Instituto de Investigaciones Sociales de la UNAM.

Inglehart, R. (2018). The age of insecurity. ¿Can democracy save itself? *Foreign Affairs*, May/June. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-04-16/age-insecurity>

Kendal-Taylor, A., & Shullman, D. (2018). How Russia and China undermine democracy. *Foreign Affairs*, oct 2. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2018-10-02/how-russia-and-china-undermine-democracy>

Kissinger, H. (2000). *Diplomacia*. México: Fondo de Cultura Económica.

Krastev, I. (2018). Eastern Europe's illiberal revolution. The Long Road to Democratic Decline. *Foreign Affairs*, May/June. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/hungary/2018-04-16/eastern-europes-illiberal-revolution>

Levitsky, S., & Way, L. (2002). Elections without democracy: the rise of competitive authoritarianism. *Journal of Democracy*, volumen 13(2), April. En Estudios Políticos N.º 24. Medellín, enero-junio 2004, pp. 159-176. Traducción: Darío López López <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/iep/24/8%20autoritarismo%20competitivo.pdf>

Mindreau, M. (2001). *Introducción a la teoría de las relaciones internacionales*. Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico.

Nye, J. (2018). How sharp power threatens soft power. *Foreign Affairs*, Jan. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2018-01-24/how-sharp-power-threatens-soft-power>

Organización de Estados Americanos – OEA. (2010). *Nuestra democracia*. Recuperado de https://www.oas.org/es/sap/docs/nuestra_dem_s.pdf

Posen, B. (2018). The rise of illiberal hegemony. *Foreign Affairs*, March/April. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-02-13/rise-illiberal-hegemony>

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD. (2004). *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Buenos Aires: Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara.

Rose, G. (2019). The fourth founding. The United States and the liberal order. *Foreign Affairs*, Jan/Feb, volumen 98, número 1. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2018-12-11/fourth-founding>

Schedler, A. (2002). Elections without democracy: the menu of manipulation. *Journal of Democracy*, volumen 13(2), April. En Estudios Políticos N.º 24. Medellín, enero-junio 2004, pp. 137-156. Traducción: Laura Manríquez. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/colombia/iep/24/7%20Manipulaci%F3n%20electoral.pdf>

Slater, D. (2018) After democracy what happens when freedom erodes? *Foreign Affairs*, volumen 97, número 6, Nov/Dec. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/2018-11-06/after-democracy>

Walker, Ch., & Ludwig, J. (2017). The meaning of sharp power. *Foreign Affairs*, Nov. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2017-11-16/meaning-sharp-power>

Zacaria, F. (1997). The rise of illiberal democracy. *Foreign Affairs*, Nov/Dec. Recuperado de <https://www.foreignaffairs.com/articles/1997-11-01/rise-illiberal-democracy>

Autores

Elvira MÉNDEZ CHANG

Abogada y magíster en Derecho con mención en Derecho Internacional Económico (PUCP). Candidata al doctorado en Derecho (PUCP). Ha realizado estudios de posgrado en la Università di Roma La Sapienza de Italia y la Facoltà di Giurisprudenza de la II Università di Roma Tor Vergata, Italia. Profesora ordinaria principal del Departamento de Derecho de la PUCP y directora del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI-PUCP). Ha desempeñado varios cargos de gestión en la PUCP, entre ellos, jefa del Departamento Académico de Derecho, directora de Estudios de la Facultad de Derecho y directora de la Maestría en Derecho Internacional Económico. Ha desempeñado docencia y realizado investigaciones, conferencias y publicaciones académicas en instituciones académicas del Perú y del extranjero.

Fabián NOVAK

Abogado, máster en Derecho Internacional Económico y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor Honoris Causa por la Academia Brasileña de Filosofía. Profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la especialidad de Derecho Internacional Público, y profesor de la Academia Diplomática del Perú en la misma especialidad. Subdirector del Instituto de Estudios Internacionales (IDEI) de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro internacional. Fue asesor jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú (1996-2001) y viceministro de Políticas para la Defensa del Ministerio de Defensa del Perú (2006-2008). Expresidente del Comité Jurídico Interamericano de la OEA. Asociado del Institut de Droit International. Autor de numerosos libros y artículos publicados en español, portugués e inglés, tanto en el Perú como en Europa, en materia de derecho internacional, seguridad, política exterior y política internacional.

César DELGADO BARRETO

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y estudios superiores de Derecho en la Sorbona de París y en la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Ha sido vicepresidente de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU (1988), senador de la República (1985-1990) y ministro de Justicia del Perú (1988-1989). Profesor principal

en la Facultad de Derecho de la PUCP, miembro de número de la Academia Peruana de Derecho, Doctor Honoris Causa por la Universidad Marcelino Champagnat y profesor honorario de la Universidad de San Martín de Porres. Actualmente es miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil. Ha realizado diversas publicaciones sobre temas de derecho internacional privado y arbitraje, entre las que destaca la obra *Introducción al derecho internacional privado* (tomos I, II y III).

María Antonieta DELGADO MENÉNDEZ

Abogada y magíster por la PUCP y profesora asociada de la misma universidad en Derecho Internacional Privado (DIPr). Ha realizado estudios en Francia, Venezuela, República Dominicana, Brasil y México. Coautora de múltiples publicaciones especializadas en DIPr, contratos y arbitraje internacional, y también en institucionalidad democrática y justicia. Experiencia de más de 20 años en la dirección y gestión de proyectos y programas con la cooperación internacional orientados al fortalecimiento del Estado de derecho, la buena gobernabilidad y la justicia en el Perú y la región andina. Integró el subgrupo de DIPr del Grupo de Trabajo creado el año 2016 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para revisar y proponer mejoras al Libro X del Código Civil. Ha recibido diversas distinciones por logros académicos y profesionales. Jefa de la Oficina de Cooperación Técnica Internacional del Poder Judicial del Perú, árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la PUCP y conciliadora extrajudicial.

María del Carmen DELGADO MENÉNDEZ

Abogada y magíster por la PUCP y profesora asociada de la misma universidad en Derecho Civil e Internacional Privado (DIPr). Estudios en Venezuela, República Dominicana, Brasil y México. Experiencia de 25 años en el diseño, dirección y ejecución de proyectos en el Perú, Centroamérica, Haití, México, Canadá, Argentina, Colombia, Egipto, Filipinas, Tanzania, Albania, Mongolia, Túnez, Nigeria y Afganistán, orientados a formación de líderes, profesionales y funcionarios, formalización y capitalización de activos prediales y empresariales, reformas institucionales y sistemas legales modernos e inclusivos. Integró el subgrupo de DIPr del Grupo de Trabajo creado el 2016 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para proponer mejoras al Libro X del Código Civil. Ha recibido diversas distinciones por logros académicos y profesionales. Es asesora legal senior en derecho civil, familia, sucesiones, contratos y DIPr. Miembro del Consejo Directivo de la Maestría en Investigación Jurídica de la PUCP y árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la PUCP.

Milan PEJNOVIC DELGADO

Abogado por la PUCP y magíster (LL.M.) en la Escuela de Derecho de Harvard (EE. UU.). Experiencia focalizada en Arbitraje Comercial Nacional e Internacional y Arbitraje de Inversiones. Es profesor de Derecho Internacional Privado, Arbitraje Internacional y Comunicación Eficaz a nivel de pregrado en la PUCP. Ha sido entrenador del equipo de arbitraje de dicha Facultad. También ha dictado talleres de Destrezas Legales y Arbitraje en el Programa de Maestría de Derecho de la Empresa de la PUCP y ha sido profesor de Responsabilidad Extracontractual en la Universidad del Pací-

fico. Coautor de múltiples publicaciones especializadas en DIPr, contratos y arbitraje internacional. Ha sido asociado internacional del Área de Arbitraje Internacional de Three Crowns LLP (Washington DC) y secretario arbitral en el Centro de Arbitraje de la CCL. Actualmente es asociado senior del Estudio Bullard, Falla, Ezcurra Abogados.

José BURNEO LABRÍN

Abogado por la PUCP y doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina (LL.N., Bélgica), con estudios de posgrado (DEA) en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Católica de Lyon (Francia). Ha ejercido como abogado en sistemas internacionales de derechos humanos y en el Perú, donde fue jefe del equipo jurídico de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. Ha sido secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Derechos Humanos, presidente de la Comisión Nacional sobre Derecho Internacional Humanitario y director general (e) de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia. Es profesor ordinario de la PUCP en los cursos de Derecho Internacional Público, Derechos Humanos y Justicia Penal Internacional. Coordinador del Grupo de Investigación sobre la Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos de la PUCP (PRIDEP). Invitado a exponer en la Serie de Conferencias de la Biblioteca Audiovisual de Derecho Internacional de la ONU.

Michelle REYES MILK

Profesora de Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho, y profesora en la maestría en Derechos Humanos en la PUCP. Es abogada por la PUCP y máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Ha llevado cursos de posgrado en Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario (DIH) en la Escuela de Leyes de la Universidad de Salzburgo, y en el Instituto de DIH de San Remo, respectivamente. Actualmente se desempeña como coordinadora regional para las Américas de la Coalición por la Corte Penal Internacional (CCPI). Entre 2009 y 2012 fue oficial de enlace para las Américas, Asia y el Pacífico en la sede de CCPI en Nueva York, EE.UU. Anteriormente fue asesora legal de la Comisión Nacional de DIH (CONADIH) en el Perú, y asistente jurídica en el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP.

Cristina BLANCO VIZARRETA

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y magíster en Derechos Humanos por la misma casa de estudios. Es investigadora principal del Instituto de Democracia y Derechos Humanos (IDEHPUCP), y docente a tiempo completo de la Facultad de Derecho y la Escuela de Posgrado de la PUCP en cursos de derecho internacional y derechos humanos. Ha trabajado como abogada especialista de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para la Relatoría de Derechos de Pueblos Indígenas, y la Región de Mesoamérica y el Caribe de habla hispana. Ha sido consultora externa de organismos internacionales y organizaciones como la CIDH, la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF).

Renata BREGAGLIO LAZARTE

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derechos Humanos por dicha casa de estudios y máster en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid. Candidata a doctora en Derecho por la PUCP. Es profesora asociada del Departamento de Derecho, donde tiene a su cargo el curso de Clínica Jurídica de Discapacidad y Derechos Humanos y de Inclusión y Discapacidad en la Maestría de Derechos Humanos. Ha trabajado en el Programa de Defensa y Promoción de los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo. Ha sido coordinadora académica y de investigaciones del Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la PUCP, haciéndose cargo, además, de la línea de investigación en discapacidad. Actualmente coordina el Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP (GRIDIS). Es autora de diversas publicaciones y estudios en materia de derechos de las personas con discapacidad. Fue miembro de la Comisión Especial Revisora del Código Civil (CEDIS) del Congreso de la República del Perú.

Víctor SACO CHUNG

Profesor a tiempo completo del Departamento Académico de Derecho, enseña e investiga sobre temas en derecho internacional económico, especialmente comercio internacional e inversiones. LL.M. por la Universidad Católica de Lovaina. Candidato a doctor por el World Trade Institute de la Universidad de Berna. Abogado por la Universidad Católica del Perú. Última publicación: «The international investment agreements of the Pacific Alliance Members and their relationship of ¿coexistence? with chapter 10 of the Pacific Alliance Additional Protocol», en Sauvé, Pierre, Polanco Lazo, Rodrigo, Álvarez Zarate, José-Manuel (Eds.), *The Pacific Alliance in a world of preferential trade agreements*. Springer International Publishing, 2019.

Josefina DEL PRADO CHÁVEZ-HERRERA

Magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad de Warwick, Inglaterra, estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica y ha realizado cursos de especialización en la Organización Mundial de Comercio (OMC). Miembro asociado del Instituto de Estudios Internacionales de la PUCP. Se ha desempeñado como profesora de Relaciones Internacionales en la Facultad de Derecho de la PUCP y de Política Internacional Contemporánea en la Academia Diplomática del Perú. Ha sido asesora del despacho de la Defensoría del Pueblo, del Ministerio de Turismo, Comercio e Integración (MITINCI), y del Ministerio del Pesquería. Asimismo, se ha desempeñado como especialista en negociaciones ambientales internacionales en el Ministerio del Ambiente (MINAM), y actualmente es la coordinadora de ambiente y comercio en el Viceministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR). Ha participado en las negociaciones de diversos acuerdos comerciales.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156-165 - BREÑA

CORREO E.: tareagrafica@tareagrafica.com

PÁGINA WEB: www.tareagrafica.com

TELÉFS. 332-3229 / 424-8104 / 424-3411

AGOSTO 2019 LIMA - PERÚ



ISBN: 978-612-4440-05-2



9 786124 440052